

Der Begriff des Rechtsprinzips

im Spannungsverhältnis zwischen dem Positivismus
von Hart, Austin, Thibaut und dem Hermeneutismus
von Dworkin und Savigny

Von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover zur
Erlangung des Grades

Doktor der RECHTSWISSENSCHAFTEN

genehmigte Dissertation von

Hyungsuk Kim

2018

Referentin/Referent Prof. Stephan Meder

Korreferentin/Korreferent Prof. Susanne Beck

Tag der Promotion 17. 07. 2018.

Abstrakt

Der Grundzweck dieser Arbeit besteht darin, durch die Kritik des deskriptiven und politischen Rechtspositivismus den Begriff des Rechtsprinzips vor dem neuen Hintergrund zu erläutern. Als Hauptziel der Kritik wurde insbesondere Regeltheorie von H.L.A. Hart eingestellt. Der Verfasser versucht nämlich zu zeigen, wie die Hartscher „externer Beobachter“ in sich das Moment der Selbstentfremdung hat. Durch die Darstellung jenes Schwachpunktes ging der Verfasser darüber hinaus weiter dahin, zu zeigen, dass es im Bezug auf die Beobachtung der normativen Gegebenheit einer Lebenswelt keine solche „äußere Stelle“ gibt, worauf man quasi wie ein Naturwissenschaftler über seine Gegenstände rein wertneutrale Aussage machen kann.

Aufgrund dieses Resultats schlägt der Verfasser den neuen Begriff des „hermeneutischen Raum“ vor. Dies ist nämlich originelle innere Perspektive der Beobachters eigenen Lebenswelt, derer außerhalb er auf keinem Augenblick stehen kann. Die Existenz jenes unsichtbaren Raums vergewissert sich man durch die ursprüngliche Existenz der generativen Regeln, also, durch die innere Perspektive seiner Muttersprache. Aber nicht durch jene bloß konventionell bestehende innere Perspektive, sondern erst durch den darin ausgeführten Sinngabungsakt des Teilnehmers selbst bildet sich der hermeneutische Raum fort.

Durch diese hintergründige Erläuterung stellt es sich heraus, dass das Rechtsprinzip demjenigen im konkreten Lebenssachverhalt innerlich erscheinende normative Gegebenheit darstellt, der das positive Recht nicht bloß unter System der rein konventionell gegebenen Regeln bzw. der sprachlich formulierten Befehlen versteht, sondern durch die Sinngabung seiner eigenen Lebenswelt es als *ratio* zur staatlichen Handlung aktiv und reflexiv rekonstruiert.

Aus diesem Grund besteht die Hauptaufgabe des aktuellen Richters darin, durch jene im konkreten Lebenskontext normativ erscheinende innere Erfahrung im Licht auf *ratio legis* und *ratio decidendi* sprachlich auszudrücken. Insofern muss der im Grund positivistisch geprägte methodische Zwang der traditionellen Gewaltenteilungslehre auf dem Richter, nach deren die richterliche Hauptaufgabe in der möglichst wertneutralen Anwendung der Absicht des Gesetzgebers bzw. Gesetzes auf die Fälle bestehe, letztendlich verzichtet werden. Dessen anstelle tritt der wertungserfüllte Diskurs von Richtern in den Vordergrund ein. Dies ist nämlich der Ort, worin die Richter zur lebendigen Anwendung bzw. Entdeckung des Rechts im konkreten frei und transparent mit ihren normativen Überzeugungen diskutieren.

Schlagworte: Regeltheorie von H.L.A. Hart, *The Right These* von Ronald Dworkin, Die Theorie des Volksrechts von Friedrich Carl von Savigny, Politischer Positivismus von John Austin, Theorie der logischen Auslegung von Anton Friedrich Justus Thibaut, Perspektiventrennung beim deskriptiven Rechtspositivismus

Einleitung	1
-------------------------	----------

Teil I: Die Objektivitätserfahrungen und drei Grundprädikate des positiven Rechts – Befehl, Regel, Prinzip	5
---	----------

Kapitel 1

Perspektiventrennung und der Begriff des Prinzips als reflexive Regel	5
--	----------

1. Perspektivenverfehlung und -trennung als Voraussetzung der wertneutralen Aussage	5
2. Perspektivische Singularität.....	11
3. Zwang und Sanktion: Objektivitätserfahrung zum positiven Recht aus äußerer Perspektive.....	17
4. Konventionelle Regel als Handlungsmaßstab: Objektivitätserfahrung aus innerer Perspektive	24
4.1 Befehl	25
4.2 Akzessorische Regelkonzeption in der Sanktionsgruppe	28
4.3 Die sekundäre Objektivitätserfahrung	29
5. Kritik am methodologischen Positivismus	31
5.1 Die Verschiedenheit der Regelerfahrungen und die generative Regel	31
5.2 Der ontologische Status der sozialen Regelung – soziale Regeln als ein Faktum.....	33
5.3 Die Grundform der sozialen Institution normativer Art.....	35
5.4 Die Regelerfahrung im positiven Recht	37
5.5 Feststellung der normativen Ansicht des Kollektivs.....	40
5.6 Die doppelte Perspektive des Beobachters.....	40
5.7 Die innere Sprache des Beobachters	41
5.8 Die Idee der hermeneutischen Beobachtung	42
5.9 Autorität, Konventionalität und Notwendigkeit	45
6. Das Bild des hermeneutischen Beobachters und die Grenze des skeptischen Positivismus	45
7. Die hermeneutische Beobachtung und das Problem der Selbstentfremdung des Beobachters beim deskriptiven Positivismus	58
7.1 Das Entfremdungsgefühl und die Bildung des kritischen Urteils des Beobachters	61
7.2 Der Sinn der Quasi-Wertneutralität des Positivismus	66
7.3 Die gewollte Selbstentfremdung.....	67
7.4 Die Konzeption der mechanischen Regelexistenz	69

7.5	Die Kritik an der Doktrin des deskriptiven Positivismus	71
7.6	Selbstentfremdung und normative Indifferenz	73
7.7	Die pathologische Fantasie des Positivismus	77
8.	Zusammenfassung	79
8.1	Der Begriff der kritischen Objektivität	80
8.2	Die Gewinnung der kritischen Objektivität im Diskurs	82
8.3	Die Regenerierung des normativen Selbstverständnisses einer Gesellschaft.....	84
9.	Die gewöhnlichen und die generativen Regeln in systeminterner Perspektive	92
9.1	Deskription als Rechtfertigungsstrategie und Konzeption des Befehls als absolute Regelung	96
9.2	Reduzierung der Positivismusdoktrin	99
9.3	Die Beschreibung normativer Gegebenheiten unter systeminternem Gesichtspunkt.....	100
9.4	Die systeminterne Beschreibung des Schachspiels	102
9.5	Der Begriff als Regelwerk innerhalb eines Systembildes	103
9.6	Die Muttersprache als ursprüngliche Form des systeminternen Gesichtspunkts.....	106
9.6.1	Die Sprachpraxis als generative Regeln und ihr äußerer Zweck	107
9.6.2	Der Akzeptanz- bzw. Geltungsanspruchsmodus generativer Regeln.....	109
9.6.3	Die Freiheit und Absurdität generativer Regeln	110
9.6.4	Die Überschneidung von Zufall und Notwendigkeit.....	111
9.6.5	Die generativen Regeln und die Zwischenmenschlichkeit innerer Perspektiven	112
9.7	Die Idee der manifestierten Öffentlichkeit.....	113
10.	Die Objektivitätserfahrung der praktischen Notwendigkeit und die Bildung der Prinzipien.....	114
10.1	Normative Gegebenheiten und Empathie als Grundlage der Sinnegebungs-fähigkeit	116
10.2	Die konkrete Notwendigkeit und rationales Kalkül.....	119
10.3	Die Objektivitätserfahrung und rationales Kalkül	124
10.4	Die hermeneutische Begründungsform der Notwendigkeitserfahrung in concreto.....	126
10.5	Die Objektivitätserfahrungen in Spannung	128
11.	Zusammenfassung	129

Teil II: Regel, Befehl und Kritik: Die Objektivitätserfahrungen des positiven Rechts auf dem Horizont des Positivismus und dessen hermeneutische Antithese	138
---	------------

Kapitel 2

Der Begriff der positiven Moralität und die Konzeption des positiven Rechts unter dem hermeneutischen Begriff des Befehls: John Austin im Spannungsverhältnis mit dem wertneutralen Deskriptivismus von H.L.A. Hart	138
--	------------

1. Die Zwangskraft und wertneutrale Haltung des Beobachters	138
2. Das Prädikat des Positiven und seine drei begrifflichen Kriterien	140
3. Harts methodologische Hypothese zur wertneutralen Deskription normativer Gegebenheiten	143
3.1 Handlungsgewohnheit, normative Praxis und Konzeption der gegenseitigen Kritik	144
3.2 Der Mangel an hermeneutischem Raum und die Einschränkung der hermeneutischen Fähigkeit des Beobachters	147
3.3 Die erste Aporie: Extremer Deskriptivismus und das Problem des indefiniten Regresses	148
4. Austins Befehlsbegriff als hermeneutische Grundlage des normativen Denkens	149
4.1 Der göttliche Befehl und die Konzeption des schlichten Sollens	150
4.2 Die phänomenologische, hermeneutische Grundlage des Befehlsbegriffs	151
4.3 Die hermeneutische Fähigkeit zum Nachvollziehen und Antizipation innerer Gesichtspunkte anderer	153
5. Austins hermeneutischer Horizont und die Bestimmung der positiven Moralität.....	153
5.1 Das „moral sentiment“ als geistiges Organ und inneres Faktum besonderer Art.....	155
5.2 Das innere Verhältnis der Moralität	157
5.3 Naturalismus und der Begriff der positiven Moralität	158
5.4 Der Status des moralischen Faktums als Anhaltspunkt für die Koordinierung gegenseitiger und kollektiver Handlungen	160
5.5 Die ursprüngliche Einheit von Sein und Sollen im „moral sentiment“ und ihre strategische Trennung beim Utilitarismus	161
5.6 Die Rekonstruktion des „moral sentiment“ als Objektivitätserfahrung aus dem hermeneutischen Raum.....	162
5.7 Die sinnstiftende Lebenswelt.....	163

5.8	Das antizipierende Verstehen und die Kritik der inneren Ansicht von anderen in der „public opinion“	164
5.9	Fazit: Verzicht auf den sogenannten wertneutralen Begriff der positiven Moralität und die Einführung der hermeneutischen Begrifflichkeit „public opinion“ als Alternative	166
6.	Die erste Konfrontation von Austin und Hart.....	167
6.1	Harts Unterscheidungsproblematik zwischen Handlungsgewohnheit und Gewohnheitsregel.....	168
6.2	Die Begründung der generativen Regeln	170
6.3	Die sprachlichen Vorkenntnisse garantieren an sich weder die Feststellung der Existenz noch den Inhalt einer Gewohnheitsregel	172
6.4	Die Feststellung der Existenz der generativen Regeln aus dem rein heteronomen Akzeptanzmodus.....	173
6.5	Die letztendliche Beseitigung der Hart'schen Grundhypothese.....	175
7.	Eine Rekonstruktion der Hart'schen Regeltheorie	177
7.1	Die Anwendung der oben gewonnenen Einsicht auf sogenannte positive Regeln der Moralitäten und Etikette	179
7.2	Zwischenergebnis	183
7.3	Unterwegs zum Begriff des Volksrechts bei Savigny	183
7.4	Die ewige Legitimationsverschiebung	184
7.5	Das Wesen der Hart'schen Regeltheorie	186
8.	Austins hermeneutische Konzeption des Befehls und der politische Autoritarismus als allgemeine normative Basis des positiven Rechts.....	186
8.1	Die hermeneutische Konzeption des Befehls	187
8.2	Die Angst vor Anarchie und die Achtung der existierenden politischen Macht per se.....	189
8.3	Politischer Autoritarismus im Begriff des souveränen Gesetzgebers	190
8.4	Die Bedeutung des Geltungsbereichs des positiven Rechts	191
9.	Die hermeneutische Konzeption des Befehls in der Gehorsamsvorstellung....	192
9.1	Der erste Weg zur Regelgewinnung in der Gehorsamsvorstellung gegenüber dem wirklichen Willen des Gesetzgebers.....	193
9.2	Hermeneutischer Gesetzesbegriff: Befehl an allgemeine und besondere Rechtsadressaten – die Bürger und die Richter	195
9.3	Richterliche Rechtssicherheit als Denkökonomie	197
10.	Der Regelutilitarismus als zweiter Weg zur richterlichen Regelgewinnung.....	198
10.1	Die semantische Grenze der Textklarheit und Unvollständigkeit des Gesetzes	199
10.2	Die innere Perspektive des Utilitarismus	201
10.3	Der richterliche Regelutilitarismus in „hard cases“	203

Kapitel 3

Die Antithese zur *positiven* Moralität bzw. *positiven* Regel und Dekonstruktion des Begriffs der Gewohnheitsregel unter dem hermeneutischen Gesichtspunkt von Savigny und Dworkin 205

1. Der deskriptive Positivismus	205
2. Die „practice theory of rule“	207
3. Das Paradox des äußeren Beobachters	210
4. Die banale Tautologie und das Paradox der Hart'schen Regeltheorie.....	211
5. Die Wende vom deskriptiven Positivismus zum metaphysischen Hermeneutismus.....	212
6. Der hermeneutische Raum und sein empirischer Existenzbeweis	213
7. Deskriptiver Positivismus vs. metaphysischer Hermeneutismus	214
8. Die generative Regel und die kollektive Überzeugung aus dem Notwendigkeitsgefühl	215
9. Die generativen Regeln im Bereich des positiven Rechts.....	218
10. Savignys Ansatz zur Dekonstruktion des Gewohnheitsrechtsbegriffs.....	220
11. Emergenz der Regelexistenz I – <i>necessitatis opinio</i> als Grundbedingung der Regelerkenntnis unter dem Gesichtspunkt des reflexiven Beobachters	222
11.1 Die Emergenz des Notwendigkeitsgefühls des Einzelnen in der Regelform.....	224
11.2 Die Geburt einer Handlungsregel in einer Lebenswelt	227
11.3 Ursprüngliche Einheit von Regel und Ratio in der inneren Perspektive des Einzelnen	228
11.4 Das Grundpotenzial des Einzelnen zur Vorwegnahme des antizipierenden normativen Horizonts einer Gemeinschaft	230
12. Der Begriff der Regelemergenz II – die vorwegnehmende Perspektive des kritischen Beobachters zur Fortbildung des hermeneutischen Raums einer Lebenswelt.....	230

Teil III: Die Objektivitätserfahrung des Richters im konkreten und Rechtsgewinnung aus dem prinzipiellen Denken 235

Kapitel 4

Die Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis und die allgemeine Methode der Rechtsgewinnung 235

1. Resümee der bisherigen Hauptargumente	235
--	-----

2.	Die Gewinnung der <i>ratio decidendi</i> und die konkrete Objektivitätserfahrung im hermeneutischen Raum	239
2.1	Harts Illustrierung der Common-Law-Praxis	239
2.2	Das Urteil von äußerer Ähnlichkeit	242
2.3	Analogie aus äußerer Ähnlichkeit ohne hermeneutischen Raum vs. Erkenntnis der Notwendigkeitsverknüpfung verschiedener Sachverhalte innerhalb des hermeneutischen Raums	243
2.4	Analogie als Denken – Thibaut und Austin.....	245
2.5	Analogisches Denken aufgrund des gleichen praktischen Gefühls	248
2.6	Überschneidung von praktischer Analogie und extensiver Gesetzesauslegung.....	250
2.7	Die Überschneidung von extensiver und restriktiver Gesetzesauslegung...	252
2.7.1	Ein deutscher Fall	252
2.7.2	Ein amerikanischer Fall.....	254
2.8	Die Erscheinung und Bedeutung der Rechtsprinzipien im Argument	258
2.9	Die Methode der Gewinnung <i>der ratio decidendi</i>	259
2.10	Krasser Kontrast zwischen Austin und Hart	261
2.11	Austins Ansatz zur Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis als unmittelbare subversive Subsumtion von Fall zu Fall	262
3.	Doppelte Rekonstruktion als allgemeine Methode der Rechtsgewinnung des Hermeneutismus	264
4.	Der Rekonstruktionsprozess in der Common-Law-Rechtsgewinnung	268
4.1	Das „judiciary law“	269
4.2	Das „statute law“ und das „judiciary law“	273
4.3	Entwicklung III – erste Rekonstruktion.....	275
4.4	Entwicklung III – zweite Rekonstruktion	276
4.5	Exkurs I: Eine kleine Kritik an der Hermeneutik Dworkins	278
4.6	Exkurs II: Savignys Topos vom Richterbild als <i>res fungible</i> und das Problem des Systemdenkens	281
4.6.1	Die Geschichtlichkeit des Systembegriffs in der Jurisprudenz	282
4.6.2	<i>Res fungible</i> als metaphorischer Charakter der Juristen	283
4.6.3	Die technische Rekonstruktion und die Rechtserkenntnis	284
4.6.4	Gleichheit der Denkweise durch dogmatische Denkschemata	286
4.6.5	Das experimentelle Denken und der Anspruch auf <i>aequitas</i> in konkreten Lebenskontexten	287
4.6.6	Der abstrakte Regelkomplex durch die technische Rekonstruktion vs. die innere Kette der Rechtsprinzipien im Licht der Aequitas im Konkreten	291

4.6.7	Resultat: Ambivalenz von Savignys Denken und das systematische Element der Rechtsauslegung	292
4.7	Exkurs III: Innere Kritik des Systemdenkens bei Savignys Gesetzauslegungslehre	293
4.7.1	Die <i>ratio legis</i> als Existenzmodus und ihr eigener Verstehensmodus?	295
4.7.2	Der Anfang des Missverhältnisses	296
4.7.3	Zwei Modelle zur normativen Kommunikation.....	298
4.8	Exkurs IV: Thibauts These der Einheit von drei Grundelementen zur normativen Kommunikation	301
4.8.1	Etage I: Allgemeiner Ansatz – ursprüngliche Einheit von drei Elementen	302
4.8.2	Integrierter Zustand des Verstehens und dessen Zerstörung	304
4.8.3	Die Sens-Clair-Doktrin und das Verdampfen der zwei Elemente	305
4.8.4	Thibaut, Pionier der Gesetzauslegungslehre des Hermeneutismus	306
4.8.5	Savigny vs. Thibaut.....	306
4.8.6	Etage II: Thibauts positivistische Selbsteinschränkung bei seinen allgemeinen hermeneutischen Ansätzen	308
4.9	Gesetz als ein öffentliches Versprechen	309

Kapitel 5

Phänomenologie der Rechtsgewinnung in der aktuellen Rechtspraxis:

	Die Entdeckung normativer Topoi und Rechtsprinzipien	315
1.	Begriffliche Bestimmung der Notwendigkeitserfahrung im Nackten als eine Art der Objektivitätserfahrung	315
1.1	Die Grundmerkmale der Notwendigkeitserfahrung im Nackten	316
1.2	Drei Kategorien der Objektivität und der Begriff der starken Objektivitätserfahrung.....	318
2.	Die starke Objektivitätserfahrung im Nackten	320
2.1	Lücke, Unbestimmtheit und die sogenannte grammatische Gesetzauslegungskunst	321
2.2	Kein Wortsinn, sondern Textsinn.....	323
2.3	Grammatische Auslegung, Unsinn und Thibaut	324
3.	Der Sinn der Objektivitätserfahrung im Nackten	326
3.1	Der hermeneutische Raum und die Existenz der Normativitätserfahrung im Nackten	327
3.2	Die normative Überzeugung im Nackten	328
4.	Der Anspruch auf Volksmäßigkeit von Rechtsprinzipien.....	329

5.	Die volksmäßige Gewinnung von Rechtsprinzipien	330
5.1	Zur Frage des Juristenformalismus	331
5.2	Das BGH-Argument	333
5.3	Die Entdeckung versteckter normativer Topoi durch das prinzipielle Denken	336
5.3.1	Das prinzipielle Denken	336
5.3.2	Praktische Analogie, versteckte normative Topoi, allgemeines Rechtsprinzip	338
5.4	Die Überschneidung des „policy argument“ mit dem Prinzipienargument	339
5.5	Ein allgemeines Rechtsprinzip für den Beklagten	339
6.	„Wahrscheinlich“ und „adäquat“ als Prädikate des sogenannten Kausalzusammenhangs.....	341
6.1	Der Standard „reasonable foreseeability“ und die sogenannte objektive Zurechnungslehre von Larenz.....	342
6.2	Kausalität Gewissheit.....	343
6.3	Die Konzeption der Gewissheit und die der einheitlichen Existenz der Gegenstandswelt.....	344
6.4	Kausalität Notwendigkeit und Wahrscheinlichkeit	345
6.5	„Adäquat“ als Grundprädikat zur Kausalität.....	346
6.6.	Zusammenbruch der strengen Dichotomie zwischen der Perspektive des Teilnehmers und der des Beobachters	348
6.7	Theorie des sogenannten adäquaten Kausalzusammenhangs.....	350
6.8	Die Unterdrückung des prinzipiellen Denkens.....	353
6.9	Lockerung des Systemdenkens	355
6.9.1	Aufforderung zum Richterdiskurs und horizontale Verschmelzung von Common Law und Civil Law	358
6.9.2	Das positive Recht und das normative Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft.....	361

Kapitel 6

Das prinzipielle Denken und der politische Hermeneutismus im Feld

der Rechtsgewinnung **362**

1.	Vom metaphysischen Hermeneutismus zum politischen Hermeneutismus	362
1.1.	Egozentrischer Liberalismus	365
1.2	Solidarischer Liberalismus.....	366
1.3	Entstehung politischer Gemeinschaften im egozentrischen Liberalismus	367

1.4	Sinndichtungsgemeinschaft im solidarischen Liberalismus	368
1.5	Die Herausstellung des Rechtsprinzips „ <i>neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia</i> “	370
2.	<i>Aequitas</i> als allgemeine und <i>utilitas</i> als besondere Erscheinungsform des positiven Rechts.....	372
2.1	<i>Iura natura</i> und <i>iura non scripta</i> : Die Verbindung von politischem und metaphysischem Hermeneutismus.....	373
2.2	Die Erscheinung des positiven Rechts ist immer politisch.....	374
2.3	<i>Utilitas</i> als <i>iura singularia</i>	375
3.	Der politische Hermeneutismus Dworkins	377
3.1	Die zweite Dimension der Trennungsthese	378
3.2	Die Kritik an der Porositätsthese	379
3.3	Erinnerung an zwei Akzeptanzmodi sogenannter „positiver Moralitäten“	380
4.	Dworkins Theorie der „background moral rights“	381
4.1	Die Kritik an der These von „subjektiven Rechten“	384
4.2	„The Rights Thesis“ und die Objektivitätserfahrung im Konkreten.....	386
4.3	Das <i>ius scriptum</i> bei der richterlichen Entscheidung im politischen Hermeneutismus.....	388
5.	„Hard cases“ in der Gesetzesauslegung.....	389
6.	Exkurs V: Absicht, Befehl und semantische generative Regel im Gesetzestext – das Wesen der „easy cases“ im Rechtspositivismus	392
6.1	Sprachphilosophie nach Wittgenstein und Anscombe	392
6.2	„Easy cases“ im Rechtspositivismus	395
7.	Resümee und Ausblick	398
	Literaturverzeichnis.....	401

Einleitung

Diese Arbeit behandelt ein den Lesern schon bekanntes und umfassendes Thema, den Begriff des Rechtsprinzips. Obwohl dieser Begriff seit langem von unzähligen Autoren viel diskutiert wurde, hat er nach Ansicht des Verfassers noch keine theoretisch ausreichende Erläuterung gefunden. Dies liegt grundsätzlich daran, dass die theoretische Grundlage, auf welcher der Begriff des Rechtsprinzips richtig aufgefasst werden kann, und die man in der Naturrechtslehre zu nennen pflegt, noch nicht zu einem einheitlichen Gebilde geworden ist. Dagegen gibt es für ihre Gegenseite, den Rechtspositivismus, schon längst einheitliche Erklärungen, auch wenn er je nach den Gesichtspunkten der Positivisten aus ganz verschiedenen Blickwinkeln erläutert wird.

Konsequente, einheitliche Versionen des Rechtspositivismus wurden vor allem von den englischen Autoren John Austin und H.L.A. Hart dargestellt. Insbesondere Hart, der auf die Bildung des modernen Rechtspositivismus – zumindest im englischsprachigen Raum – einen dominierenden Einfluss ausgeübt hatte, gilt in der Regel als derjenige, der durch seinen deskriptiven Ansatz nicht nur dem Rechtspositivismus, sondern auch allgemein dem Positivismus – also demjenigen, der nicht nur das positive Recht, sondern auch die normativen Gegebenheiten zum Gegenstand hat – neue Impulse gab. In der Tat haben die beiden konsequenten Positivisten durch ihre eigenen Grundbegriffe – Befehl und Regel – dem Rechtspositivismus neues Leben eingehaucht, obwohl ihre Grundmotive zum positivistischen Denken ganz verschieden waren.

Diese Arbeit hat zum Ziel, einen Ausgleich zu schaffen für die Gegenseite des Positivismus, sei sie Naturrechtslehre oder wie auch immer genannt, indem jener Denkansatz durch den der Naturrechtslehre innewohnenden Begriff des Prinzips zu einem einheitlichen intellektuellen Gebilde geformt wird. Dazu findet eine neue Begrifflichkeit in dieser Arbeit Verwendung: Hermeneutismus. Erst bei der Lektüre erschließt sich, warum der Grundgedanke in der Naturrechtslehre durch einen neuen Begriff erneut zu bestimmen ist. Daher lässt sich an dieser Stelle nur eine sehr grobe Skizze dieses Ansatzes zeichnen.

Ausführliche Betrachtungen wurden gewissermaßen als Vorphase zu drei Grundpunkten angestellt, namentlich über

- die Hart'sche Trennung von innerer und äußerer Perspektive,
- die Frage nach der Selbstentfremdung des Beobachters des Hart'schen Regelpositivismus,
- die drei Arten der Objektivitätserfahrungen, welche die Existenz des positiven Rechts umgeben.

Vor diesem Hintergrund hält sich der Hermeneutismus erstens auf der ontologischen Grundachse – Einheit von Denken und Sein in Bezug auf die normativen Gegebenheiten, Kritik und Dekonstruktion des im Grunde positivistischen Begriffs des sogenannten Gewohnheitsrechts bzw. der Gewohnheitsregel und der daraus entstehenden Einleitung zum alternativen Begriff der Konstellation von normativen Topoi im Konkreten – und zweitens auf der politischen Grundachse – Begründung des Postulats des Rechtsprinzips im Licht des gemeinschaftlichen Liberalismus.

Nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit trägt der deskriptive, also nicht politische Rechtspositivismus eine eigentümliche Antinomie in sich, die aber erst erkennbar wird durch die Besinnung auf das unsichtbare performative Paradox der Hart'schen Regeltheorie. Dabei liegt der Schlüssel zur Lösung, mit dem ein solches Paradox gelöst werden kann, nicht im Gedankengut irgendwelcher Positivisten des 20. Jahrhunderts. Vielmehr findet er sich beim bedeutendsten Rechtsgelehrten und Pionier des metaphysischen Hermeneutismus des 19. Jahrhunderts – Friedrich Carl von Savigny. Um ihn dem heutigen Pionier des politischen Hermeneutismus, Ronald Dworkin, gegenüberzustellen, wird der Horizont zur Denkkonfrontation auf fünf Autoren erweitert. Auf der Seite des Positivismus stehen Hart, Austin und Thibaut, ein genialer und konsequenter Rechtstheoretiker des 19. Jahrhunderts, der sowohl Savigny als auch John Austin stark beeinflusst hat, und auf der Seite des Hermeneutismus Savigny und Dworkin.

Die Grundgedanken dieser fünf Autoren bilden per se eine intellektuelle organische Konstellation, sodass jenes eigentümliche Spannungsverhältnis zwischen Rechtspositivismus und Hermeneutismus ohne Verdeckung zutage tritt. Deswegen muss die Argumentation zu den Begriffen des praktischen Prinzips und des Rechtsprinzips, die in dieser Arbeit entwickelt wird, grundsätzlich durch die Konfrontation dieser Autoren erfolgen. Allerdings ist das erste Kapitel stattdessen auf die Art und Weise geschrieben, die von philosophischen englischen Autoren bevorzugt wird – im Essaystil. Durch diese Vorgehensweise kann der Stoff und die Argumentation als Ganzes noch anschaulicher und organischer entwickelt werden. Im zweiten und dritten Kapitel geht es um die Dekonstruktion der Gewohnheitsregel bzw. des Gewohnheitsrechts und den kritischen Vergleich des deutschen Civil

Law mit der Praxis des englischen Common Law. Hier versucht der Verfasser, den Stoff zum Denken mit den Hauptautoren bzw. den Praxen unmittelbar konfrontierend zu erläutern.

Teil I: Die Objektivitätserfahrungen und drei Grundprädikate des positiven Rechts – Befehl, Regel, Prinzip

Kapitel 1

Perspektiventrennung und der Begriff des Prinzips als reflexive Regel

1. Perspektivenverfehlung und -trennung als Voraussetzung der wertneutralen Aussage

Um ein abstraktes, theoretisches Thema zu eröffnen, ist es nicht selten hilfreich, mit anschaulichen, konkreten Beispielen zu beginnen: Ein Freund A begegnete in der Bibliothek Freund B. Beide sind Koreaner, die in Deutschland studieren. Zum Zeitpunkt der Begebenheit waren in der Bibliothek viele Studierende unterwegs. Beim Warten auf den Aufzug begannen A und B eine Unterhaltung. Zunächst spricht A zu B: „Ich glaube, dass deutsche Studierende dem Studium im Durchschnitt weniger Zeit widmen als Koreaner.“ A versucht nun, diese Aussage von B zu begründen: „Wenn deutsche Studierende – wie ich früher manchmal von anderen gehört habe – schon daran gewöhnt sind, eher zu Hause als in der Bibliothek zu arbeiten, würde es keinen Grund dafür geben, gerade kurz vor einer Klausur in die Bibliothek auszuschwärmen. Sie geben ihre langjährige Lerngewohnheit vielleicht nur wegen der Klausur kurzfristig auf. Dass sich diese Beschäftigung in der Bibliothek aber nur während der Klausurzeit beobachten lässt, legt die Vermutung nahe, dass es bei ihnen keine solche Lerngewohnheit gibt. Daraus ziehe ich den Schluss, dass deutsche Studierende im Durchschnitt weniger Zeit in das Lernen investieren als Koreaner.“

B verzog sein Gesicht ein bisschen und reagierte darauf folgendermaßen: „Viele Studierende in Korea tun sich ein solch hartes Studium nur wegen der beruflichen Karriere an. Aber welchen Sinn macht es für Sie, wenn so viele von ihnen tatsächlich gezwungen sind, so viel Zeit passiv nur in ihren Job zu investieren? Ist die Universität aber wirklich der Ort, wo sich die Studenten bloß auf ihre zukünftige berufliche Karriere vorbereiten? Ich glaube nicht. Das ist weder für ihr gesamtes Leben noch für ihre wirkliche Job-Chance in Zukunft gut. Ich bin der Ansicht, dass die Studierenden während ihrer Zeit in der Universität so verschiedene Lebenserfahrungen wie möglich machen sollten, nicht nur beim Studium, sondern auch bei den allgemeinen Lebenserfahrungen als solche.“ Sodann stiegen A und B in den Aufzug. Dieses Mal beginnt B, zu A zu sprechen: „Vor einigen Tagen habe ich im Aufzug ein Gespräch zwischen zwei Englisch sprechenden Studierenden angehört; eine Studierende hat zu einer anderen über ihre Erfahrung mit einem One-Night-Stand geredet. Ein Junge mit blonden Haaren, den sie vor ein paar Tagen in einem Klub getroffen hatte, verbrachte mit ihr zusammen bei ihr zuhause eine Nacht. Sie sagte, wegen seines Haares auf dem Bett müsse sie sich morgen darum kümmern, es zu putzen. Ich glaube, dass weibliche Studierende hier sexuell offener sind als im Osten.“ Als A von B diese Anekdote gehört hatte, reagierte A dem B gegenüber diesmal mit einer verzerrten, erregten Miene: „Ein Verraten der Liebeserfahrung von einer jungen Frau vor dem Gesicht eines fremden Mannes? Das ist für mich unvorstellbar!“ Aufgrund der Reaktion des A hat B dem A dieses Mal mit merkwürdigen Augen ins Gesicht geblickt und hat zu A gesagt: „Wieso bist du so empfindlich? Was hat es mit dir zu tun? Ich finde das nur witzig. Ist es bei dir nicht so ...?“

Als A im ersten Fall die mutmaßliche deutsche Lerngewohnheit ansprach, hatte A nicht die Absicht, dem von ihm angesprochenen Sachverhalt ein Werturteil beizulegen. A wollte eigentlich als ein Ausländer in Deutschland nur das äußern, was er beobachtet und daraus geschlossen hatte. Aber die Rede des A wurde von B als eine wertbezogene Aussage akzeptiert, und B hat daraufhin seine eigene kritische Ansicht hinzugefügt, die allerdings sein eigenes Werturteil enthält. B setzte nämlich mit seiner Reaktion auf A stillschweigend voraus, dass die (nach seiner Ansicht) übermäßige Studienzeit von Studierenden in Korea, die allgemein unter großem Druck des Job-Wettbewerbs stehen, keineswegs zu empfehlen ist. Im zweiten Fall war aber die Position von A und B genau umgekehrt. B wollte dem A diesmal nur einen Sachverhalt mitteilen, nämlich den Inhalt eines Gesprächs zwischen zwei jungen abendländischen Frauen, was B als ein wertneutraler und indifferenter Dritter mitgehört hatte. B hatte mit seiner Darstellung eines Sachverhalts keine wertende Absicht. Aber A akzeptiert B als Hörer grundsätzlich wertneutral und reagiert in dieser wertenden Richtung.

In diesen zwei Redesituationen steckt ein merkwürdiges Moment: Hinsichtlich des Urteils, ob die Aussage eines Gesprächspartners ein Werturteil enthält oder nicht, begingen die beiden Freunde einen grundlegenden Fehler. Es ist ihnen nämlich nicht gelungen, auf der Seite des Hörers die Redeabsicht des Redners exakt zu verstehen. Die wertneutrale Redeabsicht von A über die Lerngewohnheit von Studierenden in Deutschland wurde von B als wertbezogen falsch akzeptiert. Die ursprünglich wertfreie Redeabsicht von B über die sexuelle Orientierung von jungen Frauen im Westen wurde von A als wertbezogen missverstanden. Einer redet zwar aus einer wertneutralen Perspektive, der andere

akzeptiert es aber in einer wertbezogenen. Es geht hierbei um das Verfehlen von Sichtweisen. Die beiden Freunde hatten nämlich keine Schwierigkeiten, den Sachverhalt *semantisch* zu verstehen, aber sie begingen den *performativen* Fehler, die Perspektive des Redners anders zu deuten. Dieses Auseinandergehen von Redeperspektiven der Gesprächspartner war die Ursache des merkwürdigen Erlebnisses des A.

Will man in den alltäglichen kommunikativen Situationen generell dem anderen Hörer gegenüber einen Sachverhalt aus wertneutraler Perspektive mitteilen, fügt er im Allgemeinen dem Sachverhalt selbst eine sekundäre stillschweigende Behauptung¹ hinzu, nämlich die, dass seine Aussage in einem gewissen Sinne *objektiv* zu verstehen ist. Der Sinn dieser Objektivität in der Aussagelogik ist geradezu identisch mit der Wertneutralität bzw. Wertfreiheit einer Aussage, wie im obigen Fall veranschaulicht worden ist. Wenn ein jemand über einen Sachverhalt in einer Welt mit wertfreier Sicht spricht, setzt dies voraus, dass es im Allgemeinen nichts damit zu tun hat, dass sich diese Aussage unmittelbar auf die Wahrheit jenes Sachverhalts bezieht, sondern nur, dass sie von der Wertung des Redners über jenen Sachverhalt unabhängig ist. Diesen stillschweigenden „Geltungsanspruch“² der Objektivität einer Aussage über einen Sachver-

¹ Siehe Fn. 4.

² Der Grundansatz, dass es neben den Aussageinhalten eine sekundäre Behauptung oder einen „Geltungsanspruch“ gibt, den der Redner dem Hörer gegenüber stillschweigend signalisiert, geht zurück auf das bahnbrechende Werk „How to Do Things with Words“ des Sprachphilosophen *John Langshaw Austin*, der ein Namensvetter von John Austin ist. Durch den neuen Begriff des „speech act“ versuchte er zu zeigen, dass „force“ und „meaning“ eines Satzes generell unterschieden werden müssen, da sie in verschiedenen Lebenskontexten auf den Hörer verschiedene konventionelle Kräfte ausüben (S. 99 ff.) Darüber hinaus behauptet er sogar, „the truth or falsity of a statement depends not

halt in der Welt gibt es in verschiedenen alltäglichen Lebenskontexten sehr häufig. Er scheint eine der wichtigsten Grundlagen der Alltagskommunikation darzustellen. Nur wenn die Menschen die Möglichkeit des stillschweigenden Geltungsanspruchs der *Aussageobjektivität* gegenseitig annehmen, können sie über eine Welt sprechen, die sich ihnen als kognitive *gemeinsame* Grundlage der Welt darstellt. Wenn jemand etwa sagt „Bitte gib mir ein Glas Wasser!“, stellt er dem anderen dadurch einen äußeren Sachverhalt dar, der zwischen ihnen objektiv vorhanden ist. Diesen Sachverhalt spricht er ihm aus seiner wertfreien Perspektive aus. Bewusst oder unbewusst wird der Geltungsanspruch einer Behauptung, die mit der Aussageobjektivität im Wesentlichen zu tun hat, im kommunikativen Alltag benutzt.

Auf diese Weise wird die Grundkonzeption der Gegenstandswelt, die quasi vom Menschen getrennt und außerhalb völlig selbständig bereits vorhanden ist, erkennbar. Also steht die Rede mit dem Geltungsanspruch der Aussageobjektivität generell mit einer wertneutralen, objektivierenden Haltung

merely on the meaning of the words but on what acts you are performing in what circumstances“ (S. 145). Er ordnet „constatives“ – also die Aussagen – einer besonderen Art des „speech act“ zu. Diesen Ansatz Austins hat der junge Habermas in schematischer Weise übernommen, indem er meint, dass jeder Sprecher grundsätzlich durch seine Rede dem Hörer gegenüber stillschweigend vierartige Geltungsansprüche habe, vgl. *Jürgen Habermas, Wahrheitstheorien*, S. 137 ff. Nach Habermas gehört die Aussagewahrheit in Form von Verständlichkeit, Wahrhaftigkeit und Richtigkeit zusammen mit grundlegenden Geltungsansprüchen in alltäglichen Gesprächssituationen. Allerdings kommt es nicht selten vor, dass ein Sachverhalt in der Gegenstandswelt auf dem Wahrscheinlichkeitsniveau – also nicht auf dem der Notwendigkeit – abgeschwächt dargestellt werden soll, vgl. die Schlussfolgerung des A im obigen Fall zur (mutmaßlichen) Lerngewohnheit der deutschen Studierenden. Insofern lässt sich der Geltungsanspruch der Aussagewahrheit durch den Geltungsanspruch der Wertfreiheit bzw. Wertneutralität ersetzen.

des Redners gegenüber der Gegenstandswelt im Zusammenhang.³

Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass es bestimmte soziale Kommunikationsbereiche gibt, in denen es gar nicht möglich ist, dass es zwischen dem Redner und dem Hörer zu einem Perspektivenverfehlen kommt. Der oben angeführte Fall mit der Bitte um ein Glas Wasser gehört dazu. In diesem Fall existiert die Welt als reine Gegenstandswelt, und der Sachverhalt wird rein wertneutral betrachtet. Es scheint also zwei Welten in *einer* Wirklichkeit zu geben; einerseits die reine Gegenstandswelt, die nur wertneutral zugänglich ist, andererseits die Lebenswelt, welche die Möglichkeit des Perspektivenverfehlens enthält. Hierbei ist doch ein Punkt klar: Soll im Alltag ein bestimmter Sachverhalt rein wertneutral beschrieben werden, muss zuvor notwendig eine Perspektiventrennung erfolgen, d.h. soll der Sachverhalt der Lerngewohnheit deutscher Studierender wertneutral dargestellt werden, muss der Redner den Sachverhalt wie ein *äußerer Beobachter* betrachten, also von der Lebenswelt zurücktreten, als sei er selbst nicht daran beteiligt.

Daraus lässt sich der folgende Schluss ziehen: Wenn es erforderlich ist, für eine wertneutrale Aussage als ein äußerer Beobachter von seiner Betrachtungswelt getrennt und unbeteiligt zu bleiben, muss es umgekehrt erforderlich sein, bereits an der Welt beteiligt zu sein, um über einen bestimmten Sachverhalt in der Gegenstandswelt eine wertende Aus-

³ Der Grad der Objektivierung durch den Redner kann je nachdem, wer der Redner ist und in welchem intellektuellen Zustand er sich befindet, sehr unterschiedlich sein. A möchte etwa bloß aus seinen eigenen, sehr eingeschränkten Beobachtungserfahrungen eine wertfreie Aussage machen. Wäre A ein Sozialwissenschaftler, der sich mit diesem Thema schon auseinandergesetzt hat, müsste seine Behauptung auf einem viel höheren Wahrscheinlichkeitsniveau objektiviert sein.

sage machen zu können. Die Unterteilung in *innere und äußere* Perspektive soll von nun an als theoretische Grundlage für die vorliegende Arbeit dienen.

2. Perspektivische Singularität

Die obigen Beispiele lassen vermuten, dass die Unterteilung in innere und äußere Perspektive im Alltag nicht selten vorkommt. Um eine wertneutrale Aussage machen zu können, wird im Allgemeinen die Sichtweise eines Dritten angenommen, der etwas aus äußerer Perspektive betrachtet. Dagegen kommt die innere Perspektive zum Tragen, sobald es um eine wertende Aussage geht. Im ersten Beispiel beobachtet und beschreibt A einen sozialen Sachverhalt in Deutschland – also, die Lerngewohnheit einer bestimmten Gruppe von Studierenden – als ein Koreaner, d.h. als ein *Außenstehender* bezüglich der deutschen Gesellschaft. Dabei hat A die Gegenstandswelt seiner Aussage (Deutschland) von der ihm vertrauten Lebenswelt (Südkorea) innerlich getrennt. Erst durch diese Trennung konnte A zu einem äußeren Beobachter deutscher Gepflogenheiten werden. Aber im zweiten Beispiel nimmt A eine solche Welttrennung nicht vor. In A bleiben beide Lebenswelten (Südkorea und Deutschland) vereint. Nur deshalb kann A gegenüber der sexuellen Orientierung einer bestimmten Personengruppe eine kritische Haltung einnehmen.

Die Lebenswelten müssen jedoch nicht generell getrennt werden. Für eine wertneutrale Aussage reicht es aus sich vorzustellen, sich selbst von einer Gegenstandswelt fernhalten zu können. Hier sei daran erinnert, dass die nur einem Einzelnen zugängliche private Welt lediglich durch eine solche Vorstellung zu einer Welt wird, die nicht nur für den

Einzelnen, sondern für die gesamte Menschheit zweifellos vorhanden ist.⁴

Ob eine Aussage wertbezogen oder wertfrei ist, wird beinahe unbewusst beurteilt. Wie selbstverständlich tritt die Welt mit physikalischen Objekten oder Ereignissen unmittelbar in die

⁴ Der Gedanke, dass eine durch die sinnliche Wahrnehmung des Betrachters existierende äußere Welt bloß eine private Welt ist, die nur für das solipsistische, von der Welt getrennte Ego Gültigkeit hat, geht ursprünglich auf Descartes zurück und beruht auf dem cartesianischen Skeptizismus, durch den die primitive Objektivitätsebene der äußeren Gegenstandswelt im Alltag zuallererst beseitigt wird. *Réné Descartes, Meditationes de Prima Philosophia* (1986), S. 65 ff., 73, äußert sich zum kognitiven Skeptizismus wie folgt: „Indessen, wenn uns auch die Sinne zuweilen über kleine und ferner liegende Gegenstände täuschen, so ist doch an den meisten anderen zu zweifeln gar nicht möglich(.) [...] so z.B., daß ich hier bin, am Ofen sitze, meinen Winterrock an habe, dieses Papier hier mit den Händen berühre und dergleichen. [...] Ja, aber erinnere ich mich denn nicht, daß auch von ähnlichen Gedanken in Träumen getäuscht worden bin? Während ich aufmerksamer hierüber nachdenke, wird mir ganz klar, daß nie durch sichere Merkmale der Schlaf vom Wachen unterschieden werden kann, und dies macht mich so stutzig, daß ich gerade dadurch fast in der Meinung zu träumen bestärkt werde. – Ich will also annehmen, daß nicht der allgütige Gott, [...] sondern ein ebenso böser wie mächtiger und listiger Geist all sein Bestreben darauf richtet, mich zu täuschen; ich will glauben, daß der Himmel, die Luft, die Erde, die Farben, die Gestalten, die Töne und alles außerhalb von uns nur das Spiel von Träumen sei, durch die er meiner Leichtgläubigkeit nachstellt. Mich selbst will ich so ansehen, als hätte ich keine Hände, keine Augen, kein Fleisch, kein Blut [...] sondern daß ich mir dies bloß einbildete. [Dadurch] will ich wenigstens, [...] mit festem Geist mich hüten, etwas Falschem zuzustimmen, damit nicht jener Betrüger [...] irgendwelchen Einfluß auf mich bekomme.“ Eine der interessantesten Versionen dieses Skeptizismus, die der aktuellen Zeit angepasst ist, findet sich in dem durch den Hollywoodfilm „Matrix“ weltweit bekannten philosophischen Essay „Brains in a vat“ von *Hilary Putnam, Reason, Truth and History* (1981), insb. S. 5 ff. Die zentrale Frage lautete: Wie ist es möglich, sich selbst von der *Realität* der äußeren Welt zu überzeugen? Diese grundlegende Objektivität der äußeren Welt, die den Alltag umgibt, könnte durch kommunikativ koordinierbare Handlungen und nicht durch die im cartesianischen Skeptizismus in Frage gestellte Kommensurabilität der sinnlichen Wahrnehmung konstruiert werden. Solange durch kommunikative Handlung Gegenstände in der äußeren Welt gesteuert oder Sachverhalte nach dem eigenen Willen gestaltet werden können, besteht die Welt zweifellos objektiv, vgl. auch unten Fn. 8.

äußere Perspektive des Menschen ein, in erster Linie als eine Art Objektivitätserfahrung. Die Gewissheit der Gegenstandswelt beruht ursprünglich auf Welterfahrungen durch kommunikative Handlungen.⁵ Es kann nicht daran gezweifelt werden, dass ein Gegenstand, der mit den Augen gesehen und den Händen berührt wird, dieselbe Sache bleibt, und zwar auch für andere, wenn darüber mit ihnen kommuniziert wird.⁶ Diese ursprüngliche Art der Objektivitätserfahrung durch alltägliche Wahrnehmung und Kommunikation aus

⁵ Die Grundkonzeption der Objektivität von Welterfahrungen, die aus der inneren Perspektive des Menschen als ein sinngebendes Subjekt hervorgeht, wurde vor allem durch den philosophischen Pionier Martin Heidegger angebahnt und von Hannah Arendt weiterentwickelt. Auf dieser philosophischen Denklinie steht auch der Grundgesichtspunkt dieser Arbeit. Hierzu später ausführlich.

⁶ Es ist *Ludwig Wittgenstein*, *Über Gewißheit* (1969), der als Erster eine hinreichende Antwort auf den cartesianischen Skeptizismus gab: „§ 124. Wenn mich ein Blinder frage „Hast du zwei Hände?, so würde ich mich nicht durch Hinschauen davon vergewissern. Ja, ich weiß nicht, warum ich meinen Augen trauen sollte, wenn ich überhaupt daran zweifelte. Ja, warum soll ich nicht meine *Augen* damit prüfen, daß ich schaue, ob ich beide Hände sehe? Was ist *wodurch* zu prüfen? – § 150. Wie beurteilt Einer, welches seine rechte und welches seine linke Hand ist? Wie weiß ich, daß mein Urteil mit dem der Anderen übereinstimmen wird? Wie weiß ich, daß diese Farbe Blau ist? Wenn ich hier *mir* nicht traue, warum soll ich dem Urteil der Anderen trauen? Gibt es ein Warum? Muß ich nicht irgendwo anfangen zu trauen? D.h., ich muß irgendwo mit dem Nichtzweifeln anfangen; und das ist nicht, sozusagen, vorschnell aber verzeihlich, sondern gehört zum Urteilen. – § 141. Wenn wir anfangen, etwas zu *glauben*, so nicht einen einzelnen Satz, sondern ein ganzes System von Sätzen. – § 140. Wir lernen die Praxis des empirischen Urteilens nicht, indem wir Regeln lernen; es werden uns *Urteile* beigebracht und ihr Zusammenhang mit anderen Urteilen. *Ein Ganzes* von Urteilen wird uns plausibel gemacht.“ [Hervorhebungen im Original] Wittgenstein hat mit seinem „Sprachspiel“ die Theorie vermittelt, dass die Grundkonzeption der Objektivität, also die Gewissheit der Gegenstandswelt, darin besteht, dass der Mensch als denkendes Subjekt vor seinem Denken an etwas schon in einem sprachlich vermittelten System liegt, wodurch Urteile über irgendwelche äußeren Sachverhalte stimmig werden. Nur wenn diese „Sprachspiele“ reibungslos funktionieren, macht es Sinn, über die Objektivität der äußeren Welt zu sprechen. Sie ist nach Wittgenstein nur in Parallelen zur Objektivität elementarer Sprachregeln vorhanden, die sich als Anhaltspunkt für die grundlegende Gewissheit der Welt und des Denkens selbst darstellen und werden im Folgenden als „generative Regeln“ bezeichnet.

äußerer Perspektive bildet die Basis des kollektiven Lebens, durch die sich die Menschen zu einem gleichartigen Handlungssubjekt miteinander verbinden lassen. Die aus der geteilten äußeren zusammen mit der geteilten inneren Perspektive entstehende primitive Objektivitätserfahrung aller Menschen stellt die allgemeine Sprachkompetenz dar. Sie bildet die Bodeninstanz des menschlichen Bewusstseins, was die Menschheit grundsätzlich von anderen Gattungswesen unterscheidet.⁷

Hinsichtlich der angeführten Beispiele, in denen es um die Überschneidung von innerer und äußerer Perspektive geht, lässt sich feststellen, dass auf ein und denselben Sachverhalt unterschiedliche Perspektiven aktiviert werden können, und zwar je nach der geistigen Disposition der Gesprächsteilnehmer. Eine ungewollte Überschneidung der Perspektiven kommt aber erst dann zum Vorschein, wenn sie den Gesprächsteilnehmern im weiteren Diskurs bewusst wird.

Hierzu ein weiteres Beispiel: Ein Animal-Rights-Protagonist spricht in einer Konferenz über Verzehr von Hundefleisch in Korea: „Nicht wenige Koreaner genießen Hundefleisch! Es gibt in Korea viele sogenannte Bio-Restaurants, wo der Chef offenkundig für Hundefleischsuppe als natürliches Kräftigungssessen wirbt und viele Kunden sie als solche loben!“ Dieselbe Aussage mag aber aus dem Mund eines Deutschen geflossen sein, der gerade von einer kurzen Reise aus Ostasien heimkehrte und jetzt seinem Freund erzählt, was er dort erfahren hat. Er mag aber sonst ein Typ sein, der kein Interesse daran hat, sich in irgendwelche sozialen Gegebenheiten eines fremden Landes einzumischen. Dann

⁷ Die Spracherfahrung als primitive Objektivitätserfahrung der Menschheit aus geteilter innerer Perspektive ist das Hauptthema von Kapitel 2.

würde er das Essen von Hundefleischsuppe in Korea so beschreiben, als hätte er es ohne moralisches Ressentiment quasi wertneutral beobachtet. Es handelt sich um zwei semantisch gleiche Aussagen von zwei Personen, die aber aus anderer Perspektive erfolgen. Die Aussage des Animal-Rights-Protagonisten soll vermutlich den Zweck erfüllen, das Publikum in der inneren Perspektive erfahren zu lassen, was ihn in seiner eigenen inneren Perspektive irritiert. Dagegen gab es bei dem Reisenden keinen solchen Zweck, allerdings könnte es sich auch um eine kulturelle Indifferenz handeln, die oft als „Kulturrelativismus“ maskiert wird.

Die bisher erörterten Beispiele zeigen, dass es einige Bereiche gibt, die sowohl nach der inneren als auch nach der äußeren Perspektive offen sind. In solchen Bereichen kann zu ein und demselben Sachverhalt die Perspektive gewechselt, wobei dies in manchen Fällen je nach den Lebenserfahrungen des Einzelnen nicht bloß auf rein willkürliche Weise geschehen mag.⁹ Der Wechsel der Sichtweise gehört zum geistigen Vermögen der Menschheit als Gattungswesen. Sofern durch die Anwendung dieser Fähigkeit eine Überlappung von innerer und äußerer Perspektive eintritt, kann diese als Perspektivensingularität bezeichnet werden,¹⁰ welche insbesondere bei verschiedenen sozialen Gebräuchen Anwendung findet, etwa die alltägliche Etikette. Dazu gehören vor allem soziale Institutionen mit normativem Charakter,

⁹ Die unterschiedliche Perspektiveneinnahme sollte freilich im Diskurs gegengeprüft werden. Dem an Fremdkultur indifferenten Reisenden wird durch das Gespräch mit seinem Kollegen und Animal-Rights-Protagonisten mindestens ein Impuls gegeben, diese Sache aus seiner inneren Perspektive zu betrachten. Das genaue Gegenteil könnte aber dem Protagonisten passieren.

¹⁰ Etwa bzgl. des ästhetischen Urteils oder Geschmacksurteils ist dem Menschen nur die innere Perspektive, aber hinsichtlich der im Alltag koordinierten menschlichen Handlungen, wie Aufforderung, Befehl, Bitte usw., nur die äußere Perspektive zugänglich (vgl. etwa das obige Beispiel zum Darreichen des Wasserglases).

wie die religiöse bzw. gesellschaftliche Sitte, die Politik, die Moral und letztendlich das positive Recht. Die drei Kategorien Moral, Politik und positives Recht teilen nicht selten semantisch gleiche Inhalte, und sie erscheinen den Menschen aus der äußeren Perspektive zu einem bestimmten Zeitpunkt zunächst als normative *Gegebenheiten* einer Gesellschaft. Viele Soziologen behandeln sie quasi als eine Art des gesellschaftlich konstruierten Faktums.¹¹ Aber dieses sogenannte konstruierte *Faktum* unterscheidet sich vom unmittelbarem Faktum im Alltag grundsätzlich dadurch, dass es ursprünglich auch aus der inneren Perspektive des Einzelnen zugänglich ist. Nur wenn solche normativen Gegebenheiten im Bereich des positiven Rechts sowohl aus der äußeren wie auch aus der inneren Perspektive betrachtet werden, kann die richtige Grundkonzeption des Rechtsprinzips erlangt werden.

Gerade aus diesem Grund muss dieser Diskurs mit den das positive Recht aus äußerer Perspektive umgebenden Objektivitätserfahrungen, die hauptsächlich durch die Begriffe „Befehl“ und „gewöhnliche Regel“ erklärbar sind, beginnen. Solche aus äußerer Perspektive der Menschen allgemein hervorgehende Objektivitätserfahrungen vor dem positiven Recht sind nämlich ein Ausgangspunkt, von dem aus sich die Instanzen des positiven Rechts überhaupt erneut bestimmen können. Erst danach kann näher auf diejenige Objektivitätserfahrung vor dem positiven Recht eingegangen werden, die aus der inneren Perspektive als eine Art der Notwendigkeitserfahrung im praktischen Sinne erscheint. Die Erörterung wird naturgemäß zum Diskurs führen, wie verschiedene Rechtsprinzipien mit derjenigen Objektivitätserfahrung des Richters innerlich zu tun haben,

¹¹ Siehe Fn. 17.

die aus seiner eigenen inneren Perspektive als Notwendigkeitserfahrung im Konkreten erscheint.

3. Zwang und Sanktion: Objektivitätserfahrung zum positiven Recht aus äußerer Perspektive

Es ist schlechthin unlegbar, dass das positive Recht in der alltäglichen Vorstellung als eine gewisse Art der Objektivität erlebt wird. Dabei ist klar, dass dieses Erlebnis der Objektivität grundsätzlich auf dessen Kraft¹² auf die Wirklichkeit beruht. Diese ursprüngliche Kraftereinwirkung des positiven Rechts auf das Leben lässt sich vornehmlich durch zwei Begriffe bestimmen: Einerseits als eine Zwangskraft beinhaltende Sanktion und andererseits als gewöhnlich von allgemeinen Rechtsadressaten ausgeübte Regel für bestimmte Handlungsmodi. Diese zwei unterschiedlichen Objektivitätserfahrungen zu analysieren stellt daher die erste Aufgabe dar. Deshalb richtet sich die Analyse zunächst auf die durch die zwangskräftige Sanktion und die in der Tat ausgeübte gewöhnliche Regelung repräsentierte Objektivitätserfahrung am positiven Recht.

Es sind die sozialen Gegebenheiten, die für einige bestimmte Klassen menschlicher Handlungen Muster geben. Unter diesem Aspekt erscheint dies den Handelnden als eine Erfahrung der Regelexistenz. Allerdings gibt es daneben ihm auch andersartige soziale Gegebenheiten, die den Menschen quasi wie das positive Recht bestimmte Handlungsmuster geben. Die soziale Sitte und alltägliche Etikette sind etwa diejenigen, aus denen sich derartige Regelerfahrungen schöpfen lassen.

¹² Siehe Fn. 17.

Bei den vor dem positiven Recht Handelnden gibt es jedoch ein grundlegendes Merkmal, das die Regelerfahrung am positiven Recht von den Regelerfahrungen bei anderen sozialen Gegebenheiten unterscheidet: eine spezifische Gefahr,¹³ die nur der Regelerfahrung des positiven Rechts anhaftet. Verletzt jemand etwa eine Regel des positiven Rechts, will ihn eine spezifische Gruppe von Menschen, anders als bei Verletzung der Sitten- bzw. Etiketteregeln, mit Zwangskraft sanktionieren. Das positive Recht erscheint dann dem Regelbrecher des positiven Rechts¹⁴ als Quelle der Gefahr¹⁵ durch physikalische Zwangskraft.¹⁶ Er ist sich dessen bewusst, dass er wegen der Regelverletzung früher oder später ins Gefängnis kommt bzw. Bußgeld zahlen muss.

Diese subjektive Gefahr legt allerdings ihren rein subjektiven Charakter ab, soweit sie aus der Perspektive des allgemeinen Beobachters daraufhin betrachtet wird, dass sie durch die im hohen Grad wiederholten Sanktionen nicht nur an ihm, sondern auch an einer Menge von Regelbrechern gleichermaßen verwirklicht wird. Beim wiederholten Eintreten eines solchen Sanktionsakts wird begonnen, das positive Recht als eine *objektive* Gegebenheit, d.h. für jedermann als Quelle solcher Gefahr für potenzielle Verbrecher, wahrzunehmen. Im Allgemeinen ist unter „objektiver Kraft des positiven

¹³ Siehe Fn. 17.

¹⁴ Vor allem *Oliver Wendell Holmes*, *The Path of the Law*, in: Dennis Patterson, *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology* (2003), S. 10 f., gilt als bekannter Autor, der das Wesen des positiven Rechts aus der Perspektive des „bad man“ erörtert.

¹⁵ Etwa *Holmes*, *The Path of Law*, S. 10 f.: „If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict(.) [...] what does it mean to a bad man? Mainly, and in the first place, a prophecy that if he does certain things he will be subjected to disagreeable consequences by way of imprisonment or compulsory payment of money. [...] The duty to keep a contract at common law means prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else.“

¹⁶ Siehe Fn. 20.

Rechts“ ein bestimmter Zwang zu verstehen, der in irgendeiner Form in einer bestimmten Situation bestimmten Personen auferlegt werden kann. Diese „sichtbare“ Zwangskraft des positiven Rechts besteht hauptsächlich in Form von Einschränkung der Bewegungsfreiheit bzw. des Vermögens. Dabei bleibt ein wichtiges Merkmal im Wesentlichen ohne Veränderung: Sie und die daraus hervorgehende objektive Gefahr lassen sich nicht nur von den betreffenden Regelbrechern, sondern auch von außerhalb der Gesellschaft Stehenden beobachten und objektiv feststellen sowie als eine Art des allgemeinen Faktums in der Welt konstruieren.

Aus äußerer Perspektive wird vor allem objektiv festgestellt, ob in irgendeiner Gegenstandswelt ein solcher, das positive Recht konstruierender sozialer Tatbestand¹⁹ – also ein

¹⁹ Der Begründer des soziologischen Positivismus, Emile Durkheim (1857-1917), und der Begründer des soziologischen, analytischen Rechtspositivismus, John Austin (1790-1859), teilen die Auffassung, dass in der Gesellschaft einige Gegebenheiten per se bestehen, die sich weder auf physikalische noch psychische Phänomene zurückführen lassen. Ihre Zwangskräfte und Äußerlichkeiten gegenüber dem Einzelnen stellen dabei die zwei Schlüssel dar, wodurch solche Gegebenheiten als soziale Fakten aufgefasst werden können. *Emile Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode (1984), S. 105 f., 111 f., sagt: „Wenn ich meine Pflichten als Bruder, Gatte oder Bürger erfülle, oder wenn ich übernommene Verbindlichkeiten einlöse, so gehorche ich damit Pflichten, die außerhalb meiner Person und der Sphäre meines Willens im Recht und in der Sitte begründet sind. Selbst wenn sie mit meinen persönlichen Gefühlen im Einklang stehen [...] so ist diese doch etwas *Objektives*. [...] Ebenso hat der gläubige Mensch die Bräuche und Glaubenssätze seiner Religion bei seiner Geburt fertig vorgefunden. Daß sie vor ihm da waren, setzt voraus, daß sie *außerhalb seiner Person existieren*. [...] Diese Typen des Verhaltens und des Denkens stehen nicht nur außerhalb des Individuums, sie sind auch mit einer *gebieterischen Macht* ausgestattet, kraft deren sie sich einem jeden aufdrängen, er mag wollen oder nicht. [...] Handle es sich um rein moralische Gebote? Die öffentliche Meinung verhindert jeden Akt, der sie verletzt, durch die Aufsicht, die sie über das Benehmen der Bürger ausübt. [...] In anderen Fällen ist der Zwang weniger fühlbar. Allein er besteht auch da. Wenn ich mich geltenden Konvention der Gesellschaft nicht füge, *etwa in meiner Kleidung den Gewohnheiten* meines Landes [...] keine Rechnung trage, wird [...] die Distanz, in der man mich hält,

derartiger (dauerhafter) Zustand der Zwangsausübung und Gefahr²⁰ – existiert oder nicht. Es kann festgestellt werden, dass das positive Recht zur Verwirklichung dieser Gefahr auf das Dasein einer zentralisierten Gruppe von organisierten Menschen angewiesen ist, die sich ihrerseits in eine innere Organordnung fügen.²¹ Dabei hängt die darin schon enthal-

auf sanfterer Art denselben Erfolg erzielen wie eine eigentliche Strafe.[...] Ich bin nicht gerade verpflichtet, *mit meinen Landsleuten französisch zu sprechen*, auch nicht, die gesetzliche Währung zu gebrauchen. Und doch ist es unmöglich, daß ich anders handle. [...] Wir können uns jetzt über das Gebiet der Soziologie genau Rechenschaft geben. Es umfaßt nur eine begrenzte Gruppe von Erscheinungen. Ein soziales Phänomen ist an der äußerlich verbindlichen Macht zu erkennen, die es über die Einzelnen ausübt oder auszuüben imstande ist; und *das Vorhandensein dieser Macht* zeigt sich wiederum an entweder durch das Dasein einer bestimmten *Sanktion* oder durch den *Widerstand*, den das Phänomen jedem Beginnen des Einzelnen entgegengesetzt, das ihn zu verletzen geeignet ist.“ [Hervorhebungen vom Verfasser] Wie dieses Zitat wohl zeigt, sind solche Fakten insofern eine schon *konstruierte* Sache, als sie erst durch die intellektuellen Filter von Sanktionen und Zwangskräften quasi als objektive Gegenstände wahrgenommen werden. Freilich begreift Austin die Zwangskraft im positiven Recht enger als Durkheim, indem er darin nur die physikalische Zwangskraft gelten lässt.

²⁰ Siehe Fn. 20.

²¹ Die Kombination der drei Elemente physikalische Zwangskraft, dauerhafter Zustand der Zwangsausübung und die Existenz der Sanktionsgruppe, die durch eine gewisse Konzeption der Regel sowohl innerlich organisiert als auch nach außen als Einheit repräsentiert ist, und die daraus resultierenden zwei Merkmale der objektiven Gefahr und des gewöhnlichen Gehorsams in der Perspektive des allgemeinen Rechtsadressaten konstituieren zusammen den Tatbestand für das Dasein des positiven Rechts. Dieser treffe in den Augen der Rechtspositivisten auf den sog. objektiven Aspekt des positiven Rechts zu, vgl. *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, Nachdruck 1992, S. 45 ff., 48: „[...] der Sinn der Rechtsordnung ist, daß gewisse Übel unter gewissen Bedingungen zugefügt werden *sollen*, [d.h.,] daß, [...] bestimmte Zwangsakte unter bestimmten Bedingungen vollstreckt werden *sollen*. Dies ist nicht nur der subjektive Sinn der Akte, mit denen das Recht gesetzt wird, sondern auch ihr objektiver Sinn. Gerade darin, daß dies als ihr objektiver Sinn gedeutet wird, werden sie als [...] norm-erzeugende oder norm-vollziehende Akte anerkannt. [...] In dieser Hinsicht, das heißt: insoweit nur der subjektive Sinn der in Frage stehende Akte in Betracht kommt, besteht kein Unterschied zwischen der Beschreibung des Befehls eines Straßenräubers und der Beschreibung des Befehls eines Rechtsorgans. Ein Unterschied kommt erst dann zum Ausdruck, wenn nicht der subjektive, sondern der objektive Sinn des Befehls beschrieben wird[.]“

tene Konzeption des Regelbefolgens weniger mit der Konzeption der Regelverletzung als mit der Art und Weise zusammen, wie sie sich innerlich zu einer einheitlichen Gruppe organisieren lassen. Diese auf besondere Weise organisierte Gruppe von Sanktionsträgern verfügt aufgrund ihrer inneren Konzeption des Regelbefolgens über jene Zwangskräfte und übt sie nach außen hin, also auf den anderen allgemeinen Rechtsadressaten, aus. Aus diesem Grund soll die Konzeption der Sanktion des positiven Rechts, auch wenn sie primär aus äußerer Perspektive betrachtet wird, schon parallel mit der (inneren) Konzeption der Regelung verbunden sein.

Das positive Recht zeigt sich nun als System sichtbarer Sanktionen, das grundsätzlich aus äußerer Perspektive von jedermann begreifbar ist. Dieses Grundbild der Sanktionen

[...] Gehen wir von dem schon [...] erwähnten Falle eines Urteils aus, mit dem wir die Tötung eines Menschen durch einen anderen als die Vollstreckung eines Todesurteils und nicht als Mord deuten. Dieses Urteil beruht darauf, daß wir den Akt der Tötung als Vollziehung einer Gerichtsentscheidung erkennen, die die Tötung als Strafe anordnet; das heißt: wir legen den Akt des Gerichts den objektiven Sinn einer individuellen Norm bei und deuten so die den Akt setzenden Menschen als Gericht. Nunmehr können wir die Frage beantworten, warum wir dem unter Todesandrohung erlassenen Befehl eines Straßenräubers nicht den objektiven Sinn [...] beilegen, warum wir diesen Akt nicht als Rechtsakt, warum wir die Verwirklichung der Drohung [...] nicht als Vollstreckung einer Sanktion deuten. [...] Handelt es sich um den vereinzelt Akt eines [...] Individuums, kann dieser schon darum nicht als ein Rechtsakt, sein Sinn nicht als eine Rechtsnorm angesehen werden, weil Recht [...] nicht eine einzelne Norm, sondern ein System von Normen, eine soziale Ordnung ist[.] Der Vergleich mit einer Rechtsordnung käme nur in Betracht, wenn es sich um die systematische Tätigkeit einer organisierten Bande handelte, die ein bestimmtes Gebiet dadurch unsicher macht, daß sie dort lebende Menschen unter Androhung von Übel zwingt[.] Dann ist die Ordnung, die das gegenteilige Verhalten der Mitglieder dieser [...] Gruppe regelt, von der externen Ordnung [...] zu unterscheiden, die die Mitglieder [dieser Gruppe] unter Androhung von Übeln an Außenstehende richten.“ Aber die Meinung über die Frage, welchen Charakter solche quasi gruppeinnerliche Regel hat bzw. haben soll, geht unter den Rechtspositivisten scheinbar auseinander. Vgl. die Ansicht von Kelsen mit der in Fn. 28 dargestellten Ansicht von Hart.

bildet nämlich die erste Grundlage, auf der sich die Objektivitätserfahrung am positiven Recht richtet. Hierbei stellt sich eine Frage: Was ist damit gemeint, dass eine solche Sanktionsgruppe bereits durch die Konzeption der Regelexistenz zentralisiert sein muss? Das impliziert ein Machtmonopol. Wäre die Möglichkeit der Zwangsausübung in einem bestimmten Terrain von keiner bestimmten Gruppe monopolisiert, d.h. gäbe es in einem Terrain eine pluralische Macht-ausübungsgruppe, die miteinander streitend ihre eigenen Sanktionen auf die allgemeinen Rechtsadressaten durchzusetzen versucht, würde keiner aus der äußerer Perspektive mit Sicherheit sagen können, dass ein (dauerhafter) Zwangsausübungszustand im oben geschilderten Sinne in jenem Terrain etabliert ist, der den darin lebenden Menschen die Objektivitätserfahrung bringt.

Ein extremer Fall eines solchen Machtkampfes ist die Anarchie, in der das positive Rechtssystem nicht existiert. Daneben kommt als einigermaßen wirklichkeitsnaher Fall der Zustand des Civil War in Betracht, in dem um die Herrschaft über ein Terrain in der Regel von zwei bzw. drei Machtgruppen gestritten wird. Im Allgemeinen fällt es unter diesen beiden politisch unstablen Zuständen sehr schwer, objektiv festzustellen, wer Sanktionsgruppe im oben genannten Sinne ist. Streit zwischen Einzelpersonen würde sehr schnell zum bloßen Machtkampf zwischen den Machtgruppen werden, ohne dass dabei die Frage, wer in dieser Sachlage Recht hat, gelöst wird. Bei politischer Instabilität einer Gesellschaft kann kaum festgestellt werden, ob es das positive Recht darin überhaupt gibt. Dort, wo ein dauerhaftes Machtmonopol einer bestimmten Gruppe beobachtet werden kann,

ist im Prinzip rational zu vermuten, dass ein positives Rechtssystem vorhanden ist.²²

Einen anderen Weg verfolgen Friedrich Carl von Savigny und Ronald Dworkin, die hier später in der neuen Begrifflichkeit „Hermeneutisten“ genannt werden. Sie behaupten nämlich, dass es im positiven Recht eine immanente, uni-

²² Nach Kelsen kann nur eine einzige Rechtsidee als dem positiven Recht immanent in Betracht kommen – der Frieden. Es scheint zwar ein rein logischer Schluss zu sein, dass der Frieden im spezifischen Sinn aus dem Gewaltmonopol selbst als Effekt des Gehorsams folgt. Aber inwiefern kann seiner Ansicht gefolgt werden, dass Menschen ohne irgendeine Gerechtigkeit den Friedenszustand gewinnen können, indem sie die auf sich selbst ausgeübte Zwangskraft durch eine bestimmte Gruppe einfach ertragen und darüber hinaus derselben gehorcht, die die Gewaltausübung durch andere Gruppen nicht zulassen? *Kelsen*, a.a.O., S. 49 ff.: „Kollektive Sicherheit oder Frieden ist eine Funktion, die [...] die als Recht bezeichneten Zwangsordnungen auf einer gewissen Stufe der Entwicklung tatsächlich, wenn auch in verschiedenem Grade haben. Diese Funktion ist eine objektive feststellbare Tatsache. Die rechtswissenschaftliche Feststellung, daß eine Rechtsordnung die von ihr konstituierte Rechtsgemeinschaft befriedet, involviert keinerlei Werturteil; sie bedeutet insbesondere nicht die Zuerkennung eines Gerechtigkeitswertes, der damit keineswegs zu einem Element des Rechtsbegriffes erhoben wird und daher auch nicht als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Rechtsgemeinschaft und Räuberbande dienen kann, wie dies in der Theologie des Augustinus der Fall ist. Daß Gerechtigkeit kein das Recht von anderen Zwangsordnungen unterscheidendes Merkmal sein kann, ergibt sich aus dem relativen Charakter des Werturteils, demzufolge eine Gesellschaftsordnung gerecht ist. [...] Wird Gerechtigkeit als Kriterium der als Recht zu bezeichnenden normativen Ordnung angenommen, dann sind die kapitalistischen Zwangsordnungen der westlichen Welt, vom Standpunkt des kommunistischen Gerechtigkeitsideals, und die kommunistische Zwangsordnung der Sowjetunion, vom Standpunkt des kapitalistischen Gerechtigkeitsideals, kein Recht.“ Der diesem Wertrelativismus zugrunde liegende Skeptizismus muss aber in einem neuen Zusammenhang, der in dieser Arbeit von nun an entwickelt werden soll, noch einmal kritisch geprüft werden, und zwar einerseits hinsichtlich der Trennung der eigenen Lebenswelt des Beobachters der anderen fremden Lebenswelt, die für ihn jetzt zu seinem Beobachtungsgegenstand geworden ist, und andererseits bzgl. des Objektivitätsbegriffs selbst, wobei es um den Objektivitätshorizont geht, der sich nicht aus der Perspektive des rein äußeren Beobachters, sondern aus der inneren Perspektive des sinngebenden Teilnehmers diskursiv eröffnet. Davon wird später ausführlich die Rede sein.

versale Instanz gibt, in der man den Existenzgrund desselben keinem rein empirischen Gesichtspunkt, sondern dem der inneren Reflexion jedes Einzelnen entnimmt.

In dieser Stelle soll es aber vorläufig genügen, vor allem aus äußerer Perspektive das positive Recht in erster Linie als eine Art der Objektivitätserfahrung konstruieren zu können, die lediglich durch die Tatsache des Machtmonopols einer bestimmten Gruppe in einem bestimmten Terrain erklärbar ist. Wie John Austin vertritt,²³ setzt die Feststellung des positiven Rechtszustandes vor allem die Stabilität der politischen Gemeinschaft notwendig voraus.²⁵

4. Konventionelle Regel als Handlungsmaßstab: Objektivitätserfahrung aus innerer Perspektive

Bisher wurde hauptsächlich die Zwangskrafterfahrung des positiven Rechts aus äußerer Perspektive des Beobachters analysiert, die durch die Konzeption der Sanktion in die Wirklichkeit eintritt. Im Folgenden soll die Objektivitätserfahrung aus innerer Perspektive, die im Alltag als Erfahrung der Regelexistenz erscheint, untersucht werden. Die Konzeption der Sanktionsgruppe aus äußerer Perspektive setzt bereits

²³ *Austin*, Lectures, S. 227, geht in seiner bekannten Lehre des Gehorsams von Untertanen vom Begriff der „independant political society“ aus, der sich als notwendiges Merkmal für die Existenz des positiven Rechts darstellt: „In order that a given society may form a society political and indepenant, the positive and negative marks which I have mentioned above must unite. The *generality* or *bulk* of ist members must be in a *habit* of obeidence to a *certain* and *common* superior: whilst that certain person, or certain body of persons, must *not* be habitually obeident to a certain person or body.“ [Hervorhebung im Original]

²⁵ Gerade die oben in Fn. 20 von Austin geschilderte Situation des gewöhnlichen Gehorsams der Menge hat Hart aus der realistischen Betrachtungsweise als ein notwendiges Merkmal des positiven Rechtssystems akzeptiert in der sog. „gunman situation“, siehe *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1997, S. 20 ff. (im Folgenden zit. *Hart*, CL).

eine Art der Regelkonzeption voraus, die grundsätzlich aus innerer Perspektive zu verstehen ist.

4.1 Befehl

Der Ausgangspunkt ist dabei, die Sanktionsgruppe des positiven Rechts von der Gruppe der bloß Machtausübenden zu unterscheiden. Die Sanktionsgruppe des positiven Rechts handelt nicht willkürlich und erscheint aus äußerer Perspektive als eine Organisationseinheit. Die Konzeption der Sanktionsgruppe enthält, anders als die Machtmonopolgruppe, mindestens zwei Elemente der Selbstregulierung: Als erstes Element ist die minimale Willkürfreiheit, d.h. das Bewusstsein, dass ihre Sanktionshandlungen nicht aus ihrem eigenen Willen hervorgegangen sind. Das impliziert die Existenz eines Bewusstseins darüber, dass sie nicht selbst der kollektive Befehlshaber, sondern Befehlsempfänger ist. Dabei steht der Befehlshaber außerhalb der Sanktionsgruppe und schreibt ihr von da aus vor, bestimmte Klassen von Handlungen der allgemeinen Rechtsadressaten zu sanktionieren.²⁶ Aufgrund dessen, dass die Sanktionsgruppe bloß als Befehlsempfänger der Autorität des Befehlshabers kollektiv folgt, ist sie von ihrer eigenen Willkür befreit.

Als zweites Element kommt der Einheitscharakter der Sanktionsgruppe in Betracht, der sich unabhängig von der Willkürfreiheit nach außen hin darstellt. Es besteht nämlich darin, dass sich jedes einzelne Mitglied quasi als ein fungibles Subjekt²⁷ darstellt, d.h. jede Sanktionshandlung der Mitglieder dieser Gruppe ist – wer das Sanktionsobjekt und was der

²⁶ Siehe Fn. 20.

²⁷ Der Topos vom Richter als „fungible Person“, der grundsätzlich aus dem Rationalismus von Leibniz hervorgegangen ist, wird im letzten Kapitel behandelt.

Sanktionsinhalt immer sein mag – im Prinzip gruppenintern austauschbar. Dieses Postulat nach Tilgung der Persönlichkeit des Sanktionssubjekts hat allerdings wesentlich mit der Klarheit des Befehlsinhalts zu tun. Wenn z.B. ein beliebiges Sanktionssubjekt wegen der semantischen Weite des Befehlsinhalts²⁸ den ihm vorgelegten Fall in der Tat nach seiner Willkür sanktionieren soll, so dass es im Prinzip keine Garantie geben würde, dass seine Sanktionshandlung in ähnlichen Sachverhalten mit der seiner Kollegen identisch²⁹ ist, würde

²⁸ Etwa der israelische Philosoph und Rechtspositivist *Joseph Raz*, *Practical Reason and Norms*, 2. Aufl. 1999, S. 137-141, ist der Ansicht, dass das System des absoluten Ermessens des Richters überhaupt nicht als Rechtssystem bezeichnet werden dürfe, und zwar wegen des fatalen Mankos der Rechtsbestimmtheit. Die Meinungen dazu gehen bei den Rechtspositivisten auseinander. So führt z.B. Philip Soper in Bezug darauf ein interessantes Denkeperiment durch. Angenommen, es gäbe in einem Land als Souverän einen König, der Rex heißt. Da konstituiert sich schon als letztgültige Geltungsregel des Systems eine folgende: „Whatever Rex enacts is law.“ Dann gibt er dem Richterstand nur ein einziges Recht, nämlich „All disputes are to be settled as justice requires“. In diesem Fall nimmt Soper an, dass jeder einzelne Richter seine Entscheidungen nach seiner eigenen Auffassung von Gerechtigkeit trifft. Und er ist der Meinung, dass es keinen Grund gibt, ein solches System nicht als Rechtssystem bezeichnen zu dürfen. Tatsächlich existieren aber schon mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu diesem einfachen „equity system“. Zunächst ist es möglich, dass „Rex“ sowohl öffentlich als auch privat seine Konzeption der Gerechtigkeit mehrere Male angesprochen hat. In diesem Moment der sog. subjektiven Auslegung würde der Richter als treuer Befehlsdiener eher die mutmaßliche Vorstellung von Rex als seine eigene Vorstellung von Gerechtigkeit als Maßstab anlegen. Aber er könnte auch – etwa angesichts der Unzulänglichkeit der Vorstellungen seines Herrn über Gerechtigkeit – die *communis opinio*, die herrschende öffentliche Meinung bzgl. Gerechtigkeit, seiner eigenen Ansicht vorziehen, auch wenn diese kontrovers ist. In diesem Fall würde er der in einer konventionellen Form objektiv bestehenden Ansicht des Kollektivs folgen, vgl. *Philip Soper*, *Legal Theory and the Obligation of a judge: The Hart/Dworkin Dispute*, in: Marshall Cohen, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (1984), S. 18 f.

²⁹ Das Postulat zur Identifizierung von Urteilen wird sogar zum normativen Maßstab für die richtige Entscheidung des Richters emporgehoben: „Die Antwort auf die Frage nach der Richtigkeit einer Entscheidung würde sich danach für den Juristen am einfachsten dann ergeben, wenn das Gesetz eindeutig dem Richter vorschreibt, einen ganz bestimmten Tatbestand in bestimmter

sich dieser Anschein tatsächlich dem nähern, was früher als Abwesenheitszustand des positiven Rechts bezeichnet wurde. Ein solcher Identifizierungsanspruch von Sanktionshandlungen verlangt daher semantische Klarheit und Eindeutigkeit des Befehlsinhalts auf einem hinlänglichen Niveau, in dem die Gruppenmitglieder der gegenseitigen Kritik ausgesetzt sein können. Diese Möglichkeit der gruppeninternen Kritik bildet in diesem Sinne eine wichtige Basis, auf welcher der Einheitscharakter der Sanktionsgruppe beruht.³⁰

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Konzeption der Sanktionsgruppe schon um ihrer begrifflichen Voraussetzung willen eine allgemeine Konzeption der Regel benötigt. Die

Weise zu beurteilen. Wenn es etwa eine positive Gesetzesvorschrift gäbe, die dem Richter befähle, sich streng an den Wortlaut des Gesetzes und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zu halten und keinen Fall zu entscheiden, der nicht zweifellos durch ein Gesetz geregelt wird, so wäre danach die größte Wahrscheinlichkeit begründet, daß alle richterlichen Entscheidungen richtig würden. Eine richtige Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ‚Ein anderer Richter‘ bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen.“, *Karl Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. 1969, S. 5 f., 71.

³⁰ Siehe etwa *Hart*, CL, S. 114 ff.: „But just because a legal system is a complex union of primary and secondary rules, this evidence [of obedience] is not all that is needed to describe [...] the existence of a legal system. [...] But it is just here that the simple notion of general obedience, which was adequate to characterize the indispensable minimum in the case of ordinary citizens, is inadequate. [...] He [a general citizen] need not, though he may, share the internal point of view accepting the rules as standards for all. [...] Instead, he may think of the rule only as something demanding actions from him under threat of penalty; he may obey it [...] from inertia, without thinking of himself or others as having obligation to do so [...] But this merely personal concern with the rules, [...] cannot characterize the attitude of the courts to the rules [...] This [rule] [...] must be regarded 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. *Individual courts of the system [...], though they may [...] deviate from these rules, must [...] be critically concerned with such deviations as lapses from standard [...] This is not merely a matter of the efficiency or health of the legal system, but is logically a necessary condition of [...] the existence of a single legal system.*“ [Hervorhebung vom Verfasser]

Sanktionsgruppe des positiven Rechts unterscheidet sich von der bloßen Machtmonopolgruppe dadurch, dass sie intern einen kritischen Maßstab für ihre Sanktionshandlung zur Verfügung hat. Diese Regelkonzeption garantiert sowohl die Willkürfreiheit als auch die Einheit der Sanktionsgruppe. Die allgemeine Konzeption der Willkürfreiheit der Handlungs- und Organeinheit, die von jedem Mitglied der Sanktionsgruppe schon innerlich geteilt sein soll, läuft letztendlich auf den Gedanken hinaus, dass die Sanktionshandlung, die zunächst aus äußerer Perspektive betrachtet worden ist, eigentlich die Existenz einer inneren Perspektive vorausgesetzt hat. Die Feststellung des Daseins jener Sanktionsgruppe bildet ja eine Grundlage für die Existenzfeststellung des positiven Rechts, sie lässt sich aber nicht lediglich aus der äußeren Perspektive des Beobachters gewinnen. Sie ist vielmehr etwas, das aus einer inneren Perspektive intellektuell zu konstruieren ist.

4.2 Akzessorische Regelkonzeption in der Sanktionsgruppe

Die Konzeption der Regel, die in der Konzeption der Sanktionsgruppe enthalten ist, zeigt auf diese Weise, dass die Existenz des positiven Rechtssystems aus lediglich rein äußerer Perspektive keine genügende Erklärung findet. Auch wenn in einem Terrain eine tatsächliche Herrschaft einer Machtmonopolgruppe beobachtet wird, kann daraus keine unmittelbare Existenz des positiven Rechts gefolgert werden, ohne die Machtmonopolgruppe der Sanktionsgruppe gleichzustellen.

Die Regelkonzeption, die die objektiv beobachtete Zwangskraft des positiven Rechts begleitet, ist die erste notwendige Bedingung, durch die einige normative Gegebenheiten in der

Gesellschaft aus rein äußerer Perspektive als das System des positiven Rechts festgelegt werden. In Bezug auf die Zwangskraft des positiven Rechts ist sie aber nur von akzessorischer Bedeutung. Daraus ergibt sich eine Normativität im weiten Sinne. Im Alltag wird nämlich dadurch, dass die Zwangskraft stets von einer organisierten Sanktionsgruppe exklusiv verwaltet wird, bei den allgemeinen Rechtsadressaten die Erwartung geweckt, dass sie unter bestimmten Bedingungen immer *gleich* – also unabhängig davon, wer die Sanktion erleidet und welche Handlungsmotive ausschlaggebend sind – erfolgt.

4.3 Die sekundäre Objektivitätserfahrung

Die Regelkonzeption findet eine wichtige Erweiterung, indem allgemeine Rechtsadressaten im Alltag durch das positive Recht die generelle Grunderfahrung haben, dass es sich in Wirklichkeit um einen allgemeinen Handlungsmaßstab handelt. Das positive Recht erscheint also quasi als äußere Regel, die und von ihren Zeitgenossen innerlich akzeptiert worden ist. Deutlich wird dies vor allem in den Fällen, wo sie anlässlich einer Regelverletzung von ihren Mitgenossen mit Kritik konfrontiert werden. Dieser Regelaspekt des positiven Rechts wird als eine andere Art der Objektivität erfahren, die sich von der Erfahrung der Zwangskraft im Prinzip unterscheidet. Das Bewusstsein, dass eine soziale Gegebenheit, auf die sich die Zwangskraft der Sanktionsgruppe stützt, in der Praxis aus der inneren Perspektive als Handlungsmaßstab benutzt wird, bildet den Kern dieser Existenz Erfahrung der äußeren Regel, die das Dasein des positiven Rechts mitbestimmt.

Die innere Perspektive, aus der die zweite Objektivitätserfahrung hervorgeht, hat jedoch einen merkwürdigen Charakter:

Sie beansprucht – anders als die innere Perspektive wie etwa bei der Einschätzung eines Kunstwerks – eine Wertneutralität. Es steht außer Zweifel, dass die Zwangskraft des positiven Rechts auf dessen objektiven Aspekt zutrifft, weil sie im Prinzip jedermann als äußerer Beobachter rein wertneutral feststellen kann. Dabei ist klar, dass sich die äußere Perspektive des allgemeinen Beobachters in der Tat mit der äußeren Perspektive desjenigen allgemeinen Rechtsadressats deckt, der das System des positiven Rechts seines Landes quasi von außen beobachtet.

In Bezug auf die Regelerfahrung des positiven Rechts, wie im oben kurz skizziert ist, verhält es sich aber ganz anders. Das Dasein einer solchen inneren kollektiven Instanz in der Gesellschaft, welcher der allgemeine Beobachter angehört, ist nicht durch die rein empirische Beobachtung sichtbarer Sachverhalte in seinem Land, sondern nur durch das Verstehen der kritischen Praxis feststellbar, die sprachliche Form annimmt. Aus diesem Grund wird die Perspektive des Beobachters schon mit der inneren Perspektive des darin lebenden Teilnehmers verbunden sein, um besagte kritische Praxis überhaupt verstehen zu können.

Angenommen, in einem bestimmten Terrain kann etwas wie eine Sanktionsgruppe nicht beobachtet werden. Führt dies dazu, dass dort kein positives Recht vorhanden ist? Kann man sicher sagen, dass das positive Recht sein objektives Dasein verliert, sobald die Zwangskraftinstanz verschwindet? Bei einer Gesellschaft, in der menschliche Handlungen nur in Form von Gewohnheitsregeln ohne Zwangskräfte kontrolliert werden, kann von Abwesenheit des positiven Rechts ausgegangen werden. Zugleich kann mit Recht gesagt werden, dass das positive Recht lediglich in Form von Gewohnheit besteht. Dieses Bild mag zwar unreal erscheinen, jedoch ist

das positive Recht ein vielschichtiges Phänomen, in dem sich einige Objektivitätsinstanzen befinden, die sich nicht auf irgendeine andere Instanz zurückführen bzw. reduzieren lassen, ohne dabei ihren eigentümlichen Charakter zu verlieren. Es ist also nicht a priori davon auszugehen, dass das positive Recht ohne Zwangskraft überhaupt kein positives Recht darstellt.

Hart hat das Wesen der sozialen Regel auf konsequente Weise untersucht und kam zu der Ansicht, dass das positive Recht im Prinzip ein System von konventionellen Regeln sei. Nach seiner „Practice Theory of Rules“ manifestiert sich die objektive Kraft einer konventionellen Regel durch die äußere Existenz in einer Gegenstandswelt. Die äußere Existenz sei im Prinzip bloß dasjenige in jener Welt bestehende Faktum, welches wertneutral konstruiert und durch die Untersuchung der Sprachpraxis jener Welt ebenso quasi wertneutral sei.

5. Kritik am methodologischen Positivismus

Die folgende Argumentation soll als Grundlage für die radikale Kritik bzw. kritische Rekonstruktion der Hart'schen Regeltheorie dienen. Von dort aus soll ein neuer Weg gefunden werden.

5.1 Die Verschiedenheit der Regelerfahrungen und die generative Regel

Trotz der Unterschiedlichkeit der Regelerfahrungen, die im Alltag als soziale Handlungen vorkommen, wie etwa beim Sport, Spielen von Musikinstrumenten, im Straßenverkehr usw., gibt es eine strukturelle Gemeinsamkeit: Die Regelerfahrungen sind grundsätzlich mit der Konzeption der Praxis verknüpft. Die Existenz einer Regel wird nicht durch die

Beobachtung irgendeines Stillstands, sondern eines dynamischen Tuns wahrgenommen. Die Existenz Erfahrung einer Regel kann nur bei der Beobachtung gemacht werden, dass sie stets von anderen in wirklichem Tun praktiziert wird. Aus diesem Grund kann festgestellt werden, dass eine soziale Regel im Allgemeinen in der Praxis ihre Existenz zeigt.

Die wichtigste und mächtigste darunter ist die Sprachpraxis. Regelerfahrungen in der Sprachpraxis, die als syntaktische, semantische und pragmatische Formen im Alltag in ganz verschiedenen Situationen in Erscheinung treten, werden sowohl bewusst als auch unbewusst gemacht,³¹ wobei nicht daran gezweifelt wird, dass die Regelstrukturen der Muttersprache herrschen. Sprachpraxis lässt sich lediglich durch eine ursprünglich vorgegebene Regelkonzeption bestimmen, denn durch sie erhält die Sprachpraxis Leben und Wirksamkeit in einer Gesellschaft. Aus diesem Grund können die Regeln der Sprachpraxis, mit denen sich das Denken erst aktivieren lässt, als „generative Regeln“ bezeichnet werden. Die Existenz und die Wirkungsweise generativer Regeln ist von großer Bedeutung für die Erläuterung des Existenzmodus des positiven Rechts und der Begrifflichkeit des Rechtsprinzips. Zunächst soll aber festgestellt werden, welche Praxen den Regelerfahrungen des positiven Rechts nahestehen.

³¹ In der Sprachpraxis gelten offizielle Hinweise als anerkannter Standard (z.B. Wörterbuch zur Rechtschreibung). Aber nicht nur auf dem offiziellen Niveau, sondern auch auf dem inoffiziellen herrschen solche Regelerfahrungen, vgl. *Matthew H. Kramer*, *Objectivity and the Rule of Law* (2007), S. 4 f.: Viele Kanadier empfinden den englischen Ausdruck „ain't“ als nicht angemessen in offiziellen Kontexten. Kramer ordnet solche inoffiziell geltenden Regeln in die Kategorie der „weakly-mind independent rule“ ein. Das allgemeine Wesen der generativen Regel wird später anhand weiterer Beispiele ausführlich diskutiert.

Vor allem die verschiedenen Arten sozialer Praxis, etwa Moral und Etikette, aus denen diverse Regelerfahrungen gemacht werden, weisen eine wesentliche Ähnlichkeit mit der Praxis des positiven Rechts auf. Sie beziehen sich auf den gemeinsamen Denkmodus der Menschen, durch den eine bestimmte Handlung bewertet wird. Dies wird durch die ontologische Terminologie, dass eine Regel der sozialen Moral bzw. Etikette in einer Gesellschaft existiert, quasi wertneutral ausgedrückt. Allerdings wird dabei zwischen dem Existenzmodus derselben und dem der sichtbaren Sache bzw. Ereignisse unterschieden. Ohne physikalische Identifizierung durch die Sinnesorgane wird einer Handlungsgewohnheit mit dem daran angehefteten Denkmodus des Kollektivs ein ontologischer Status zugeschrieben. Die erste Betrachtung zum Wesen der sozialen Regelungen stellt zunächst darauf ab, wie Regeln aus sozialen Moralitäten und Etiketten sich aus irgendeinem inneren Gesichtspunkt heraus als quasi wertneutral bestehend auffassen lassen und was die wirkliche Folge davon ist.

5.2 Der ontologische Status der sozialen Regelung – soziale Regeln als ein Faktum

Die soziale Praxis der Moral bzw. Etikette stellt sich den Mitgliedern einer Gemeinschaft als eine Art des normativen Faktums dar, d.h. vor allem, dass der Einzelne sie auf dem Niveau des Individuums nicht willkürlich verändern oder abschaffen kann. Beispielsweise entschließt sich jemand aus persönlichen Gründen dazu, eine bestimmte Handlung – nicht selten aus Sollengründen – regelmäßig auszuführen, etwa für die eigene Gesundheit jeden Morgen drei Kilometer zu laufen. Die Person versucht dabei, aus dem eigenen inneren Gesichtspunkt heraus einen bestimmten Willen durch die Form der Handlungsregelmäßigkeit zu verwirklichen. Dieser

eigene Entschluss aus einem Sollensgrund nimmt auf diese Weise die Form der persönlichen Maxime des Einzelnen an, in der sich ein normativer Wunsch des Einzelnen äußert. Sie ist allerdings ausschließlich für diese Person bedeutend. In einer derartigen Maxime lässt sich zwar ausdrücken, dass eine bestimmte Handlung auszuführen ist, genauso wie anderen Menschen aus Freundlichkeit die Tür aufgehalten wird. Trotz dieser Gemeinsamkeit wird ihr in der Regel kein ontologischer Status zugeschrieben, weil der Einzelne diese Maxime als ihr einziger Autor prinzipiell jederzeit verändern bzw. unterlassen kann. Es wäre absurd, diese Maxime als ein Faktum zu bezeichnen, soweit sie sich lediglich auf die Handlung aufgrund des Willens eines Einzelnen bezieht.

Bei der Betrachtung der Faktizität derartiger persönlicher Praxis ist noch ein anderer Punkt in Betracht zu ziehen. Zwar kann ein Beobachter *ex poste facto* sagen, ob jemand seine Maxime bisher erfolgreich ausgeführt hat oder nicht. Sein Bericht würde dann mit Recht als eine wertneutrale Aussage über ein Faktum, das bereits in der Vergangenheit geschehen ist, gelten. Aber niemand kann dabei *ex ante facto* sagen, dass der Inhalt dieser persönlichen Regelung auch als eine Art Faktum in der Zukunft weiterhin gelten wird. Daher kann der Maxime des Individuums ein ontologischer, faktischer Status nicht zugesprochen werden. Dagegen scheint es sich im Fall der sozialen Praxis etwas anders zu verhalten. Der Hauptunterschied zwischen beiden Praxen besteht anscheinend darin, ob eine Singularität oder Pluralität des Willens vorliegt. Wo sich die Pluralität des anonymen Kollektivs in einer Praxis als Autor einspielt, kann mit relativer Sicherheit gesagt werden, dass sie als ein Faktum einer Gesellschaft im vollständigen Sinne – also nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch in der Zukunft – gilt. Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass eine soziale

Praxis in sich eine Faktizität birgt, deren Quelle der unsichtbar wirkende kollektive Wille ist. Dem Willen, dem geistigen Zustand des Kollektivs zu einem bestimmten Zeitpunkt kann im Allgemeinen – auch wenn sich die Gültigkeit der Aussage nicht über diesen bestimmten Zeitpunkt hinaus, aber auf Dauer oder sogar auf die Ewigkeit erstreckt – der Status eines Faktums zugeschrieben werden. Die Unmöglichkeit einer solchen Faktumszurechnung bei persönlicher Praxis ist dagegen tatsächlich nichts anderes als ein Ausdruck der Erkenntnis, dass die bewusst aufgestellte Regelung auf dem individuellen Niveau grundsätzlich dem Willen ihres Autors untersteht.

5.3 Die Grundform der sozialen Institution normativer Art

Allgemein gesagt ist der Sachverhalt, der in einer persönlichen Praxis ausgedrückt ist, *ex ante facto* eher als ein subjektiver Wunsch denn als ein Faktum zu qualifizieren, d.h. dass etwas in ihr *ex post facto* als Faktum³² galt, ist keine

³² Dass das Faktum als eine Art Wahrheitsträger etwas sei, was nicht reiner Vernunft a priori, und zwar zeitunabhängig, automatisch gegeben ist, sondern etwas, das lediglich aus menschlichen Erfahrungen a posteriori konstruiert worden ist, geht auf *David Hume*, *Enquires concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, 3. Aufl. 1975, S. 25, 26 f.), zurück: „All the objects of human reason or enquiry may naturally be divided into two kinds, *Relations of Ideas*, and *Matters of Fact*. [...] Propositions of this [first] kind are discoverable by the mere operations of thought, without dependance on what is anywhere existence in the universe. [...] Matters of fact [...] are not ascertained in the same manner; [...] The contrary of every matter of fact is still possible; [...] *That the sun will not rise to-morrow* is no less intelligible a proposition, and implies no more contradiction, than the affirmation, *that it will rise*.“ Damit meinte er nicht nur physikalische, sondern auch soziale Sachverhalte: „All reasonings concerning matter of fact seem to be founded on the Relation of *Cause and Effect*. By means of that relation alone we can go beyond the evidence of our memory and sense. If you were to ask a man, why he believes any matter of fact, which is absent; for instance, that his friend is in the

Garantie dafür, dass es *ex ante facto* auch weiterhin als Faktum gelten wird. Aber im Fall der sozialen Praxis verhält es sich etwas anders. Der Autor dieser kollektiven Praxis ist im Allgemeinen eine unbestimmte Menge von Personen, die sich selbst nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt bzw. Gruppe zurückführen lässt. Sie zeigt sich per se als ein un-

country, or in France; he would give you a reason; and this reason would be some other fact; as a letter received from him[.] [...] All our reasonings concerning fact are of the same nature. And here it is constantly supposed that there is a connexion between the present fact and that which is *inferred* from it. *Were there nothing to bind them together, the inference would be entirely precarious.* The hearing of an articulate voice and rational discourse in the dark assures us of the presence of some person: Why? Because these are the effects of the human make and fabric, and closely connected with it.“ [Hervorhebung im Original] Nach Hume kann der Sachverhalt als (konstruiertes) Faktum bezeichnet werden, sofern ihm durch gesunden Schluss im Diskurs der objektive Status zugestanden wird. Eine ganz andere Denklinie hat *Ronald Dworkin*, *Law's Empire* (1986), S. 80: „There is [...] [a] debate about whether external skepticism [...] directed to morality, is a significant theory. [a skepticism about] the belief interpreters commonly have: that one interpretation of some text or social practice can be on balance better than others, that there can be a “right answer” to the question which is the best even when it is controversial what the right answer is. That depends on how these “objective” beliefs (as we might call them) should be understood. Suppose I say that slavery is wrong. I pause, and then I add a second group of statements: I say that slavery is “really” or “objectively wrong” that this is not just a matter of opinion, that it would be true even if I (and everyone else) thought otherwise, [...] that the contrary answer is not just different but mistaken.“; *Ronald Dworkin*, *A Reply by Ronald Dworkin*, in: Marshall Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1984), S. 249: „A positivist may hold that a theory of statutory interpretation such that, if a statute provides that a contract is invalid when it is unconscionable, and the vast majority of people think that a particular sort of contract is unjust, then that sort of contract is, as a matter of law, invalid. This theory makes beliefs about moral facts, not moral facts themselves, decisive for propositions of law.“ Hart hat die Auseinandersetzung mit diesem brisanten Thema vermieden, indem er es – zu Unrecht – für ein polemisches philosophisches Thema und damit als unnötig für den rechtstheoretischen Diskurs hielt, siehe *Hart*, *CL*, S. 253 f. Das, was Dworkin hier „moral facts“ genannt hat, wird in dieser Arbeit als Objektivitätserfahrung im praktischen Sinne gekennzeichnet, sofern sie auf den konkreten Lebenssachverhalt des Betrachters stark ausstrahlt und zeigt, wie ein normatives Faktum, sofern es auf einen Gegenstand der eigenen Lebenswelt des Beobachters bezogen ist, ihn von seiner Lebenswelt entfremdet.

bestimmtes kollektives Subjekt, welches sich in einem gewissen Terrain über einen geschichtlich gebildeten Zeitraum allmählich herausgebildet hat. Soweit eine kollektive Praxis auf eine unbestimmte Menge als Autor hinweist, kann mit einiger Gewissheit vorhergesagt werden, dass da, was in Bezug auf jene Praxis als Faktum in der Vergangenheit angegeben wurde, ebenso in der (zumindest näheren) Zukunft quasi als Faktum gelten wird. Dass sich der Autor dieser Praxis nicht als ein individuelles, sondern als ein kollektives Subjekt darstellt, wird nämlich zu einem großen Hindernis, wenn der Wille auf individueller Ebene ihre schnelle Abschaffung bzw. Veränderung veranlasst. Auf einen bestimmten Zeitpunkt gesehen erscheint eine stabilisierte normative Erwartung des Kollektivs dem Geist des Einzelnen in der Form der Faktizität. Eine der sozialen Praxis zugrunde liegende Faktizität prägt in diesem Sinne – nämlich nicht im streng logischen, sondern dem des alltäglichen Denkens – die Grundform aller historisch allmählich gebildeten sozialen Institutionen normativer Art.

5.4 Die Regelerfahrung im positiven Recht

Die ontologische Konzeption der Existenz der sozialen Regelung einerseits und die im Grund phänomenologische Konzeption der Geltung stehen im Zusammenhang. Durch die methodologisch fingierte Perspektiventrennung ergibt sich zur allgemeinen Konzeption der sozialen Regel ein präziseres Bild, und zwar bezüglich ihrer Existenz und Geltung³⁴ in einer Gemeinschaft. Dies sind nämlich die Grundfaktoren, welche die Regelerfahrung wesentlich bestimmen.

³⁴ Siehe Fn. 32.

Bei roter Ampel zu warten und bei grün zu fahren oder zu gehen, stellt einen Musterfall solcher Regelerfahrungen des positiven Rechts dar. Die soziale Handlungsgewohnheit der Menge gewinnt einen normativen Status dadurch, dass sie aus äußerer Perspektive als eine bestimmte Gewohnheit des Kollektivs beobachtet wird und sich aus innerer Perspektive eine kritische Haltung gegen eine abweichende Handlung manifestiert.³⁵ Dabei bildet sich nicht zuletzt die geistige Erfahrung der Regelexistenz durch die Konzeption ihrer Geltung. Die sich aus innerer Perspektive ergebende Konzeption der Geltung einer sozialen Praxis stellt sich dabei nämlich als eine andere Art der Objektivitätserfahrung dar, die unbeschadet der Sanktionsmöglichkeit durch irgendeine Amtsträgergruppe grundsätzlich selbständig besteht.³⁶ Der

³⁵ Siehe Fn. 32.

³⁶ Allerdings wird hierbei der Geltungsbegriff etwas breiter als die konventionelle Ansicht von Rechtstheoretikern, insb. Rechtspositivisten, aufgefasst. Es ist ungewiss, ob die Rechtspositivisten den Geltungsbegriff *außerhalb* des positiven Rechts auf den breiteren Kontext von normativen Gegebenheiten erweitern wollen. Dies erscheint zweifelhaft, weil die Rechtspositivisten den Begriff der Geltung wohl nur im inneren – quasi sogar begrifflichen – Zusammenhang mit der „Wirksamkeit“ bzw. „efficacy“ irgendeines physikalischen Sanktionssystems für bedeutsam halten. Die Begriffe „Wirksamkeit“ und „efficacy“ haben dabei weniger mit den allgemeinen Handlungsgewohnheiten eines Kollektivs zu tun als mit seiner Gehorsamsgewohnheit, welche die Existenz einer bestimmten organisierten Sanktionsgruppe voraussetzt. Beispielsweise sagt *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1961), S. 48 f.: „Der Vergleich mit einer Rechtsordnung käme nur in Betracht, wenn es sich um die *systematische Tätigkeit einer organisierten Bande* handelt, die ein bestimmtes Gebiet dadurch unsicher macht, daß sie dort lebende Menschen unter Androhung von Übeln zwingt[.] [...] Wenn [aber] die diese [Räuber]Gemeinschaft konstituierende, die interne und externe Ordnung umfassende Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung, [...] nicht als ihr objektiver Sinn gedeutet wird, [...] so darum, weil keine Grundnorm vorausgesetzt wird, derzufolge man sich dieser Ordnung gemäß verhalten soll, das heißt: daß Zwang unter den Bedingungen [...] geübt werden soll, wie es diese Ordnung bestimmt. Aber [...] warum wird [eventuell] eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? [...] weil [...] diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat[.] [...] Sie hat diese Wirksamkeit offenbar nicht, wenn die Sanktionen statuierenden Normen der [anderen] Rechtsordnung, innerhalb deren territorialen Geltungs-

Objektivität der sozialen Norm lässt sich auf diese Weise eine neue Dimension hinzufügen, und zwar das kritische Bewusstsein des Kollektivs bezüglich einer bestimmten Handlung. Dabei ist von wesentlicher Bedeutung zu erkennen, dass das kritische Bewusstsein nicht auf eine persönliche Autorität hingewiesen werden muss. Vielmehr reicht es, tatsächlich zu zeigen, dass eine bestimmte Praxis als Handlungsmaßstab aus der inneren Perspektive des Kollektivs akzeptiert ist. Dieses innere kritische Bewusstsein des Kollektivs, das aus innerer Perspektive des einzelnen Handelnden quasi wertneutral erscheint, bildet im Allgemeinen den Kern der Korrelation zwischen der Existenz und der Geltung der sozialen Regelung. Etwa bei der Praxis von Fußgängern an einer Ampel handelt es sich um ein solches Moment des kritischen Bewusstseins des Kollektivs.

bereich die Tätigkeit der Bande fällt, tatsächlich auf diese Tätigkeit als auf rechtswidriges Verhalten angewendet werden[.] [...] Das heißt, wenn die als Rechtsordnung angesehene Zwangsordnung *wirksamer* ist als die die Räuberbande konstituierende Zwangsordnung.“ [Hervorhebung vom Verfasser] Im Wesentlichen vertritt Austin die gleiche Ansicht, vgl. seine oben erörterte Bemerkung über das begriffliche Verhältnis der Souveränität zur Existenz einer politischen Gesellschaft. *Hart*, CL, S. 103, weist ebenfalls („*efficacy*“) hin auf „the fact that a rule of law which requires certain behaviour is *obeyed* more often than not“ [Hervorhebung vom Verfasser]. Wenn Hart die Aussage über die Geltung des positiven Rechts als „*internal statement*“ von derjenigen über seine Wirksamkeit als „*external statement*“ (a.a.O., S. 102 f.) unterscheidet, muss dies nicht grundsätzlich auf den Bereich des positiven Rechts beschränkt sein. Wie oben bereits erklärt, kann und muss der Geltungsbegriff in der allgemeinen Konzeption der Existenz konventioneller Regeln der Gesellschaft generell konstituiert werden, und zwar im Sinne der objektiven Existenz des normativen Bewusstseins innerhalb des Kollektivs. Die aus äußerer Perspektive betrachtete Existenz einer kollektiven Handlungsgewohnheit (die Wirksamkeit) einerseits und die aus innerer Perspektive gesehene Existenz des kritischen Bewusstseins des Kollektivs (die Geltung) andererseits bilden zwei Grundkategorien, durch die das Wesen der normativen Gegebenheit einer Gesellschaft generell bestimmt wird.

5.5 Feststellung der normativen Ansicht des Kollektivs

In einem normativen Faktum, also in dem, was allgemein als soziale Regel bezeichnet wird, sind zum einen das äußere Moment der sichtbaren Handlung und zum anderen das innere, kritische Bewusstsein des Kollektivs enthalten, durch dessen Filter eine soziale Gewohnheit erst zu einer sozialen Regel werden kann. Dabei ist ein solches kritisches Bewusstsein etwas, das von vielen als Handlungsmaßstab (in manchen Fällen unbewusst) verinnerlicht worden ist. Wie viele mögen etwa in Deutschland so tollkühn und frech sein, am helllichten Tag unter vielen vorwurfsvollen Blicken allein bei roter Ampel über die große Kreuzung zu fahren? Gerade an diesem Moment tritt die innere Haltung des Kollektivs zutage, die sich nicht rein empirisch durch die Sinnesorgane identifiziert, sondern nur durch die innere Perspektive erfahren lässt. Durch das kritische Bewusstsein des Kollektivs, das eventuell in einem besonderen Moment seine eigene Kraft zeigt, erscheint eine Handlungsgewohnheit des Kollektivs dem Einzelnen als eine objektive Regel.

5.6 Die doppelte Perspektive des Beobachters

Insbesondere ist darauf zu achten, dass alle äußeren Zeichen der kritischen Haltung des Kollektivs – Miene, Gestik oder Sprache – von dem Beobachter ex ante facto in ihrem allgemeinen Sinn aus ihrer inneren Perspektive verstanden werden soll. Äußere Zeichen der kritischen Haltung des Kollektivs verlangen vom Beobachter, sich selbst in die Gegenstandswelt des (hypothetischen) Teilnehmers hineinzuversetzen und sie – die äußeren Zeichen – in ihrer inneren Perspektive im Voraus zu verstehen; denn nur unter dieser Bedingung können solche Zeichen als ein Beweis für die Existenz solches kritischen Bewusstseins genutzt werden.

Nur unter der Voraussetzung, dass über den allgemeinen Sinn solcher in der Gegenstandswelt befindlichen äußeren Zeichen der inneren Sprachen bereits ein gutes Verständnis vorhanden ist, wird er in der Lage sein, von dem quasi wertneutralen Gesichtspunkt des Beobachters aus vom äußeren Benehmen des Kollektivs einer Gegenstandswelt das kritische innere Moment abzulesen. Dieses Vorverständnis der inneren Sprachen bildet ohne Zweifel die allgemeine Grundlage für die sogenannte wertneutrale Deskription der normativen Gegebenheit (Faktum) einer fremden Welt.

5.7 Die innere Sprache des Beobachters

Dieses vorauszusetzende Vorverständnis der inneren Sprache der Gegenstandswelt zwischen zwei Welten durch gemeinsames Verhalten bietet also einen „common place“. Allein von diesem aus kann ein Beobachter aus der äußeren Perspektive über die innere Ansicht einer Gegenstandswelt zur kollektiven Handlungsgewohnheit eine wertneutrale Aussage machen. Die ursprüngliche Resonanz zwischen zwei durch Handlungen repräsentierten Sprachsystemen und die daraus hervorgehende hermeneutische Referenz des Beobachters der inneren Sprache seiner eigenen Lebenswelt bildet die Grundlage für die sogenannte wertneutrale Deskription der inneren Ansicht einer Gegenstandswelt. Ohne eine solche grundsätzliche Annahme wäre es schlechthin nicht möglich, einen Anhaltspunkt dafür zu finden, dass ein Beobachter äußere Anzeichen für kritische Haltungen von Mengen einer Gegenstandswelt überhaupt begreifen kann.

Die Annahme, dass ein analoges Verhalten verschiedener Gesellschaften erhebliche kulturelle Unterschiede durch die (vermeintliche) Konstruktion der inneren Sprache der Gegen-

standswelt überbrücken kann, liegt nahe.³⁷ Abgesehen davon, ob eine solche Interpretation wertneutral oder wertbezogen ist, ändert sich aber ein Punkt nicht: Diese interpretierende Erklärung bzw. Beschreibung einer menschlichen Handlung wird nur dann möglich, wenn bereits zuvor eine gemeinsame innere Perspektive geteilt worden ist.³⁸

5.8 Die Idee der hermeneutischen Beobachtung

Die wertneutrale Deskription des wissenschaftlichen Positivismus, die insbesondere in den Normenwissenschaften generell vertreten wird, ist nur unter der Annahme denkbar, dass ein ursprünglich kommensurabel gegebener hermeneutischer Raum zwischen den Gegenstandswelten der berichtenden Beobachter, den Zuhörern und den beobachteten Agenzien bereits etabliert ist. Alle diejenigen, die in einer solchen wertneutralen Beobachtung eine Rolle spielen, bewegen sich in diesem hermeneutischen Raum. Es muss von vornherein einen „common place“ geben, in der die inneren Perspektiven aktiviert werden können. Ohne ihn ist es ausgeschlossen, die normative Gegebenheit bzw. die innere Ansicht einer Gegenstandswelt wertneutral aufzufassen bzw. zu beschreiben.

Sofern sich die wertneutrale Beobachtung an der inneren Perspektive der Gegenstandswelt orientiert, kann es von außen keinen Punkt geben von dem aus sich die Wertneutralität der Beobachtung sichern lässt. Für den positivistischen Beobachter gibt es in Bezug auf die Beschreibung der Normen einer Gegenstandswelt tatsächlich keinen äußeren Standpunkt, von dem aus er die wissenschaftliche Wertfreiheit im engen Sinne entlehnen und sich dadurch

³⁷ Siehe Fn. 36.

³⁹ Siehe Fn. 36.

einen streng wertneutralen Berichterstatter nennen kann. Im Gegensatz zu der Beobachtung einer physikalisch konstruierten Welt kann er nicht wie Archimedes einen absoluten Punkt außerhalb von ihm selbst annehmen, von dem aus er sich durch geistige Trennung von seiner Lebenswelt eine Welt zum Gegenstand seiner rein wertneutralen Beobachtung nimmt.³⁹ Dem Beobachter des Normativen einer Gegenstandswelt bleibt dann nur ein einziger Weg übrig, aus diesem hermeneutischen Raum die innere Perspektive der anderen Gegenstandswelt, die aber schon durch die innere Perspektive mit seiner eigenen Lebenswelt verknüpft war, zu rekonstruieren. Eine sogenannte wertneutrale Deskription der normativen Gegebenheiten in einer Gegenstandswelt ist also im Ergebnis nichts anderes als eine besondere Art der hermeneutischen Beobachtung⁴⁰, die unter einem bestimmten Aspekt verständlich ist. Sie – die hermeneutische Beobachtung – setzt nämlich stets die innere Ansicht stillschweigend voraus, die aus der Lebenswelt des Beobachters selbst hervorgegangen ist. Ein hermeneutischer Beobachter kann aus der inneren Perspektive seiner Lebenswelt nicht herausgehen, sondern nur im interpretativen Rahmen seiner Lebenswelt eine quasi wertneutrale Deskription der Normativität einer Gegenstandswelt ausführen. Ohne den interpretativen Rahmen wäre es ihm – wie gesagt – gar nicht möglich, an eine Wertneutralität der Gegenstandswelt überhaupt zu denken.⁴¹ Umgekehrt bedeutet dies, dass die innere Per-

³⁹ Siehe Fn. 36.

⁴⁰ Siehe Fn. 36.

⁴¹ *Dworkin, Law's Empire* (1986), S. 51 ff., ist der Ansicht, dass die Beobachtung irgendwelcher sozialer bzw. normativer Gegenstände schon vom Beobachter sein eigenes Werturteil verlangt, das nur aus der Teilnehmerperspektive hervorgeht, und zwar indem er die „conversational interpretation“ mit der „constructive interpretation“ vergleicht. Obwohl Dworkins Ansicht eine Gemeinsamkeit mit dem Ansatz der vorliegenden Arbeit hat, findet sich dazwischen eine subtile Differenz. Hier wird vor allem behauptet, dass derjenige, der glaubt, als ein äußerer Beobachter bzgl. einer

normativen Gegebenheit in einer Gegenstandswelt eine sog. wertneutrale Beobachtung anzustellen, in der Tat bereits einen inneren Gesichtspunkt aktiviert haben muss. Insofern begriff sich Dworkin als ein hermeneutischer Beobachter. Aber in dieser Phase wird noch nicht angenommen, dass er dazu seinerseits ein aus seiner eigenen Reflexion aktives, starkes Werturteil, wie Dworkin scheinbar angenommen hat, bilden soll. Wie er in seinem Werk ausführt, genügt es in dieser Phase, dass die Lebenswelt des Beobachters „Lebensformen“ im Sinne von Wittgenstein mit der Lebenswelt der Gegenstandsgesellschaft in den wichtigen Aspekten teilt: „They must [...] agree about a great deal in order to share a social practice. They must do understand the world in sufficiently similar ways [...] to recognize the sense in each other's claim[.] [...] That means not just using the same dictionary but sharing what Wittgenstein calls a form of life sufficiently concrete so that the one can recognize sense and purpose in what other says and does[.] [...] So each of the participants in a social practice must distinguish between trying to decide what other members of his community think that the practice requires and trying to decide, for himself, what it really requires. [...] *A social scientist who offers to interpret the practice must make the same distinction. He can, if he wishes, undertake only to report the various opinions [...] in the community[.] But that would not constitute an interpretation of the practice itself;* [...] he must give up methodological individualism and use the methods [...] in forming their own opinions about what [practice] really requires. He must, that is, *join the practice he proposes to understand*“, a.a.O., S. 63 f. [Hervorhebung im Original] „Habermas observes that social science differs from natural science for just that reason. He argues that even when we discard the Newtonian View of natural science as the explanation of the theory-neutral phenomena, in favor of the modern view [Vielleicht Thomas Kuhn] that a scientist's theory will determine what he takes the data to be, an important difference nevertheless remains between natural and social science. [...] They must understand behavior the way it is already understood by the people whose behavior it is; *a social scientist must be at least a "virtual" participant in the practices he means to describe.*“, a.a.O., S. 422, Fn. 14 [Hervorhebungen vom Verfasser]. Diese Bemerkung Dworkins soll aus dem o.a. Grund nicht etwa seine eigene Position bekräftigen, sondern die hier vertretene Ansicht. Vgl. Dworkins Position aber mit der ursprünglichen Position zum „virtuellen Teilnehmer“ von *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. I, 3. Aufl. 1985, S. 167 f.: „Wenn Sinnverstehen als ein Modus der Erfahrung begriffen wird, und wenn kommunikative Erfahrung nur in der performativen Einstellung eines Interaktionsteilnehmers möglich ist, muß der beobachtende Sozialwissenschaftler, der sprachabhängige Daten sammelt, einen ähnlichen Status einnehmen wie der sozialwissenschaftliche Laie. [...] Das Handlungssystem, in dem sich der Sozialwissenschaftler als *Aktor* bewegt, liegt auf einer anderen Ebene; [...] [es] deckt sich jedenfalls nicht mit dem beobachteten Handlungssystem. [...] Was bedeutet nun die Rolle des virtuellen Teilnehmers für die Frage der Objektivität des Verstehens eines

spektive der eigenen Lebenswelt des Beobachters, die in der Regel eine Form der Selbstverständlichkeit darstellt, hermeneutischer Standard der methodologischen Idee der Wertneutralität ist.

5.9 Autorität, Konventionalität und Notwendigkeit

Das methodologische Postulat des Positivismus, dass die in einer Gegenstandswelt objektiv bestehende Normativitäten rein wertneutral, d.h. ohne Wertung des Betrachters, beschrieben werden kann und soll, ist bloß ein Mythos. Aus diesem Grund müssen Regelerfahrungen, die als eine Art der Objektivitätserfahrung des kollektiven Lebens in sehr verschiedenen Formen erscheinen, grundsätzlich nicht unter der positivistischen, sondern unter der hermeneutischen Annahme verstanden werden. Der Hermeneutismus muss also die methodologische Grundlage der vorliegenden Analyse der Regelerfahrungen sein. Dafür kommen die folgenden Existenz- und Erscheinungsmodi der sozialen Regeln der Autorität, Konventionalität und der praktischen Notwendigkeit in Betracht, denen die Begriffe Befehl, gewöhnliche und reflexive Regel bzw. Prinzip entsprechen.

6. Das Bild des hermeneutischen Beobachters und die Grenze des skeptischen Positivismus

Bisher wurde die Möglichkeit geprüft, ob derjenige, der eine kritische Haltung von Agenzien der Gegenstandswelt von irgendeiner äußeren Stelle aus rein wertneutral beschreiben

sozialwissenschaftlichen Interpretieren? [...] Wenn sich der Interpret auf Beobachtung im strikten Sinne beschränkt, nimmt er nur die physischen Substrate der Äußerungen wahr, ohne sie zu verstehen. Er muß, um kommunikative Erfahrungen zu machen, eine performative Einstellung einnehmen und am originalen Verständigungsvorgang, wie immer auch nur virtuell, teilnehmen.“ [Hervorhebung im Original]

will, seine eigene Aufgabe wirklich durchführen kann. Im Ergebnis wird festgestellt, dass es in Bezug auf die Beschreibung des Normativen einer Gegenstandswelt kein Wertungsvakuum gibt, das außerhalb der Lebenswelt des Beobachters besteht. Dabei wurde die Beschreibung aus rein äußerer Perspektive, aus der die Existenz der Zwangsakte bzw. Handlungsgewohnheiten erfolgreich wertneutral ermittelt wurde, von derjenigen Beschreibung, die grundsätzlich aus der inneren Perspektive hervorgeht, qualitativ getrennt.

Um die hier vorgelegte These noch einmal zu verifizieren, wird eine Situation angenommen, in der eine solche Beschreibung aus der inneren Ansicht des Kollektivs einer Gegenstandswelt versucht wird: Dem Beobachter fehlt das hermeneutische Vorverständnis der Gegenstandswelt, und er ist sogar in Bezug auf die innere Sprache der Gegenstandswelt quasi blind; er muss nun über das allgemeine Mittel, durch das jene Agenzien ihre kritische Haltung gegenüber einer einen Maßstab verletzenden Handlung zeigen, völlig die äußere Perspektive einnehmen. Er kann die kritische Sprache oder die Gestik der Agenzien nicht verstehen. Unter diesen Bedingungen wäre er nicht in der Lage, zwischen einer bloßen Handlungsgewohnheit und der (normativen) Gewohnheit des Kollektivs zu unterscheiden, obwohl sich diese äußeren Zeichen direkt in seinem Blickfeld befinden. Auch wenn er als völlig unerfahrener Beobachter allgemein nicht dazu fähig ist, diese äußeren Zeichen einer inneren Haltung des Kollektivs zu deuten, könnte er diese Aufgabe noch erfüllen, indem andere ihn lehren, die Sprache bzw. Gestik oder normative körperliche Ausdrücke wie etwa ärgerliche Miene usw. zu selektieren und sich zu merken.⁴³

⁴³ Hart, CL, S. 291, Note zu Seite 86, hat die Grundzüge der äußeren Perspektive des Beobachters in Bezug auf die normative Gegebenheit einer Gegenstandswelt wie folgt zusammenfasst: „It

Allerdings ist es offenkundig, dass sich der Lehrer in einer anderen Situation als sein Schüler befindet. In Bezug auf die Gegenstandswelt gehört dieser Lehrer im Gegensatz zu seinem Schüler nicht zur Gruppe der *tabula-rasa*-Beobachter, sondern zu derjenigen, die durch die innere Perspektive seiner eigenen Lebenswelt mit der inneren Perspektive vieler Mitglieder seiner Gesellschaft geistig verbunden ist. Er ist also derjenige, der durch einen bereits geteilten hermeneutischen Horizont an der inneren Perspektive der Lebenswelt

is to be noted that from the external point of view, i.e., that of an observer who does not accept the rules of the society which he is observing, many different types of statements many different types of statements may be made viz. (i) he may merely record the regularities of behavior [...] (ii.) he may, in addition, record the regular hostile reaction to deviations from the usual pattern of behavior as something habitual [...] (iii.) he may record not only such observable regularities of behavior and reactions but also *the fact that* members of the society accept certain rules as standards of behavior, and that the observable behavior and reactions are regarded by *them* as required by the rules.“ [Hervorhebung im Original] Als dritte Art der äußeren Beobachtung ist der sog. wertneutrale Beobachter scheinbar lediglich auf die Existenz des normativen Vokabulars jener Gegenstandswelt selbst angewiesen, siehe etwa a.a.O., S. 57: „What is necessary is that there should be a critical [...] attitude to certain behavior as a common standard[...] [...] and [...] such criticism [...] are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’.“; S. 85: „We have already [...] seen the main ways in which these differ from mere social habits, and *how the varied normative vocabulary (‘ought’, ‘must’, ‘should’)* is used to draw attention to the standard and to deviations from it.“ [Hervorhebung vom Verfasser] Aber was ist damit gemeint, dass der äußere Beobachter die Gebrauchsweise des normativen Vokabulars seiner Gegenstandswelt kennt? Kann ein Beobachter einer fremden Lebenswelt auf dem rein äußeren Standpunkt, ohne zum virtuellen oder realen Teilnehmer jener Welt zu werden, dieses sprachliche Wissen denn erlangen? Darüber schweigt Hart grundsätzlich, indem er den Lesern diesbezüglich verschiedene Auslegungsmöglichkeiten gestattet. Hart hat im Gegensatz zu Wittgenstein nicht die Voraussetzung hinzugefügt, dass zwischen dem Beobachter und beobachteten Spielern grundsätzlich eine gemeinsame Lebensform besteht. Aber wenn Wittgensteins Ansicht richtig ist, kann der Beobachter nicht mehr rein äußerer Beobachter sein, vgl. Fn. 37. Das folgende Argument ist eine kritische Analyse dessen, was aus dem Grundansatz Harts rekonstruiert worden ist.

seiner Gesellschaft schon beteiligt ist. Daher stellt er im Hinblick auf die Beobachtung der normativen Gegebenheiten im Allgemeinen einen hermeneutischen Beobachter dar.

Das subordinierte Verhältnis des hermeneutischen Schülers zu seinem hermeneutischen Lehrer ist nämlich ein absolutes, d.h. die Umkehrung dieser Relation ist nicht denkbar. Soll auf dem positivistischen Standpunkt der rein absoluten wertneutralen Beschreibung über die normative Gegebenheit einer Gegenstandswelt bestanden werden, gibt es keinen Ausweg aus der absoluten Herrschaft des hermeneutischen Beobachters über den *tabula-rasa*-Beobachter.

Hinter jedem, der aus rein äußerer Perspektive die Normativitäten einer Gegenstandswelt wertneutral beschreiben will, muss es immer jemandem geben, der die innere Perspektive der Gegenstandswelt zumindest z.T. vorweggenommen hat. Daraus ist der bedeutsame Schluss zu ziehen, dass das Bild der wertneutralen, wertfreien Deskription der eigenen Lebenswelt des Beobachters von irgendeinem äußeren Standpunkt – also mindestens im Denken als Gattungswesen der Menschheit – ist logisch nicht möglich. Ein derartiges Bild des absoluten Wertneutralismus aus dem positivistischen Postulat gerät insofern in eine Aporie, als es nur durch die ihm widersprechende hermeneutische Voraussetzung zu verwirklichen ist. Es muss bei der quasi wertneutralen Beschreibung der Normativitäten einer Gegenstandswelt stets eine hermeneutische Vorwegnahme geben, die im inneren Horizont des Beobachters selbst stattfindet. Vor diesem Hintergrund wird es verständlich, dass eine negative Feststellung einer normativen Ansicht vom Kollektiv – etwa die, dass die kollektive Gewohnheit von Deutschen, nach Mittagessen Kaffee zu trinken, keine soziale Regel in Deutschland darstellt, sondern nur eine Geschmackssache von Personen

ist – an sich ein Resultat hermeneutischer Vorwegnahme des Beobachters darstellt.

Das heißt, eine solche negative Feststellung ergibt sich grundsätzlich aus der Betrachtung des Beobachters über den ihn von vornherein hermeneutisch umgebenden unsichtbaren Raum; dadurch lassen sich nämlich die zwei Arten von Personen – also der hermeneutische Beobachter und die beobachteten Agenzien in einer Gegenstandswelt – innerlich miteinander verknüpfen. Diese Feststellung der Abwesenheit der gegenständlichen Normativität, die dem Beobachter selbst anscheinend quasi wertneutral erscheint, kommt also dadurch zustande, dass er aus seiner Betrachtung einen normativen Status ableitet.

Zu dieser negativen Feststellung benötigt er aber – im Gegensatz zur stillschweigenden Grundannahme des Hart'schen Positivismus – keine empirische Feststellung der äußeren Manifestation irgendeines normativen Vokabulars der Gegenstandswelt, welche die Existenz einer inneren Ansicht des Kollektivs unmittelbar beweist. Er befindet sich bereits innerhalb der inneren Perspektive seiner eigenen Lebenswelt, die an seine Gegenstandswelt angeschlossen ist. Braucht ein ausländischer Beobachter, der in seinem Land durch den Genuss des modernen Lebensstils groß geworden ist, aber bisher keine deutschen Sprachkenntnisse hatte, irgendeinen externen sprachlichen Beweis, damit er selbst feststellen kann, dass die Kaffeetrinkgewohnheit in Deutschland für die Deutschen gar keine gewöhnliche Regel darstellt? Obwohl es in seinem Land eventuell wie im oben geschilderten Fall keine ähnliche Gewohnheit wie Teetinken gegeben hat, könnte er trotzdem mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne Schwierigkeiten zwischen den Normativitäten und Geschmackssachen unterscheiden.

Der Grund, warum ein hermeneutischer Beobachter zur negativen Feststellung keinen solchen externen Beweis benötigt, ergibt sich nämlich wie folgt: Wird der Gebrauch des normativen Vokabulars angesichts irgendeiner vorhandenen kollektiven Handlungsgewohnheit nicht oder nur selten beobachtet, bedeutet dies keineswegs, wie die Positivisten stillschweigend annehmen, dass sich dort das logische Wertungsvakuum stellt, sondern dass sich dort im Grunde die wertbezogenen Deutungen des Beobachters erfüllen.

Wäre (nach positivistischer Annahme) das rein empirische Greifen des normativen Vokabulars einer Gegenstandswelt der einzige Zugang zur normativen Welt einer Gegenstandsgesellschaft, wäre es bei dessen Fehlen nur möglich, zum absoluten Normagnostiker zu werden. Wertneutrale Beobachter Deutschlands sind dann also nicht in der Lage, unter dieser streng sprachpositivistischen Annahme zu beurteilen, ob die Kaffeetrinkgewohnheit der Deutschen eine Art Regel darstellt oder nicht.

Aus dem bisher Erörterten ist klar geworden, dass, solange ein solcher hermeneutischer Raum zwischen dem Beobachter und den Agenzien einer Gegenstandswelt nicht angenommen wird, niemand eine solche Beobachtung über das Innere einer Gegenstandswelt anstellen kann. Wird diese hermeneutische Annahme nicht akzeptiert und fehlen die äußeren Zeichen der inneren Ansicht des Kollektivs der Gegenstandswelt, bleibt lediglich die folgende Aussagemöglichkeit: Da in Bezug auf eine bestimmte kollektive Gewohnheit einer Gegenstandswelt im Allgemeinen solche äußeren Zeichen nicht gefunden wurden, kann nicht positiv konstatiert werden, ob jene Gewohnheit der Gegenstandswelt für die Agenzien eine normative Regelung darstellt oder nicht.

Diese Position entspricht dem skeptischen Positivismus, der nur diejenige wertneutrale Deskription für legitim hält, die aus äußerer Perspektive erfolgt. Er lehnt die hier vorgelegte These der hermeneutischen Vorwegnahme zur Verbindung der inneren Perspektiven zwischen den Welten der Beobachter und Agenzien ab, als Folge davon sieht er die Abwesenheit irgendwelcher äußerer Zeichen als den Vakuumzustand im normativen Sinne an, in dem auf wertneutrale Deskription zu verzichten ist. Nach dieser dominierenden Version des Positivismus, welche in der Neuzeit einen großen Einfluss auf die Bildung der Rechtstradition hatte, kann nur dort eine empirische Existenz sozialer Maßstäbe festgestellt werden, wo sich eine kollektive Gewohnheit, die von äußeren Zeichen für die innere Ansicht, wie die normative Gegebenheit, und Vokabular flankiert wird, in einer Gegenstandswelt beobachten lässt.

Nach diesem skeptischen Positivismus müsste die Deskriptionsfähigkeit zur normativen Welt grundsätzlich von der zufälligen Konfiguration der äußeren Gegebenheiten einer Gegenstandswelt abhängen. Ein wertneutraler Beobachter der Normativität einer Gegenstandswelt von irgendeiner äußeren Stelle aus, müsste angesichts des Mankos solcher empirischen Beweise ein Normagnostiker bleiben. Ein ausländischer Beobachter Deutschlands, wäre etwa in dieser Position deswegen nicht in der Lage zu beurteilen, ob die kollektive Gewohnheit des Kaffeetrinkens nach dem Mittagessen für die Deutschen eine Art gewöhnlicher Regel darstellt oder nicht, bis empirisch festgestellt ist, dass Deutsche bei der Verletzung dieser Regel dem Verletzter einen sprachlichen Vorwurf machen.

Aber bietet dieser skeptische Positivismus eine zutreffende Erklärung bezüglich der Erfahrungen von Normativitäten an, die im modernen Leben als Beobachter allgemein gemacht werden? Passt jener Positivismus der allgemeinen praktischen Anschauung moderner Menschen über die sozialen Normativitäten einer Gegenstandswelt? Entspricht die Position des skeptischen Positivisten derjenigen, die von ausländischen Beobachtern in der modernen Welt allgemein akzeptiert ist? Fast jeder ausländische Beobachter aus der zivilisierten Welt würde in Bezug auf die Kaffeetrinkgewohnheit der Deutschen über die Natur und Kultur aussagen, dass sie – trotz des Fehlens normativen Vokabulars – keine soziale Regel darstellt. Ein Beobachter der deutschen Gewohnheit Kaffee zu trinken würde nicht zögern, jener Gewohnheit einen normativen Status abzusprechen, genauso wie er es bei negativer Feststellung von Normativitäten der Gewohnheit Tee zu trinken in China tun würde.⁴⁴

Diese aus der Perspektive des Beobachters hervorgehende positive Aberkennung des normativen Status einer kollektiven Gewohnheit einer Gegenstandswelt lässt sich, wie gesagt, im Allgemeinen nur dann erklären, wenn angenommen wird, dass jene Beobachtung aus irgendeinem schon gegebenen hermeneutischen Rahmen angestellt wurde. Die hermeneutische Beobachtung ist durch jenen unsichtbaren

⁴⁴ Allerdings mag es in bloßen kollektiven Handlungsgewohnheiten ein Spektrum der Normativität geben: Einer kann etwa seinem Freund, der mindestens 10 Tassen Kaffee pro Tag trinkt, empfehlen, das Kaffeetrinken aus gesundheitlichen Gründen zu reduzieren. Noch angemessener wäre eine Situation, in der ein medizinischer Experte in einer Radiosendung dazu ermahnt, den allgemeinen Kaffeekonsum zu reduzieren. In konkreten Situationen kann es hin und wieder schwer sein, zwischen den Geschmacksangelegenheiten und Normen zu unterscheiden. Dies bedeutet aber nicht, dass es nicht mehr rational ist, auf einem allgemeineren Niveau über die An- oder Abwesenheit der Normativität dieser Handlungsgewohnheiten zu sprechen.

Raum bedingt, in dem der Beobachter und die Agenzien in der Gegenstandswelt von vornherein schon miteinander innerlich verknüpft sind. Ein solcher, dem Beobachter quasi *a priori* gegebener hermeneutischer Raum lässt sich aber – wie der skeptische Positivismus stillschweigend annimmt – keineswegs bloß auf die Problematik der Identifizierung der kollektiven Handlungsgewohnheiten anhaftenden äußeren Zeichen reduzieren. Der gegebene Raum ist in dem Sinne hermeneutisch, als jener um der Selbstaktivierung willen grundsätzlich auf den von der menschlichen Natur und Kultur ausgehenden Sinnerfüllungstrieb des Menschen im gesellschaftlichen Leben angewiesen ist.⁴⁵ Der vom Skeptizismus

⁴⁵ Der hier dargestellte Grundansatz zum Sinnerfüllungstrieb des Menschen findet sich auch bei Hannah Arendt. Sie entwickelte ihre Ansicht allerdings eher auf Basis der Tradition des deutschen Idealismus. Sie hat an einer Stelle, wo sie über den Angriff des (Neo)positivismus auf die metaphysische Tradition und den dadurch bedingten Zusammenbruch der Metaphysik, zur Unterscheidung Kants zwischen der Vernunft und dem Verstand eine interessante Interpretation: „Entscheidend für unser Vorhaben ist die Kantische Unterscheidung zwischen Vernunft und Verstand (intellectus), die er nach seiner ‚Entdeckung des Skandals der Vernunft‘ einführte, der Tatsache nämlich, daß unserer Geist keine gewisse und bestätigbare Erkenntnis über Gegenstände [...] gewinnen kann, über die nachzudenken er sich doch nicht entschlagen kann, und für Kant beschränkten sich derartigen Fragen [...] – diejenigen nämlich, mit denen sich das reine Denken beschäftigt – auf das, was man heute oft die ‚letzten Fragen‘ bezüglich Gott, Freiheit und Unsterblichkeit nennt. [...] war er [Kant] [aber] sich auch völlig darüber im klaren, daß ‚das dringende Bedürfnis der Vernunft‘ nicht identisch mit und ‚noch etwas mehr als bloße Wißbegierde‘ ist. Damit fällt die Unterscheidung zwischen den Vermögen der Vernunft und des Verstandes mit der zwischen zwei völlig verschiedenen geistigen Tätigkeiten zusammen, dem Denken und dem Erkennen, wie auch mit der zwischen zwei völlig verschiedenen Zielen, dem Sinn im ersten Fall und der Erkenntnis im zweiten. [...] Wir wollen unser Ergebnis jetzt schon auf eine Formel bringen: Die Vernunft ist nicht auf der Suche nach Wahrheit, sondern nach Sinn. [...] wir sind das, was die Menschen immer gewesen sind – denkende Wesen. Damit meine ich lediglich, daß die Menschen eine Neigung, vielleicht eine unabweisliches Bedürfnis haben, über die Grenzen der Erkenntnis hinauszudenken und mit ihrer Denkfähigkeit mehr anzufangen, als sie bloß zum Erkennen und Handeln einzusetzen.“, *Hannah Arendt, Vom Leben des Geistes*, 5. Aufl. 2012, S. 21, 23 ff. Daran war zwar richtig, dass der Sinnerfüllungstrieb des Menschen ins Zentrum der philosophi-

flankierte Positivismus ist grundsätzlich nichts anderes als ein Versuch, den diese zwei Welten innerlich verknüpfenden hermeneutischen Raum, der sich nur unter dem inneren Gesichtspunkt des Beobachters zeigen lässt, mit der Frage nach der szientifischen Identifizierung der in der Gegenstandswelt vorhandenen äußeren Zeichen zu ersetzen. Aber durch die hier entwickelte Erörterung zur Kaffeetrinkgewohnheit in Deutschland bleibt klar im Auge, wie erheblich die positivistische Doktrin den Umfang und die Möglichkeit der Beobachtung bzw. Beschreibung über die Normativitäten einer Gegenstandswelt beschränken lässt.

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Zunächst erweist sich eine Variation des Positivismus zur wertfreien Beobachtung, bei der es genügt, dass ein deskriptiver Beobachter aus rein äußerer Perspektive das normative Vokabular annimmt, um die Normativität jener Gegenstandswelt wertneutral aufzufassen, als logisch einfach unmöglich. Es gibt nämlich keinen Archimedespunkt, an dem dieser Beobachter außerhalb einer Gegenstandswelt, d.h. ohne irgendeinen hermeneutischen Vorgriff auf die innere Perspektive der Gegenstandswelt, auf rein wertfreie bzw. wertneutrale Weise das Dasein einer normativen Ansicht der Gegenstandswelt positiv feststellen kann. Zwar mag es möglich sein, dass ein Beobachter angesichts des vorhandenen normativen Vokabulars in der Gegenstandswelt durch die Nutzung seiner

schen Betrachtung gerückt werden soll, aber sie verengte dabei die praktische und theoretische Tragfähigkeit jenes geistigen Potenzials des Menschen, indem sie es bewusst vom Wahrheitsanspruch distanziert. Wenn es richtig ist, dass die aus dem mit den Sinndeutungen und Sinndichtungen erfüllten hermeneutischen Raum hervorgehenden Objektivitätserfahrungen des Menschen im praktischen Sinne gemeinsame Grundlage für die Koordination von menschlichen Handlungen und gegenseitigen normativen Erwartungen in der Gesellschaft darstellen, gibt es keinen Grund, den Wahrheitsstatus unsichtbarer Erfahrungen des Geistes zu negieren. Dazu später ausführlich.

(hermeneutischen) Vorkenntnis positiv feststellt, dass eine kollektive Gewohnheit in jener Welt für die Agenzien eine soziale Regel darstellt. Ließe aber solcher Beobachter sich selbst nur dabei bleiben, d.h. würde ihm aufgrund des Fehlens solcher sprachlichen Zeichen die allgemeine Fähigkeit zur negativen Feststellung abgesprochen, würde es tatsächlich nach allgemeiner Anschauung der Menschen nicht passen.

Dieser skeptische Positivismus mit dem minimalisierten hermeneutischen Einschlag entspricht nun nicht der Anschauungsfähigkeit der allgemeinen Menschen in der zivilisierten Alltagswelt. Was daraus folgt, scheint klar zu sein: Es ist nicht möglich, sich auf die Grundannahme des Positivismus zu stützen, weder auf die rein extreme Version noch auf die Version mit dem hermeneutischen Einschlag. Um solche, durch den Positivismus nicht erklärbaren normativen Phänomene, dass es die menschliche Fähigkeit zur Disqualifizierung des normativen Charakters einer kollektiven Handlungsgewohnheit gibt, zu erklären, muss ein jeden beliebigen Beobachter von vornherein umgebender hermeneutischer Raum angenommen werden, durch den sich zwei Welten – also die Gegenstandswelt von Agenzien und die Lebenswelt des Beobachters selbst – schon innerlich vermitteln lassen. Nur durch eine solche metaphysische Annahme lässt sich die spezifische Betrachtungsfähigkeit zur Feststellung der normativen Gegebenheit in einer Gegenstandswelt erklären. Folglich gibt es drei Theorien, in deren Rahmen die Beobachtungsmöglichkeit des Beobachters der Normativitäten eines Kollektivs in einer Gegenstandswelt allgemein bestimmt wird:

1. Der extreme Positivismus, der sich der Grundidee des naturwissenschaftlichen Positivismus, also dem Bild der Be-

obachtung über die physikalischen Phänomene aus rein äußerer Perspektive, treu fügt. In diesem Rahmen kann aber sogar zur Sprache der Gegenstandswelt selbst kein Zugang gefunden werden. Folglich sind in diesem Rahmen alle Möglichkeiten der Auffassung einer sozialen Regel schlechthin abzulehnen.

2. Der skeptische Positivismus, der zwar in Bezug auf die Sprache einer Gegenstandswelt (scheinbar) eine hermeneutische Perspektive annimmt, aber bei Fehlen der äußeren Sprachzeichen die allgemeine Möglichkeit zur Auffassung des Normativen negiert wird. In diesem Rahmen wird folglich die allgemeine Auffassungsmöglichkeit des Normativen einer Gegenstandswelt stark eingeschränkt, was gegen die allgemeine Anschauung des Menschen steht.

3. Der Hermeneutismus, der die Annahme eines den Beobachter unsichtbar umgebenden hermeneutischen Raums einschließt, der den Sinndeutungstrieb hat. Danach ist also in Bezug auf die Beobachtung über die Normativitäten einer Gegenstandswelt reine Wertneutralität bzw. Wertfreiheit im Prinzip nicht möglich. Denn es gibt keinen äußeren Standpunkt, aus dem heraus die Aussagewertneutralität des Beobachters gesichert werden kann. Jede Beobachtung ergibt sich also durch einen solchen hermeneutisch gegebenen Raum, der die zwei Welten miteinander innerlich verbinden lässt.⁴⁶

⁴⁶ Ähnliches findet sich auch bei Wilhelm Dilthey. Aus der grundsätzlich hegelianischen Denktradition, also aus der These von der Identität zwischen dem betrachtenden Subjekt und den betrachteten Gegenständen im inneren reflexiven Bewusstsein, nahm er ein Weltbild heraus, nämlich die Welt als ein großer Bedeutungszusammenhang, der in der inneren Perspektive des Einzelnen geschieht. Dabei spielt für ihn der Begriff der Selbstbiographie eine Kernrolle: „Die Selbstbiographie ist die höchste und am meisten instruktive Form, in welcher uns das Verstehen des Lebens entgegentritt. Hier ist ein Lebenslauf *das Äußere, sinnlich Erscheinende*, von welchem aus *das Verstehen zu dem vorandringt, was diesen*

Die geistige Fähigkeit, kollektive Handlungsgewohnheiten einer Gegenstandswelt mit relativer Sicherheit den normativen Status an- oder abzuerkennen, ist per se nichts anderes als ein kompliziertes Ergebnis der inneren Wechselwirkung zweier Welten, die der Beobachter in seiner eigenen inneren Perspektive aktiviert. Sie entsteht grundsätzlich aus dem Sinndeutungstrieb des Menschen selbst, durch sein eigenes praktisches Leben. Alle diese Betrachtungen zeigen, dass der hermeneutische Gesichtspunkt des Beobachters und seiner eigenen Lebenswelt – sei es ihm bewusst oder nicht – bei der Beobachtung bzw. Betrachtung der Normativitäten einer Gegenstandswelt grundsätzlich eine Kernrolle spielen muss. Ohne den hermeneutischen Zugriff des Beobachters

Lebenslauf innerhalb eines bestimmten Milieus hervorgebracht hat. Und zwar ist der, welcher diesen Lebenslauf versteht, identisch mit dem, der ihn hervorgebracht hat. [...] Derselbe Mensch, der den Zusammenhang in der Geschichte seines Lebens sucht, hat in all dem, was er als Werte seines Lebens gefühlt, als Zweck desselben realisiert, [...] in alledem hat er schon einen Zusammenhang seines Lebens unter verschiedenen Gesichtspunkten gebildet, der nun jetzt ausgesprochen werden soll. Er hat in der Erinnerung die Momente seines Lebens, die er als bedeutsam erfuhr, herausgehoben und akzentuiert und die anderen in Vergessenheit versinken lassen. [...] So sind die nächsten Aufgaben für die Auffassung und Darstellung geschichtlichen Zusammenhangs hier schon durch das Leben selber halb gelöst. Die Einheiten sind in den Konzeptionen von *Erlebnissen* gebildet, in denen Gegenwärtiges und Vergangenes durch eine gemeinsame Bedeutung zusammengehalten ist. [...] Und hier nähern wir uns den Wurzeln alles geschichtlichen Auffassens. Die Selbstbiographie ist nur die zu schriftstellerischem Ausdruck gebrauchte Selbstbesinnung des Menschen über seinen Lebensverlauf. Solche Selbstbesinnung aber erneuert sich in irgendeinem Grade in jenem Individuum. *Sie ist immer da, sie äußert sich in immer neuen Formen.*“, Wilhelm Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften* (1981), S. 246 f. [Hervorhebung vom Verfasser] Hier kontrastiert Dilthey wie Arendt das (innere) Verstehen mit dem äußeren, sinnlich erscheinenden. Ist aber das Verständnis bloß etwas Subjektives? Wie oder ob ist es möglich, die Selbstbiographie von Fremden zu verstehen? Eine mögliche Antwort wäre, dass die Menschen von vornherein eine innere Grundlage miteinander geteilt haben müssen, auf der das Leben des Fremden nachvollziehbar ist.

auf seine eigene Lebenswelt würde seine Lage derjenigen eines menschlichen Forschers ähneln, der die Ameisenwelt beobachtet, also dem Schicksal desjenigen, der aus rein äußerer Perspektive das kollektive Leben von Agenzien in ihrer Gegenstandswelt nur mechanisch beobachten muss.

7. Die hermeneutische Beobachtung und das Problem der Selbstentfremdung des Beobachters beim deskriptiven Positivismus

Im bisher Erörterten wird der Hermeneutismus als allgemeine Rahmenbedingung für die Normwissenschaften zugrunde gelegt. Kerninhalt ist, dass für die positive bzw. negative Feststellung des normativen Charakters einer kollektiven Gewohnheit einer Gegenstandswelt von vornherein ein hermeneutischer Gesichtspunkt anzunehmen ist, durch den zwei Welten – die eigene Lebenswelt und die der beobachteten Agenzien – innerlich vermittelt sind. Unter dieser Annahme ist die Identifizierung äußerer Sprachzeichen der Gegenstandswelt für die Qualifizierung der kollektiven Gewohnheit als soziale Regel nur von sekundärer Bedeutung. Die Beobachtung normativer Gegebenheiten einer Gegenstandswelt ist insofern eher hermeneutisch als wertneutral charakterisiert. Die Gültigkeit einer solchen hermeneutischen Annahme wird mit dem Kommunikationspotenzial zwischen dem Beobachter und den Agenzien der Gegenstandswelt belegt. Jenes Potenzial fungiert nämlich als ein indirekter Beweis für die Triftigkeit des Hermeneutismus. Als Beispiel kommt der Besucher aus zivilisierter Welt in Betracht, der zwar nicht über die unmittelbare Vorkenntnis der deutschen Sprache verfügt, aber grundsätzlich zur Kommunikation fähig ist. Es wird angenommen, dass er bei der Beobachtung verschiedener Handlungsgewohnheiten ohne große Schwierigkeiten unterscheiden kann, welche kollektive Gewohnheit für die Deut-

schen eine soziale Regel darstellt und welche nicht. Die Grundlage für diese Vermutung ist, dass er sich den hermeneutischen Gegebenheiten in Deutschland in relativ kurzer Zeit kommunikativ anpassen kann.

Die These, dass ein Beobachter – da er sich schicksalhaft in einem hermeneutisch schon gegebenen, zwei Welten vermittelnden Horizont befinden muss – zur Unterscheidung zwischen sozialen Regelungen und bloß kollektiven Handlungsgewohnheiten seinerseits keines externen Beweises bedarf, macht den Grundzug der hermeneutischen Beobachtung aus. Der hermeneutische Beobachter erfüllt dabei allgemein seine Aufgabe, indem er die Gegebenheiten einer Gegenstandswelt aus seinem hermeneutischen Gesichtspunkt heraus – also vom Sinndeutungsganzen dieses hermeneutischen Raums aus – betrachtet. Der hermeneutische Beobachter aus einem zivilisierten Land, obwohl er keine Vorkenntnisse der deutschen Sprache hat, würde der Kaffeetrinkgewohnheit ihren normativen Charakter leicht absprechen, während er die Türhaltungsgewohnheit ohne Weiteres bejahen würde, ohne zu konstatieren, dass dabei ein normatives Vokabular benutzt wird; denn es steht ihm aus solchem hermeneutischen Raum schon ein normativer Anhaltspunkt zur Verfügung, durch den er analogisch eine soziale Regelung von bloßen Handlungsgewohnheiten in jener Welt aussondern kann. Er würde z.B. die Türhaltungsregel von Deutschen in die Kategorie der sozialen Etikettenregelung einordnen können, obwohl er die gleiche Regel in seiner Lebenswelt rein empirisch nicht gefunden hätte. Denn er wäre schon in der Lage, eine in seiner Lebenswelt in einer ähnlichen Form vorhandenen kollektiven Gewohnheit, etwa die der Platzeinräumung für die Alten, Schwächen bzw. Schwangeren in öffentlichen Verkehrsmitteln als eine soziale Regel zu verstehen.

Der Hermeneutismus bietet daher eine zutreffende intellektuelle Grundlage an, auf der der Diskurs über das Wesen der normativen Gegebenheiten in der Gesellschaft, insbesondere über die miteinander eng verknüpften Grundbegriffe Befehl, Regel und Prinzip richtig eingeordnet werden können. Diese drei sind also diejenigen hermeneutischen Begriffe, welche die Kernaspekte des positiven Rechts widerspiegeln. Der Erörterung dieser Begriffe ist aber ein wichtiger Punkt voranzustellen: Dass mit der Notwendigkeit des Hermeneutismus nicht gemeint ist, dass der Beobachter sie durch seine hermeneutische Feststellung der Existenz irgendwelcher Normativitäten einer Gegenstandswelt zugleich unter dem praktischen Gesichtspunkt positiv einschätzt. Beschreibt der Beobachter beispielsweise eine soziale Regel oder Gewohnheit jener Welt und empfindet dabei ein starkes Abneigungsgefühl darüber, nimmt er zugleich gegenüber der von ihm festgestellten Regel eine kritische Haltung ein.

Diese geistige Situation um den Beobachter selbst, in der seine hermeneutische Feststellung der Existenz einer Regel und seine kritische Haltung koexistieren, kommt nicht selten vor. In dieser Situation würde er wahrscheinlich zwei gegensätzliche Elemente spüren. Das eine Element ist ein rein resignierendes Gefühl. Er erkennt, dass die Agenzien solcher kollektiven Gewohnheiten ihrerseits innerlich – also aus ihrer inneren Überzeugung – folgen. Aber gerade dadurch fühlt er sich selbst von jener Gesellschaft innerlich weiter entfernt. Dieses Gefühl der Entfernung ist etwas, das aus der Orientierungskollision zweier innerer Perspektiven der Welten – die der Gegenstandswelt und die seiner eigenen Lebenswelt – entsteht. Der Ursprung dieses Gefühls hat aber darüber hinaus mit einem erhöhten reflexiven Urteil des Beobachters selbst zu tun, der dieses Ungleichgewicht zwischen den inneren Perspektiven auszugleichen versucht, sei es bewusst

oder nicht.⁴⁷ In diesem Sinne nähert sich sein reflexives Urteil einem praktischen Urteil. Dieses zweite Element, also das Aufeinander des reflexiven und des praktischen Urteils des Beobachters, bildet sich aus dem ersten Gefühl der Entfremdung. Das Potenzial des Beobachters, zwei gegensätzliche Elemente zu spüren, beruht ursprünglich auf dem inneren Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit im breiten Sinne,⁴⁸ der wiederum aus dem den Beobachter umgebenden hermeneutischen Raum stammt. Eine daraus entstehende kritische Form des derartigen reflexiven und praktischen Urteils, die an diesem Fall vorstellbar ist, ergibt sich etwa wie folgt: „Jene Beschneidungsregel stellt tatsächlich nichts anderes als eine unberechtigte Verletzung des Körpers bzw. der Entscheidungsfreiheit von Menschen dar; deshalb muss sie in diesem Land so schnell wie möglich abgeschafft werden!“

7.1 Das Entfremdungsgefühl und die Bildung des kritischen Urteils des Beobachters

Die Möglichkeit, als Beobachter ein solches kritisches Urteil vom Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit aus zu fällen, ergibt sich aus der reflexiven Kapazität des einzelnen Individuums im hermeneutischen Raum, die für ihn hermeneutisch gegebenen zwei inneren Perspektiven von zwei Lebenswelten nicht als separat und per se in sich abgeschlossen zu behandeln, sondern unter einem einheitlichen Gesichtspunkt integrierend zu betrachten.⁴⁹

⁴⁷ Siehe Fn. 42.

⁴⁸ Siehe Fn. 42.

⁴⁹ Die hierbei angenommene reflexive Fähigkeit des Beobachters, verschiedene innere Perspektiven von unterschiedlichen Lebenswelten unter dem einheitlichen Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit integrierend betrachten zu können, findet ihren historischen Beweis vor allem bei den römischen Juristen bzw. Prätorern, die das *ius civile* und das *ius gentium* aufeinander einwirken ließen.

Sofern ein Beobachter nach dieser These in einem hermeneutischen Raum ursprünglich mit dieser reflexiven Kapazität ausgestattet ist, spürt er bei der Feststellung sozialer Regeln aus dem Entfremdungsgefühl fast automatisch, dass einige davon mit der inneren Perspektive seiner Lebenswelt nicht nur nicht korrespondieren, sondern sie gerade auch verletzen.⁵⁰ Dabei aktiviert sich in ihm der integrierende Gesichts-

Die geistigen Fähigkeiten des Menschen wurden zum zentralen Gegenstand der moralischen und politischen Philosophie. Etwa *John Rawls*, *Political Liberalism* (1993), S. 93, charakterisiert den Geist, mit dem jene Fähigkeit ausgestattet ist, folgendermaßen: „[...] we say: practical reason is concerned with the production of objects according to a conception of those objects, [...] while theoretical reason is concerned with the knowledge of given objects.“ Dabei war für ihn von grundlegendem Interesse, wie man angesichts der starken Normativitätserfahrungen in seiner Lebenswelt einen konsequenten, umfassenden und einheitlichen Erklärungsrahmen desselben liefern kann, innerhalb dessen sich jene Objektivitätserfahrungen selbst kritisch prüfen bzw. modifizieren lässt. Insofern fungiert der Erklärungsrahmen als Legitimationsrahmen. *Rawls*, *A Theory of Justice* (1972), S. 48 f., bezeichnet dabei den gegenseitigen Betrachtungsprozess, der zwischen Notwendigkeitserfahrungen und Rahmenprinzipien stattfindet, als „*reflective equilibrium*“: „We collect such settled convictions as the belief in religious toleration and the rejection of slavery and try to organize the basic ideas and principles implicit in these convictions into a coherent political conception of justice. These convictions are provisional fixed points that it seems any reasonable conception must account for. [...] We express this by saying that a political conception of justice, [...] must accord with our considered convictions, at all levels of generality, on due reflexion, or in what I have called “reflective equilibrium” [...] The notion of reflective equilibrium introduces some complications. [...] For one thing, it is a notion [...] of principles which govern actions shaped by selfexamination. Moral philosophy is socratic: we may want to change our present considered judgements once their regulative principles are brought to light. [...] A knowledge of these principles may suggest further reflections that lead us to revise our judgement.“

⁵⁰ Als Beispiel dazu lassen sich zwei Figuren nennen: Erstens die französische Schauspielerin *Brigitte Bardot*, die sich seit langem in der Öffentlichkeit als eine *Animal-Rights-Aktivistin*, aber zugleich als eine Anhängerin der rechtsextremen Partei Frankreichs darstellt. Sie gab im Jahr 2001 einem südkoreanischen Journalisten ein Interview, in dem sie das Essen von Hundefleisch in Südkorea als eine „barbarische“ Essgewohnheit heftig kritisierte. Zweitens lässt sich eine virtuelle Figur als Beispiel anführen, welche in Westeuropa als Vergewaltigungsregel von heidnischen Frauen im

punkt der praktischen Allgemeinheit, der dann das kritische Urteil über die Gegenstände erzeugt. Solch kritisches Urteil zielt also auf die Erholung aus dieser Verletzung. Durch jene geistige Bewegung in der Reflexion des Beobachters lässt sich aber darüber hinaus nicht selten das normative Selbstverständnis zweier Gesellschaften thematisieren. Hinsichtlich der Beschneidungsregel würde dieser erhöhte Verständnissgang etwa wie folgt ablaufen: In Bezug auf das kritische Urteil des Beobachters eröffnet sich die ontologische Frage „Warum wird diese Regel in jenem Land streng befolgt, während sie in Deutschland strikt verboten ist?“ bzw. „Was impliziert eigentlich die An- bzw. Abwesenheit jener Regel in den verschiedenen Lebenswelten?“

Ein derartiger ontologischer Vergleich aus dem integrierenden Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit geht von Natur aus über den rein empirischen Vergleich positiver festgestellter sozialer Regeln in den Lebenswelten weiter hinaus; also in dem Sinne, dass er gerade normative Selbstverständnisse der Gesellschaften unmittelbar berührt.

Das Entfremdungsgefühl und das daraus entstehende kritische Urteil tragen auf diese Weise dazu bei, dass vom Beobachter bisher als selbstverständlich akzeptierte Grundüberzeugungen in seiner Lebenswelt in ein neues Licht gerückt werden. Nicht selten führen solche ontologischen Fragen zum öffentlichen Diskurs, bei dem es um das normative

Islamischen Staat betrachtet wird. Unbeschadet davon, welche moralischen bzw. politischen Diskurse sich darum bilden lassen, zeigt sich dabei klar, wie ein Verletzungsgefühl durch die Praxen in fremden Ländern aus der inneren Perspektive des Außenseiters generiert werden kann. Vgl. Fn. 54, wo es um die Regelfeststellung in der eigenen Lebenswelt des Beobachters geht.

Selbstverständnis einer Gesellschaft geht.⁵¹ Dadurch kommt ein neuer Impuls zu einer Grundfrage zustande, und zwar in

⁵¹ In Bezug darauf macht Habermas, der in dem inneren Gesichtspunkt der Teilnehmer an ihrer eigenen Lebenswelt, insb. in der Form des offenen Diskurses, das normative Potenzial einer Gesellschaft selbst sehen will, eine interessante Aussage: „Wie andere [...] Vorschläge ist auch der dezisionistische Vorschlag kontraintuitiv; denn Überzeugungen haften immer auch ein Moment der Passivität an – sie *bilden* sich und werden nicht wie Entscheidungen von uns produziert. Wenn man schließlich die Phänomene, die sich aus der Beteiligtenperspektive aufdrängen, nicht zynisch zugunsten eines aus der Beobachterperspektive sich anbietenden Relativismus preisgeben [...] stellt sich das Dilemma in ganzer Schärfe: wie kann das naive sittliche Alltagswissen kritisch angeeignet werden, ohne es gleichzeitig durch theoretische Vergegenständlichung zu zerstören? Wie kann ethisches Wissen aus der Perspektive der Beteiligten selber reflexiv werden?“ Habermas, Erläuterung zur Diskursethik (1991), S. 122 [Hervorhebung im Original]. Er plädiert vor allem gegen den Wertrelativismus, der vom (quasi) äußeren Beobachtergesichtspunkt aus zur physikalischen Gegenstandswelt analog auf die Lebenswelt wirkt. Nach Habermas sind die beiden darin enthaltenen Diskursformen, namentlich der ethische Diskurs einerseits und der moralische Diskurs andererseits, zu unterscheiden. Beim ersten Diskurs geht es um das normative Selbstverständnis des Einzelnen bzw. der Gemeinschaft, beim zweiten darüber hinaus um universale Ethik: „Wie kann ethisches Wissen aus der Perspektive der Beteiligten selber reflexiv werden? Die Antwort, die Bernard Williams gibt, weist in die Richtung ethischer Selbstreflexion. Wie ein einzelner sich auf sich selbst und sein Leben im ganzen besinnen kann, um sich darüber klar zu werden, welche Person er ist und sein möchte, so können sich auch die Mitglieder eines Kollektivs vertrauensvoll zu einer öffentlichen Beratung zusammenfinden, um sich [...] über ihre gemeinsame Lebensform und ihre Identität zu verständigen. In solchen [...] ethisch-politischen Diskursen [...] stehen starke Wertungen zur Diskussion, die das Selbstverständnis der Person oder der Gemeinschaft im Ganzen treffen.“ (S. 122 f.) – „Wenn das aber die Aufgabe ist, die Williams der Philosophie immerhin zubilligt, müsste diese auch in der Lage sein, die spezifische moralische Fragestellung von der ethischen zu unterscheiden[.] [...] Unklar bleibt, daß die Moral nicht auf das Telos eines gelungen Lebens unter dem Aspekt der Frage, wer ich bin (oder wer wir sind) und sein möchte(n), abzielt, sondern auf die kategorial andere Frage, nach welchen Normen wir zusammenleben wollen und wie Handlungskonflikte im gemeinsamen Interessen aller geregelt werden können. Die spezifisch moralische Fragestellung löst sich vom ego (bzw. ethno-)zentrischen Bezugspunkte je meines (oder unseres) Lebenskontextes und verlangt eine Beurteilung [...] unter dem Gesichtspunkt, was *alle* gemeinsam wollen könnten.“, S. 123 f. [Hervorhebung im Original] Durch reflexive innere Urteile mit sehr starken Geltungsansprüchen lässt sich die Konzeption der Gemeinschaft regenerieren. Insofern kann der moralische Diskurs ge-

diesem Fall in Bezug darauf, wie das Verhältnis zwischen der religiösen Freiheit des Einzelnen und der Pflicht des Staats, die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen zu garantieren, einzustellen ist.⁵² Die Möglichkeit zur diskursiven Selbstaufklärung einer Gesellschaft auf hermeneutischer Ebene setzt allerdings voraus, dass jeder Diskursteilnehmer allgemein dazu fähig ist, Beobachtungsgegenstände in den oben erwähnten integrierenden Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit zu ziehen.

Der Moment der Feststellung der Existenz einer sozialen Regelung in einer Gegenstandswelt wird manchmal begleitet von dem Gefühl der Entfremdung, das sich für den hermeneutischen Beobachter im Prinzip aus der Kluft zwischen zwei inneren Perspektiven von Lebenswelten ergibt. Dieses lebensfremde Gefühl aktiviert in ihm ein kritisches Urteil darüber, das dazu befähigt, über sein normatives Selbstverständnis seiner eigenen Lebenswelt zu reflektieren. Solange er sich aber dessen eventuell bewusst ist, dass es trotzdem – wie im Fall des deutschen Beobachters der Beschneidungsregel in einem anderen Land – keine wirkliche Möglichkeit gibt, durch seine Kritik eine solche Regel zu verändern

trennt und quasi kontextunabhängig vom ethischen Diskurs über das Selbstverständnis einer Gesellschaft, wie Habermas stillschweigend falsch angenommen hat, nicht geführt werden.

⁵² Aber in einem Fall, in dem es um die Bestrafung eines muslimischen Arztes geht, der auf Verlangen der muslimischen Eltern an deren Kind eine Beschneidungsoperation durchgeführt hatte, sah das Gericht eher die Verletzung der religiösen (Entscheidungs)Freiheit des Kindes selbst durch die Eltern, also als Konflikt zwischen der religiösen (Erziehungs)Freiheit der Eltern und der Pflicht des Staates, die körperliche Unversehrtheit des Kindes selbst zu schützen, NJW 2012, 2128: „Zudem wird der Körper des Kindes durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können, zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet.“

bzw. zu beeinflussen, würde es ihm genügen, ein Außenseiter jener Lebenswelt zu bleiben. Die Position eines Beobachters bei der sogenannten wertneutralen Beschreibung einer sozialen Regel in einer Gegenstandswelt kann insofern als *extern* charakterisiert werden, als sich der Beobachter selbst durch *Selbstresignation* als ein Außenseiter jener Gegenstandswelt darstellt.

7.2 Der Sinn der Quasi-Wertneutralität des Positivismus

Jemand beobachtet als Außenseiter bei einem Besuch in einem fremden Land, dass die Agenzien jener Welt eine kollektive Gewohnheit quasi als eine gewöhnliche Regel ansehen, die er aber gar nicht für gut hielt, und er berichtet jetzt darüber. Diese gemischte hermeneutische Lage, die aus der Regelexistenz und dem kritischen Gesichtspunkt des Beobachters selbst besteht, enthält eine Quasi-Wertneutralität, die aus der Entfremdung des Beobachters resultiert. In dieser Situation, in der seine hermeneutische Beobachtung über eine fremde Lebenswelt mit dem Gesichtspunkt der praktischen Allgemeinheit nicht vereinbar ist, verdeutlicht sich die innere Kluft im Bewusstsein des hermeneutischen Beobachters, obwohl er als ein wirklicher Außenseiter für jene Lebenswelt diese Regel praktisch gar nicht akzeptieren kann, akzeptieren die allgemeinen Agenzien jener Gegenstandswelt sie dagegen tatsächlich – eventuell mit großer Leidenschaft. Dieses Bewusstsein der inneren Kluft bringt ihm eine spezifische Art der geistigen Erfahrung bei, durch die er die Kraft der sozialen Regel *virtuell* empfinden kann.

Solche geistige Erfahrung des Beobachters, dass eine soziale Regel von Agenzien in seiner Gegenstandswelt generell akzeptiert und befolgt wird, der er jedoch seinerseits praktisch keine Begründung geben kann, erscheint ihm auf

diese Weise als eine Art der Objektivitätserfahrung in einem gewissen Sinne, die sich um die Existenz einer sozialen Regel dreht. Dies ist nämlich eine Art der Objektivitätserfahrung, die grundsätzlich aus dem Entfremdungsgefühl des Beobachters selbst hervorgeht, wie schon gezeigt worden ist. Eine derartige geistige Erfahrung der inneren Kluft, also der Objektivität, die zwischen zwei Lebenswelten besteht, bildet sich freilich nur auf dem inneren Horizont des hermeneutisch vermittelnden Außenseiters, der diese Entfremdung spürt. Hierbei lässt sich die hermeneutisch vermittelte Objektivitätserfahrung der sozialen Regel von der aus dem Szientismus hervorgehenden Objektivitätserfahrung unterscheiden, die aus rein äußerer Perspektive ohne hermeneutische Grundannahme zustande kommt. Anders als die Objektivitätserfahrung unter rein szientifischem Gesichtspunkt, durch den sich nur die Existenz einer kollektiven Handlungsgewohnheit einer Gegenstandswelt rein wertneutral im echten Sinne feststellen lässt, beinhaltet die unter dem hermeneutischen Gesichtspunkt des entfremdeten Außenseiters gewonnene Objektivitätserfahrung eine allgemeine Konzeption einer objektiven *Kraft* einer sozialen Regel. Sie ist also etwas, das sich unter dem Gesichtspunkt des reinen Szientifismus nicht auffassen lässt. Eine solche Konzeption der objektiven Kraft einer sozialen Regel, die unabhängig von der Haltung des Beobachters gegenüber seinen Gegenständen durch die Anerkennung des Kollektivs verselbständigt ist, ist insofern bedeutsam, als sie einen Hinweis auf eine allgemeine Konzeption der Autorität der sozialen Regel gibt, die mit der Konzeption der gewollten Selbstentfremdung des Beobachters in seiner eigenen Lebenswelt zusammenhängt.

7.3 Die gewollte Selbstentfremdung

Es hat sich gezeigt, dass sich eine praktisch sehr fragwürdige kollektive Gewohnheit einer fremden Gegenstandswelt für den kritischen Beobachter durch die Feststellung der Existenz einer kollektiven Anerkennung von Agenzien doch als eine soziale Regel für jene Welt dargestellt wird, obwohl eine solche Feststellung in ihm eine hermeneutische Kluft verursacht. Das innere Faktum des Beobachters selbst, einerseits hermeneutischer Beobachter und andererseits virtueller Teilnehmer an einer fremden Lebenswelt zu sein, beginnt aber für den Beobachter selbst einen autoritativen Charakter anzunehmen, sobald sich sein Beobachtungsinteresse bezüglich einer fremden Gesellschaft nach seiner eigenen Lebenswelt richtet. Dieses Bewusstsein der Kluft zwischen den inneren Perspektiven zweier Lebenswelten des Beobachters entwickelt sich in diesem Fall zum hermeneutischen Konflikt, d.h. zum Bewusstsein der inneren Spannung im Inneren des Beobachters selbst, dass die Mehrheit seiner eigenen Lebenswelt eine kollektive Gewohnheit als einen normativen Maßstab für ihre Handlungen akzeptiert, während er es aus seinem eigenen praktischen Grund nicht tut. Daher erscheint ihm dieses Bewusstsein (quasi) äußerlich, und wenn er sich eventuell entschließt, diese quasi äußere Regel der Mehrheit auch als seinen eigenen Maßstab für Handlung zu akzeptieren und sich anzupassen, entsteht daraus eine Konzeption der Autorität der Regel in einem gewissen Sinne. Sie ergibt sich grundsätzlich aus der Kombination von zwei Komponenten, nämlich der unter dem hermeneutischen Gesichtspunkt gesehenen Äußerlichkeit des fremden Urteils und der passiven Akzeptanz des Beobachters selbst. Jene Konzeption bringt also ein „selbstversagtes“ Bewusstsein des Beobachters in seiner Lebenswelt zum Ausdruck, eine Art der Selbstentfremdung des Beobachters, die vom ihm gewollt ist.⁵³

⁵³ Das Bewusstsein reiner Klugheit, dass es für ihn auch besser

Nimmt er dieses quasi äußerlich fungierende Urteil von kollektiven Fremden als seinen eigenen Handlungsmaßstab an, kann er dadurch zwar an der inneren Perspektive von Mehrheit teilnehmen, aber nur auf passive und entfremdete Weise.

Wo sich ein hermeneutischer Beobachter in seiner eigenen Lebenswelt quasi als gewollter Außenseiter – also als derjenige, der hauptsächlich auf die Konzeption der Regelautorität angewiesen ist – darstellt, beurteilt er eine bestimmte Handlung nicht nach seinem eigenen Werturteil, sondern nach dem des Fremden. In der Tat wird dabei sein eigenes Werturteil durch das der Mehrheit ersetzt. Der Verzicht auf seine eigene Werturteilsfähigkeit und die Anlehnung an das kollektive Urteil charakterisiert den Grundzug der Autoritätskonzeption, die dem Begriff der sozialen Regel anhaftet. Das geistige Klima, in dem die normative Ansicht dem Urteil des Kollektivs bzw. der Mehrheit angepasst werden soll, bildet paradoxerweise die Grundlage, auf der jemand bzw. eine Gruppe mit der politischen Macht die Untertanen durch den Regelbegriff leicht kontrollieren kann. In dieser Situation hat die Mehrheit keinen normativen Schwerpunkt. Die Betonung liegt auf der Autorität der sozialen Regel und diese hängt mit dem politischen Konservatismus eng zusammen. Denn dadurch können sich die Konservativen darauf berufen, dass die (sich der reinen politischen Macht selbst fügende) Mehrheit per se der Autor der sozialen Regel sei.

7.4 Die Konzeption der mechanischen Regelexistenz

wäre, sich einem quasi äußerlich fungierenden normativen Urteil der kollektiven Mehrheit zu fügen, als es zu kritisieren.

Daraus kann geschlossen werden, dass der Beobachter als gewollter Außenseiter seine Lebenswelt beobachtet, als befände er sich in einer fremden Lebenswelt. Nur wenn er innerhalb seiner Lebenswelt, an der er sich als wirklicher Teilnehmer, aber quasi als ein gewollter Außenseiter beteiligt, kann er eine kollektive Gewohnheit in seiner Lebenswelt als eine objektiv bestehende gewöhnliche Regelung bezeichnen. Nun ist verständlich, warum mit der Konzeption der Regel-existenz die Konzeption der Autorität als äußere Maßgeblichkeit mitschwingt. Die Tendenz zum Anlehnen des Einzelnen an die Äußerlichkeit des kollektiven Urteils ist also die Quelle, aus der das kollektive Urteil seine Kraft schöpft.

In einer hypothetischen Gesellschaft, in der allgemeine Mitglieder nur die Konzeption der Regelexistenz verfolgen, könnte ihre allgemeine geistige Haltung gegenüber normativen Gegebenheiten so aussehen: Es wäre klug, den Maßstab zu befolgen, der von vielen anderen akzeptiert worden ist.⁵⁴ Im extremen Fall wäre es sogar möglich, dass die Gesellschaft gar keine Wertungsurteile initiiert und die außerhalb von ihr gegebenen Maßstäbe quasi mechanisch akzeptiert. In dieser Situation ginge aber die Quelle der äußeren Maßgeblichkeit auf die mehrheitliche Anonymität zurück, was ein typischer Zirkelschluss ist.⁵⁵ In diesem Fall verschärft sich der extrinsische Charakter einer sozialen Regel. Dabei kann dieser Aspekt der quasi mechanischen Existenz der sozialen Regel folgendermaßen zum Ausdruck gebracht wer-

⁵⁴ Hart, CL, S. 257: „For some rules may be accepted simply out of deference to tradition or the wish to identify with others or in the belief that society knows best what is to the advantages of individuals. These attitudes may coexist with a more or less vivid realization that the rules are morally objectionable.“

⁵⁵ Die Frage, wer der Autor der Gewohnheitsregel sein mag, wird in Teil II ausführlich behandelt, wo es um die Ansicht der Historischen Rechtsschule geht.

den: „Es ist bloß so geregelt ..., dass“ bzw. „It is supposed to do so ... that“.

7.5 Die Kritik an der Doktrin des deskriptiven Positivismus

An dieser Stelle ist noch einmal auf die Doktrin des rein deskriptiven Positivismus zurückzukommen: Sofern der Positivismus mit dem wissenschaftlichen Postulat der Wertneutralität verbunden wird, das sich aus einer besonderen Position des externen Beobachters ergibt, muss zwischen der Beobachtung des Beobachters der eigenen Lebenswelt und der Beobachtung eines Beobachters einer fremden Lebenswelt unterschieden werden. Falls der Beobachter seinen Blick eine ihm fremde Lebenswelt wendet, funktioniert die Doktrin anscheinend ohne große Schwierigkeiten. Eine kollektive Gewohnheit, die er als von den Agenzien in jener Welt allgemein akzeptierte auffasst, kann er zwar als eine soziale Regel für jene Welt beschreiben, indem er sie anscheinend nicht akzeptiert.⁵⁶ Solange sich die Beobachtung aber auf seine eigene Lebenswelt richtet, ist diese Haltung für ihn ein schwerwiegendes Problem. Denn die quasi wertneutrale Beschreibung einer sozialen Regel in seiner eigenen Lebenswelt ist – wie gesagt – nur dann möglich, wenn er wie im ersten Fall – also wie ein Ausländer in einer fremden Lebenswelt – quasi als ein Außenseiter von seiner eigenen Lebenswelt zurücktritt.

Beispiel: Es gibt zwei Gruppen in einem Land. Eine Minderheit von Animal-Rights-Protagonisten. Diese Gruppe ist der Meinung, dass jeder in diesem Land damit beginnen soll,

⁵⁶ Allerdings ließe es sich, wie oben bereits erwähnt, trotzdem nicht vermeiden, dass er, ggf. als ein virtueller Teilnehmer an jener Welt, aus seiner inneren Perspektive ein Verletzungsgefühl hat.

den Fleischkonsum so schnell wie möglich drastisch zu reduzieren, und zwar aus den praktischen Gründen von Tier- und Umweltschutz. Die andere Gruppe ist die Mehrheit, die dagegen der Meinung ist, dass regelmäßiger Fleischkonsum auf einem bestimmten Niveau für die Gesundheit allgemein zu empfehlen ist, da das Fleisch von Tieren notwendige Ernährungswerte enthält, die in anderen Nahrungsquellen nicht vorhanden ist. Die Frage ist: Welche Bedeutung könnte die folgende Aussage haben, wenn eine Person aus der Gruppe der Minderheit sagen würde, „es ist doch eine Gewohnheitsregel in diesem Land, die von vielen anderen schon akzeptiert worden ist“.

Zuvor wurde bereits zwischen der persönlichen Regel und der sozialen Regel unterschieden. Diese Redeweise gehört zwar zur persönlichen Regel, die grundsätzlich dem Geschmack des Einzelnen unterliegt, sie passt aber zur sozialen Regel, die ihrem Wesen nach eine normative Kraft gegenüber den anderen beansprucht, gar nicht.⁵⁷ Würde der Einzelne trotzdem so verfahren, geriete er selbst offensichtlich in einen performativen Widerspruch. Denn diese Aussage verletzt schlechthin seine politische und moralische Identität, die ihn als Animal-Rights-Aktivisten auszeichnet, d.h. er kann eine kollektive Gewohnheit des Fleischkonsums auf keinen Fall als eine soziale Regel in seiner Lebenswelt be-

⁵⁷ Diese Argumentation steht im Zusammenhang mit dem Ursprung der heftigen Diskussion über den Hundefleischverzehr in Südkorea. Viele derjenigen in Südkorea, die zwar selber kein Hundefleisch essen, gegenüber den Antagonisten jener Gewohnheit aber eine kritische Haltung einnehmen, bestehen darauf, dass es bloß eine Geschmackssache sei, die der persönlichen Entscheidung überlassen bleibt. Insofern glauben sie, dass die Antagonisten mit ihrer moralischen Überzeugung die Hundefleischgenießer bezwingen werden. Dieser Fall zeigt, wie fließend die Grenze zwischen der sozialen und der persönlichen Regel (der Geschmack) sein kann. Nicht selten scheint sogar die Fragwürdigkeit der konventionellen Grenzen gerade den Ausgangspunkt der praktischen Diskurse zu markieren.

schreiben, ohne seine eigene gemeinschaftliche Identität einzubüßen.

Dieses Beispiel zeigt sehr klar, worin der fatale Fehler des deskriptiven Positivismus besteht. Im Allgemeinen ist jede quasi (d.h. in der Realität nicht wahre) deskriptive Aussage, die ein Beobachter über die Existenz einer Regel in seiner eigenen Lebenswelt macht, zugleich eine praktische Aussage, in der seine Zustimmung enthalten ist. Bewusst oder unbewusst, der deskriptive Positivismus muss immer die Beobachtung des Beobachters der eigenen Lebenswelt als Ausgangspunkt haben. Denn erst aufgrund dessen kann er dazu übergehen, über die Normativität in einer fremden Gegenstandswelt eine quasi wertneutrale Aussage zu machen. Aber dieser gesunde Denkvorgang ist beim Positivismus gerade umgekehrt. Er macht statt des gesunden Zustands des Beobachters einen pathologischen Zustand – also Beobachtung einer fremden Lebenswelt – zum Standard, um des Anscheins der Wertneutralität willen. Diese Ansicht setzt voraus, dass der Beobachter in seiner eigenen Lebenswelt eine einheitliche Persönlichkeit bewahrt.

Letztlich ist die Beschreibung einer kollektiven Gewohnheit als soziale Regel in der Lebenswelt des Beobachters nur durch seine Billigung möglich. Zwar mag die innere Akzeptanz unter dem Anschein der Wertneutralität erfolgen, im Allgemeinen unterliegt er jedoch insofern einer Selbsttäuschung, als er sich dabei nicht dessen bewusst sein will, dass er dadurch auf der Seite der Mehrheit steht.

7.6 Selbstentfremdung und normative Indifferenz

Aus dem bisher entwickelten gesamten Argumentationsgang kann allgemein festgestellt werden, dass die Ontologie der normativen Gegebenheiten einer Gegenstandswelt, die durch die Deskription des Beobachters bestimmt wird, nur von irgendeinem hermeneutischen Gesichtspunkt aus möglich ist, durch den der Beobachter und die Agenzien der Gegenstandswelt sich innerlich verbinden lassen. Es kann also in Bezug auf jene geistige Gegenstände im Prinzip keine rein wertneutrale bzw. wertfreie Beobachtung geben, die quasi aus rein äußerer Perspektive der Naturwissenschaften hervorgegangen wäre; sondern lediglich hermeneutische Gegenstände, die eine gewisse innere Relation zwischen zwei Welten voraussetzen. Diese Feststellung zu der wichtigen Erkenntnis, dass normative Gegebenheiten einer Gegenstandswelt sich selbst dem Beobachter immer als eine hermeneutische Erscheinung darstellen, die auf eine bestimmte innere Perspektive verweist. Normontologie im Allgemeinen setzt immer einen hermeneutischen Gesichtspunkt voraus. In diesem Sinne ist die Rechtsontologie, eine Art der Normontologie, identisch mit der Rechtsphänomenologie.

Die Aussage, dass sich das positive Recht unter dem eigenen hermeneutischen Gesichtspunkt des Beobachters immer auf ihn selbst zu beziehen scheint, hat ihren Ursprung in Emotionen, äußeren Sachen bzw. Sachverhalten und normativen Gegebenheiten. In Bezug auf die Emotionen gibt es das Phänomen, dass alles lediglich aus der inneren Perspektive des Einzelnen gesehen wird. In Bezug auf äußere Sachen bzw. Sachverhalte wird dagegen nur die Existenz lediglich aus äußerer Perspektive gesehen. Zwischen diesen Gegenständen gibt es eine klare und wesentliche Kluft, die nicht aufeinander übergehen können. Aber in Bezug auf die normativen Gegebenheiten gibt es weder die reine Existenz noch ein reines (inneres) Phänomen; denn ihre quasi äußere

Existenz, die sich selbst vor allem als bloße Handlungsge-
wohnheit des Kollektivs darstellt, lässt sich nicht durch die
äußere, sondern nur durch die innere Perspektive bestim-
men. Die normativen Gegebenheiten einer Gegenstandswelt
werden daher in ihren Existenzformen grundsätzlich durch
die innere Perspektive des einzelnen Beobachters, der sie im
hermeneutischen Raum betrachtet, bestimmt. Bei der Be-
hauptung, dass die innere Perspektive des Beobachters den
Existenzmodus der normativen Gegebenheiten bestimmt,
handelt es sich daher um eine Kritik am Rechtspositivismus,
der das positive Recht als wertfreien, an sich selbständigen
Gegenstand zu reiner Erkenntnis ansieht, welcher von den
praktischen – also moralischen bzw. politischen – Grund-
überzeugungen des Beobachters unabhängig ist. Nach der
hier vertretenen These kann ein und derselbe Gegenstand
im positiven Recht nach dem jeweiligen hermeneutischen
Gesichtspunkt des Beobachters verschiedene Erscheinungs-
formen bzw. Existenzmodi haben, während für die Positivi-
sten nur eine einzige Existenzform jedem Beobachter ge-
mein erkennbar ist.

Aber wie bisher gesagt, ist eine derartige (quasi) deskriptive,
wertneutrale Aussage über die Regelexistenz, die über den
Rechtspositivismus hinaus auch vom Moralpositivismus ge-
nerell angenommen wird, im Allgemeinen nur auf Kosten der
Selbstentfremdung des Beobachters denkbar, sofern sich
seine Beobachtung auf seine eigene Lebenswelt bezieht.
Eine wertfreie Konstatierung normativer Gegebenheiten in
der Lebenswelt des Beobachters kann nur unter Verzicht der
eigenen moralischen bzw. politischen Identität erfolgen, d.h.
der Beobachter muss sich selbst als Außenseiter in seiner
eigenen Lebenswelt betrachten. In den anekdotisch geschil-
derten Ausgangsgesprächen am Anfang dieser Arbeit haben
A und B als Ausländer in Deutschland gegenüber (möglichen)

normativen Gegebenheiten – im ersten Fall die Lerngewohnheit, im zweiten Fall die sexuelle Offenheit – eine völlig indifferente Haltung: Sie sind in Bezug auf Handlungsgewohnheiten von Deutschen der Ansicht, dass diese mit ihrem eigenen Leben gar nichts zu tun haben.

Das Grundbild des Positivismus im weiteren Sinne ist dem Bild, in dem die in Deutschland lebenden Menschen über die dortigen normativen Gegebenheiten allgemein und in weitergehendem Umfang quasi wie A und B eine völlig indifferente Haltung einnehmen, sehr ähnlich. Sie würden nämlich denken, dass das, was hierzulande passiert, gar nichts mit ihrem eigenen Leben zu tun habe. Sie hätten im Grund kein Interesse an dem Leben des Fremden. Sie würden das daraus entstehende Gefühl der Selbsttrennung von ihrer Lebenswelt als natürlich akzeptieren. Nur auf Kosten dieser Selbstentfremdung kann der Beobachter aus positivistischer Einstellung in seiner Lebenswelt eine (quasi) wertneutrale Beschreibung geben.

Wie gesagt, ein Animal-Rights-Aktivist kann nur dann sagen, dass die kollektive Gewohnheit des Fleischkonsums in seinem Land eine Regel für seine Gesellschaft darstellt, wenn er seine politische Identität als Vegetarier beiseite lässt. Dieser Identitätsverzicht ist eine Art der Selbstentfremdung, durch die er sich selbst zum Außenseiter seiner eigenen Lebenswelt macht. Eine schwächere Form der Selbstentfremdung, also die Indifferenz über (mögliche) normative Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt, würde sich aber in der folgenden Situation zeigen: Es mag in seinem Land eine andere Gruppe geben, welche die Gewohnheit des Fleischverzehrns weder positiv noch negativ einschätzt. Sie würde kein Bedürfnis fühlen, sie auf ihr praktisches Denken zu beziehen. Das Vorhandensein dieser Regel, die einerseits von

der Mehrheitsgruppe unterstützt, aber andererseits von den minderheitlichen Vegetariern bestritten wird, könnte nun paradoxerweise von der dritten Gruppe mit normativer Indifferenz quasi wertneutral angegeben werden.

Zwar ist es nicht unmöglich, dass allgemeine Mitglieder einer Gesellschaft über normative Gegebenheiten ihrer Lebenswelt die Haltung der pauschalen, umfangreichen normativen Indifferenz einnehmen. In dieser Situation würden ihnen solche normativen Gegebenheiten fast wertneutral erscheinen. In diesem Land hätten solche wertneutral erscheinenden normativen Gegebenheiten – etwa die Regelungen der Etikette, der sozialen Sitte, des positiven Rechts usw. – zugleich aber einen stark mechanischen Charakter, wie es z.B. bei den Regeln eines Computerspiels der Fall ist.

7.7 Die pathologische Fantasie des Positivismus

Die Beobachtung normativer Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt bietet dem Beobachter grundsätzlich zwei Ausagemöglichkeiten, eine gesunde und eine ungesunde. Bei der gesunden Möglichkeit sagt er – ungeachtet mehrheitlicher bzw. minderheitlicher Unterstützung – aus, dass etwas eine soziale Regel ist, indem er es als allgemeinen Handlungsmaßstab für seine Lebenswelt sowohl für sich als auch für die anderen manifestiert. Die Manifestation ist dabei ein Ausdruck des praktischen Vermögens des Beobachters selbst und ggf. wegen des Vorhandenseins der kollektiven Gewohnheit damit verbunden, dass er der darin verkörperten inneren Ansicht des Kollektivs aktiv zustimmt. Er kann also nur diejenige kollektive Gewohnheit, welche die Tests des Beobachters selbst bestanden hat, als eine soziale Regel für seine Lebenswelt darstellen, während die kollektive Gewohnheit, welche seine Tests nicht bestanden hat, überhaupt nicht

als soziale Regel dargestellt wird, obwohl sie von der Mehrheit unterstützt wird.

Bei der ungesunden Aussagemöglichkeit akzeptiert der Beobachter die innere Ansicht des Kollektivs unkritisch, indem er sich selbst von seiner eigenen Lebenswelt entfremdet, wobei die allgemeine normative Indifferenz hinsichtlich seiner Beobachtungsgegenstände seine Grundhaltung charakterisiert. Den inneren Gesichtspunkt des Beobachters der Lebenswelt, durch den er als Außenseiter einer *fremden* Gesellschaft deren normative Gegebenheiten quasi wertneutral beschreiben konnte, kann er bei der Beobachtung seiner eigenen Lebenswelt nicht als Bezugspunkt benutzen. Denn bei der wertneutralen Beobachtung über seine eigene Lebenswelt muss er den sicheren Boden des inneren Gesichtspunkts verlassen. Durch das Fehlen des normativen Residuums für die (quasi wertneutrale) Beobachtung, die der Positivismus von ihm verlangt, ginge dem Beobachter die eigene moralische und politische Identität verloren, was nichts anderes als die Isolierung des Beobachters in seiner eigenen Lebenswelt hervorbringen würde.

Verlässt der Beobachter seine Beobachtungsgrundlage, wird die Doktrin des Positivismus verletzt. Denn sobald die hermeneutische Verbindung zwischen dem Beobachter und seiner Lebenswelt abbricht, wäre er nicht einmal mehr dazu fähig, sich selbst als Außenseiter einer fremden Gesellschaft darzustellen. Aus diesem Grund muss es im Positivismus immer die Möglichkeit des hermeneutischen Residuums als Faktum geben. Im Ergebnis erweist sich die Doktrin des deskriptiven Positivismus als eine pathologische Fantasie, die im rein szientifischen Denkvorgang typisch erscheint.

8. Zusammenfassung

Bisher war von zwei Objektivitätsbegriffen zur Wertneutralität die Rede, die vom Positivismus als wissenschaftlicher Anspruch postuliert werden. Der erste Begriff bezog sich zunächst auf die unmittelbare Objektivitätserfahrung in der Form von Sanktion und Zwang in der physikalischen Gegenstandswelt, zu der auch die Feststellung der kollektiven Handlungsgewohnheit an sich gehört, sofern sich das positive Recht als ein bestimmter Handlungsmodus in der Gewohnheit beobachten lässt. Bei dem zweiten Objektivitätsbegriff handelt es sich um die Existenzfeststellung der inneren Ansicht des Kollektivs, die jener Handlungsgewohnheit anhaftet.

Auf diese Weise wurde der Positivismus sodann in zwei Versionen eingeteilt. Anders als der rein szientifische Positivismus bei dem ersten Objektivitätsbegriff, der eine derartige objektive Existenz der inneren Ansicht des Kollektivs schlicht verschweigt, vermochte die zweite Version des Positivismus, die hier von besonderem Interesse ist, diese kollektive Ansicht quasi wertneutral zu beschreiben. Bei der Entwicklung kritischer Ansätze zur ersten Version des Positivismus wurde festgestellt, dass es in Bezug auf die Beobachtung der inneren Gegebenheiten in einer Gegenstandswelt keinen Archimedespunkt gibt, von dem aus der Beobachter quasi wie ein Naturwissenschaftler seine Gegenstände in rein wertfreier Weise auffassen kann. Daher wurde angenommen, dass sich zwischen der Lebenswelt und der Gegenstandswelt des Beobachters schon eine innere Relation, also ein hermeneutisch gegebener Raum befindet, wodurch die scheinbare, quasi wertneutrale Beobachtungsaussage über eine Lebenswelt ermöglicht wird.

Bezüglich der zweiten Version des Positivismus wurde vorausgesetzt, dass hinsichtlich einer solchen Quasi-Wertneutralität im Gegensatz zur ersten Version des rein wissenschaftlichen Positivismus eine solche hermeneutische Annahme erst zustande kommen muss. Vor diesem Hintergrund wurde die Kritik in einer zweiten Richtung weiterentwickelt. Dabei stellte sich heraus, dass die quasi-wertneutrale Feststellung der kollektiven Ansicht einer Gegenstandswelt sehr problematisch wird, sobald sich die Beobachtung des Beobachters nach seiner eigenen Lebenswelt richtet. Die auf sich selbst bezogene Beobachtung bringt zwingend die Selbstentfremdung des Beobachters mit sich. Es zeigte sich, dass die zweite Version des Positivismus zwei Aussagemöglichkeiten der Regelexistenz bietet, und zwar bestätigt der Beobachter bei der ersten Aussagemöglichkeit die Regelexistenz in seiner Lebenswelt, indem er die darin verkörperte innere Ansicht des Kollektivs als seine eigene passiv akzeptiert und als Autorität übernimmt.

Bei der zweiten Aussagemöglichkeit bestätigt der Beobachter dagegen lediglich die bloße Existenz einer Regel in seiner Lebenswelt, indem er dazu eine quasi indifferente Haltung einnimmt, wodurch er sich aber selbst zu einem Außenseiter seiner eigenen Lebenswelt macht. In seiner eigenen Lebenswelt, die ursprünglich mit verschiedenen Sinndeutungsmöglichkeiten erfüllt ist, würde er sich darin fühlen, als wäre mechanisch eingefügt worden. Sofern er sich am Sinnbildungsprozess in seiner Lebenswelt nicht beteiligt, wäre kein handelnder Beobachter, sondern bliebe ein ersetzbares Agens im System. Sein Beobachtungsakt lässt sich auf diese Weise vom rein systeminternen Gesichtspunkt aus bestimmen.

8.1 Der Begriff der kritischen Objektivität

Genauso wie der Beobachter bei seiner Beobachtung der normativen Gegebenheiten einer *fremden* Lebenswelt die Teilnehmerperspektive nicht völlig ablegen kann, ist es ihm nicht möglich, bei der Beobachtung der normativen Gegebenheiten seiner *eigenen* Lebenswelt völlig auf einen äußeren Standpunkt zu verzichten. Der Beobachter muss beide Perspektiven in seinem Inneren zur Verfügung haben, eine aus dem schon vertrauten und eine andere aus dem fremden Standpunkt.⁵⁸

Der Sinn dieser Aussage lässt sich auch aus einem anderen Blickwinkel erläutern: Zunächst verlangt die Existenz der kollektiven Ansicht vom Beobachter stets eine Selbstobjektivierung in gewissem Sinne. Aus der Perspektive des Teilnehmers an seiner eigenen Lebenswelt eine kritische Haltung zu einem normativen Gegenstand einnehmen zu können, setzt voraus, dass der Beobachter sich dessen bewusst wird, was zur kollektiven, nicht zu seiner eigenen Ansicht gehört und was nicht.⁵⁹ Daraus erfolgt der Impuls, beide Ansichten objektivierend verstehen zu wollen. Im Diskurs tritt die kritische Relation der Ansichten kommunikativ zutage. Wird über eine normative Gegebenheit in seiner Lebenswelt spekuliert, die von den anderen akzeptiert wird, ihm selbst aber falsch bzw.

⁵⁸ Aus dem im Wesentlichen gleichen Geist hat *Dilthey*, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften* (1981), S. 278, gesagt: „Die Auslegung wäre unmöglich, wenn die Lebensäußerungen gänzlich fremd wären. Sie wäre unnötig, wenn in ihnen nichts fremd wäre. Zwischen diesen beiden äußersten Gegensätzen liegt sie also. Sie wird überall erfordert, wo etwas fremd ist, das die Kunst des Verstehens zu eigen machen soll.“

⁵⁹ Auch Diltheys folgende Bemerkung verdient Aufmerksamkeit, a.a.O., S. 285: „Das Erlebnis eines Äußeren oder Außenwelt ist für mich in ähnlicher Art da, in welcher das, was nicht aufgefaßt wird, nur erschlossen werden kann. [...] was meine Anschauung [...] umfasst, von dem wird ein Teil durch die Bedeutsamkeit in den Blickpunkt erhoben, apperzipiert, dieses wird dann unterschieden von den nicht apperzipierten geistigen Vorgängen. *Dies ist, was wir Ich nennen, und es besteht das doppelte Verhältnis: ich bin und ich habe.*“ [Hervorhebung vom Verfasser]

fragwürdig erscheint, sieht sich der Beobachter mit dem inneren Anspruch konfrontiert, diese innere Spannung mit den anderen diskursiv abzubauen. Die Diskursteilnehmer treffen im Diskurs als eine Beziehung der kritischen Objektivität aufeinander. Es ist offenkundig, dass Konsens und Dissens aus der Differenz der hermeneutischen Ansicht darüber hervorgehen. Aus den darin eingebetteten Topoi⁶⁰ resultiert die Einsicht, dass es einen Bereich gibt, der von den traditionell unreflektierten, unkritisch akzeptierten Überzeugungen nicht abgedeckt ist. Die diskursive Form der Kommunikation⁶¹ dient der Selbstaufklärung einer Gesellschaft und ist ein geistiger Ort, wo durch die Darstellung der normativen Topoi gerade das normative Selbstverständnis einer Gesellschaft thematisiert wird. Dadurch lässt sich das Notwendige und Gewichtigere von dem Sekundären und Geringeren trennen.

8.2 Die Gewinnung der kritischen Objektivität im Diskurs

Dieser im Grund unendliche Katalog hermeneutischer Topoi mit normativem Charakter ist natürlich etwas, was lediglich das reflexive Denken aus dem allgemeinen Sinndeutungszusammenhang des Lebens als Ganzes greifen kann. Die Herstellung solcher Topoi unter reflexivem Gesichtspunkt und die daraus gezogene Verflechtung derselben in einheitlichen argumentativen Narrativen können freilich nach den jeweiligen Leitvorstellungen des Einzelnen über das Leben selbst sehr unterschiedlich sein. Aber hermeneutisches Denken im einzelnen Menschen kann von Natur aus nicht willkürlich sein, weil die narrative Einheit grundsätzlich im gesamten Leben des Erzählers und in seiner erweiterten Perspektive

⁶⁰ Topoi, Plural von Topos: Ort, Stelle (griech. τόπος).

⁶¹ „Topoi“ sind hier als unsichtbare Orte im Geist zu verstehen, durch deren Konstellation der Mensch in seinem Denken dazu geführt wird, die Sache bzw. den Sachverhalt neu anzuschauen.

auf die Gemeinschaft als Ganzes wurzelt. So ist leicht verständlich, warum sich das Selbstverständnis des Menschen bzw. der Gemeinschaft mit dem praktischen Thema verbinden lässt. Im praktischen Diskurs kann jeder kritisch Denkende seine Lebenserlebnisse und seine Ansichten in Bezug auf ein bestimmtes Thema mit den anderen teilen, indem er parallel dazu seinen eigenen normativen Gesichtspunkt plausibel addiert.⁶² Im Ergebnis wird der diskursive Raum mit verschiedenen hermeneutischen Topoi bzw. den inneren Gesichtspunkten gefüllt, wobei diese Verschiedenheit nicht regressiven, sondern progressiven Charakters ist, weil die Gemeinschaft dadurch über mehr Sinndeutungsfülle verfügt als vor der Eröffnung des Diskurses.

All diese hermeneutischen Möglichkeiten zur Selbstaufklärung bzw. Selbsterkenntnis im diskursiven Raum bestehen grundsätzlich darin, dass das Leben an sich das, was aus der inneren Perspektive des Einzelnen als einheitliche Sinnvielfalt erscheint durch die Konfrontation mit den konkreten Lebenssituationen neue sinnbildende Momente entfalten kann, die sich wiederum in das Sinndeutungsganze integrieren lassen. Die Erweiterungskraft des Sinndeutungszusammenhangs ist die Grundlage, worauf ein Kritiker einer sozialen Praxis die herrschende Ansicht dazu bewegen kann, die Sache selbst aus einem anderen Blickwinkel zu sehen. Die im Diskurs neu eröffneten hermeneutischen Topoi tragen nämlich dazu bei, dass sich jeder Diskursteilnehmer der Legitimationsgrundlage einer sozialen Praxis unmittelbar kritisch zuwendet.⁶³ Die diskursive Erinnerung an die herme-

⁶² Ein Befürworter der gleichgeschlechtlichen Ehe, der selbst heterosexuell ist, kann zur Begründung seiner Behauptung etwa auf die Erfahrungen seiner homosexuellen Freunde zurückgreifen.

⁶³ Insofern macht sich *Jürgen Habermas*, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (1983), S. 189 f., ein falsches Bild über den allgemeinen praktischen Diskurs, in dem die Frage nach der

neutischen Topoi um die Existenz der sozialen Praxis herum bildet von daher den Rahmen, in dem das Verstehen einer sozialen Praxis noch präziser dargestellt und als Ergebnis die Entstehung der kritischen Objektivität der diskursiven Konfrontation sichtbar wird. Im Diskurs sind die Teilnehmer in der Tat gezwungen, sich in die Sichtweise der anderen hineinzusetzen. Dabei kommt der Punkt, an dem sie einen Konsens finden können oder nicht, nur in sekundärer Linie.

8.3 Die Regenerierung des normativen Selbstverständnisses einer Gesellschaft

Dass das kritische Denken seine Kraft grundsätzlich der hermeneutischen Erweiterungskraft des Lebens verdankt, impliziert, dass eine soziale Praxis niemals von außerhalb des Sinndeutungszusammenhangs – also unter einem ahistorischen Gesichtspunkt – betrachtet wird. Es gibt also keine soziale Praxis von normativem Charakter, die unabhängig

(universalen bzw. universalisierbaren) Moralität in ihrem eigentlichen Sinne von der nach dem guten Leben im Prinzip divergieren soll: „So geht die Herausbildung des moralischen Gesichtspunktes mit einer Differenzierung innerhalb des Praktischen Hand in Hand: die moralischen Fragen, die *unter dem Aspekt der Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen* oder der Gerechtigkeit grundsätzlich rational entschieden werden können, werden nun von der evaluativen Fragen unterschieden, die sich unter dem allgemeinsten Aspekt als Frage des guten Lebens darstellen und die einer rationalen Erörterung nur innerhalb des Horizontes einer geschichtlich konkreten Lebensform oder einer individuellen Lebensführung zugänglich sind. Die konkrete Sittlichkeit einer naiv eingewöhnten Lebenswelt läßt sich dadurch charakterisieren, daß moralische Fragen mit evaluativen Fragen noch ein unauflösliches Syndrom bilden, während sich in einer rationalen Lebenswelt die moralischen Fragen gegenüber den Problemen des guten Lebens verselbständigen[.]“ [Hervorhebungen vom Verfasser] Die moralischen Fragen wurzeln – wie hier gezeigt worden ist – nach wie vor im Sinndeutungsganzen, das lediglich aus der konkreten Wirklichkeit der gemeinsamen Lebenswelt hervorgeht, und sind grundsätzlich aus der Perspektive der (Rechts)Politik, nicht der Moralität zu beantworten.

vom hermeneutischen Horizont einer Gemeinschaft eine absolute Wahrheit und Gültigkeit in Anspruch nehmen kann. Hierzu sei ein Beispiel von Kant⁶⁴ angeführt: Ein Serienmörder verfolgt einen unschuldigen Mann. Der Verfolgte klopft an die Tür von A, einem Nachbarn des Verfolgten und versteckt sich in der Eile ohne die Erlaubnis des Nachbarn in dessen Wohnung. Zehn Minuten später klopft auch der Mörder an die Tür und fragt, ob er den Flüchtigen gesehen habe. A hat bisher sein Leben redlich geführt. Nun stellt sich ihm die Frage: Falls A auf der Frage des Mörders mit „Nein“ antwortet, würde er den Mörder dann anlügen?

Falls der Lügencharakter dieser Antwort bejaht würde, so dass A nach der Denklinie Kants für die Verletzung eines Lügenverbots in diesem Fall kritisiert wird, und zwar um der Reinheit bzw. Unbedingtheit ethischer Verbote willen, müsste jenes Resultat für die betreffende Gemeinschaft unerträglich sein. Denn das ahistorische, bloß abstrahierende Denken zum praktischen Gesetz, das ohne Rücksicht auf den konkreten Lebenskontext selbst quasi in eine absolute Gültigkeit eingestellt ist, die Gefahr birgt, dass der hermeneutische Raum des Betrachters zerbricht.⁶⁵

⁶⁴ *Immanuel Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschliche zu lügen, in: Wilhelm Weischedel, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII (1977), S. 637 f.

⁶⁵ Die bekannte Formel (bzw. ein Wortspiel) „Gesetzliches Unrecht“ von *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, in: Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 347 ff., 354, ist ein Versuch, einem Gesetz den Status des Rechts zu entziehen, statt es als ein ungerechtes Recht zu bezeichnen. Nach Radbruchs Ansicht kam ein Gesetz in der NS-Zeit ursprünglich niemals als Recht zustande, weil es „ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen [höchsten] Todesstrafe, bedroht.“ Es gebe dabei keine Rücksicht auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, geschweige denn Überlegungen zur Legitimität des Inhalts jenes Gesetzes selbst. Es ist nachvollziehbar, welch großes Unding Radbruch darin erblickt hatte, ähnlich wie Kant (Stichwort „Recht,

Es handelt sich um nichts anderes als eine Zerstörung des hermeneutischen Raums selbst, was ad absurdum führt. Also das, was A für die Rettung seines Nachbarn getan hat, ist keine sogenannte „white lie“, sondern gar keine Lüge. Soll der Begriff der praktischen Notwendigkeit nach dem philosophischen Ansatz Kants begründet werden, kann er dem harten Gesetzabsolutismus – also der absoluten Herrschaft der Allgemeinheit als solcher – nicht entgehen. Dadurch droht klar, wie hier gezeigt wird, die Gefahr, dass der zugrunde liegende hermeneutische Horizont einer Gemeinschaft gelähmt wird. Es wäre – metaphorisch gesagt – nichts anderes, als die Tötung der Mutter um der Gesundheit ihrer Kinder willen. Das Lügenverbot dürfte als moralisches Gesetz seine normative Kraft nur darin bewahren können, dass der Bedeutungsraum einer Gemeinschaft gesund bleibt, d.h. es mit anderen praktischen Überzeugungen und allgemeinen Sinndeutungen gut verträglich ist.

Hierbei lässt sich Folgendes feststellen: Die Möglichkeit des kritischen Denkens bezüglich der normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft ergibt sich nicht aus ahistorischem, bloß abstrahierendem, sondern aus reflexivem, sinndeutendem, anschaulichem Denken aus dem hermeneutischen Raum einer Gemeinschaft. Diese besondere Fähigkeit des Geistes

aus Menschliebe zu lügen“). Im Gegensatz zu Radbruch war Kant der Ansicht, dass eine solche Situation unabhängig vom Kontext als „Lüge“ begriffen werden kann und soll, d.h. jeder Begriff, wenn er einmal aus der konkreten Wirklichkeit abstrahiert worden ist, birgt über die Wirklichkeit hinaus eine verselbständigte Instanz, wodurch seine Anwendung fast mechanisch vorbestimmt wird. Radbruch meint dagegen, dass der Gebrauch eines Begriffs unter dem Einfluss von praktischen Prinzipien stehen soll, sodass der Anwender des Begriffs durch diese Regulierung davor geschützt wird, auf ein solch großes Ünding zu verfallen. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass Radbruch die von Kant dargestellte Situation keineswegs als Lüge bezeichnet hätte.

ist deshalb als hermeneutisch zu bezeichnen, weil sie den gesamten Sinndeutungszusammenhang der geteilten Lebenswelt als Grundlage und zugleich als Grenze hat. Um eine solche spezifische Denkart zu initiieren, muss die Bereitschaft vorhanden sein, die irgendeiner sozialen Gewohnheit anhaftende, dominierende Ansicht in hermeneutischem Licht kritisch zu betrachten und von da aus die normative Gegebenheit quasi neu anfangen zu lassen.⁶⁶ Dabei ist selbstverständlich, dass sich die kritische Haltung des Lebensinterpreten von der des axiomatischen Denkers wesentlich unterscheidet, der – wie Spinoza – aus dem apriorisch gegebenen Set von einfachsten praktischen, ahistorischen Sätzen unveränderte Maxime ableitet.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, wie eng der Begriff der kritischen Objektivität auf den Vorgang des diskursiven Selbstverständnisses bezogen ist. Alle Diskursteilnehmer gehen zunächst mit ihren eigenen Ansichten über das Thema in einen Diskurs hinein. Aber dort tauschen sie gegenseitig innere Einflüsse aus, und zwar nicht nur im Bezug auf die Ansicht an sich, sondern auch – was viel wichtiger ist – in Bezug auf die Art und Weise, wie das Leben zu interpretieren ist.⁶⁷ Das ist nämlich ein Vorgang der Selbstobjektivierung durch das diskursive Mittel. Aber durch eine derartige

⁶⁶ Im Bereich des juristischen Denkens findet sich ein im Wesentlichen gleicher Ansatz in Savignys Darstellung über die Arbeitsmethode der römischen Juristen, vgl. unten, Kapitel 2.

⁶⁷ Bzgl. der Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe könnte unter dem Gesichtspunkt des bloßen Liberalismus behauptet werden, dass jeder Mensch das Grundrecht hat, mit jemandem, in den oder (die) er sich verliebt, eine Familie zu gründen. Aber warum soll die Polygamie davon ausgenommen bleiben, wenn sich der Mensch in mehrere Personen verliebt? Eine mögliche Antwort wäre, dass die Bedeutung der Liebesbeziehung überwiegend im „commitment“, also in der ausschließlichen, emotionalen und deshalb integren Treue zu *einem* Partner besteht. Bei der Polygamie lässt sich der plausible Zweifel darüber, ob mehrere Personen ohne Neid und Missgunst eine solche emotionale Beziehung stabil und dauerhaft führen können, nicht beseitigen.

Selbstobjektivierung macht sich der Diskursteilnehmer – im Gegensatz zur rein wertneutralen Selbstobjektivierung aus der Position des äußeren Beobachters, wie bei der Betrachtung des Positivismus zu sehen war – nicht zum Außenseiter seiner eigenen Lebenswelt, sondern gerade umgekehrt: Je tiefer der Diskurs wird, desto größer ist die Möglichkeit, dass sich selbstobjektivierende Teilnehmer in die Perspektive der Gemeinschaft verflechten lassen. Durch die diskursive Entdeckung und Wiedergaben hermeneutischen Topoi, die in einem konkreten Lebenssachverhalt eingebettet sind, schreitet letztendlich das Selbstverständnis einer Gemeinschaft fort. Alle Teilnehmer können darin eine Erneuerung des *sensus communis*^{68 69} erfahren; nämlich eine Erneuerung eines

⁶⁸ Einer der problematischsten Begriffe der Philosophiegeschichte, dem Gemeinschaftssinn bzw. Gemeinsinn (*sensus communis*, *common sense*, *bon sens*) hat ein sehr breites Bedeutungsspektrum. Die gängigste Ansicht ist, dass der Gemeinschaftssinn eine Art „weitverbreitete und normalerweise unbestrittene Überzeugung“ sei, welche die Menschen (vielleicht ohne ernsthafte Reflexion über die Gegenstände) im Alltag genießen: „Wer möchte, daß Menschen höflich zu ihm sind, tut gut daran, ihnen gegenüber höflich zu sein.“, *John R. Searle*, Geist, Sprache und Gesellschaft (2001), S. 21. Zwar können solche „unbestrittenen Überzeugungen“ anschauliche Beispiele bzw. Resultate des Alltags sein, aber auf das, was mit dieser besonderen Fähigkeit eigentlich gemeint ist, trifft diese Ansicht nicht zu. Sobald die Welt der alltäglichen Intuitionen verlassen und die Welt der philosophischen Spekulation betreten wird, verhält es sich etwas komplizierter. Der Begriff des *sensus communis* wird aus ganz anderen Richtungen betrachtet. Vor allem Kant verlegte sein Anwendungsfeld auf fragwürdige Weise aus dem Bereich des praktischen Urteils in den des ästhetischen. In der Tat erörtert *Kant*, Kritik der Urteilskraft (1774), diesen Begriff in doppelter Hinsicht, deren innere Verbindung indes nicht leicht einzusehen ist. Vor allem wird in § 40 der *sensus communis* als rein intellektuelles Vermögen des denkenden Subjekts zur Perspektiveinsetzung in die Fremden bestimmt, also als die Fähigkeit, sich rein intellektuell, d.h. ohne sich darin einzufühlen, in die Lage des Fremden hineinzusetzen. Dabei fehlt es aber entschieden an dem Moment der Sympathie und Empathie, der sich nicht aus der Perspektive des beobachtenden Dritten, sondern lediglich aus dem Perspektivenwechsel zwischen der ersten Person – dem Redner – und der zweiten Person – dem Zuhörer – ergeben würde. Wird dieses Modell auf die Frage der Moralität angewendet, ist der Kantische Ansatz eher problematisch als problemlösend. Denn hinsichtlich dieser Fragen ist der

Kantische Ansatz ohnmächtig: Wie kann sich ein Mensch in die Lage des Fremden hineinversetzen, ohne sich dabei in ihn einzufühlen? Welche Leistung kann dadurch erwartet werden, dass er selbst eine objektive Haltung über die Lage eines Fremden einnimmt? Wie kann auf die Frage der Moralität reagiert werden, ohne das moralische Ressentiment des Verletzten mitzufühlen? Das alles wäre ein performativer Widerspruch. Insofern pflichtet Habermas der Annäherungsweise von Strawson bei, der in Bezug auf die Frage der Moralität vor allem auf den Perspektivenwechsel zwischen der ersten und der zweiten Person aufmerksam macht: „The objective attitude may be emotionally toned in many ways. [...] But it cannot include the range of reactive feelings and attitudes which belong to involvement or participation with others [...]; it cannot include resentment, gratitude, forgiveness, anger[.] If your attitude towards someone is wholly objective, then though you might fight him, you cannot quarrel with him, and though you may talk to him, even negotiate with him, you cannot reason with him. You can at most pretend to quarrel, or to reason, with him“, zit. bei Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln (1983), S. 56. Alles dies zeigt klar, dass der von Kant angenommene *sensus communis* ins Leere läuft. Kant geht es (§ 18 f.) grundsätzlich darum, wie einem ästhetischen Urteil über einen Gegenstand gegenüber anderen ein Geltungsanspruch erhoben werden kann. So sei etwa das ästhetische Gefühl der Schönheit kein rein subjektives, privates Gefühl, für das nur die eigene Person zugänglich ist. Vielmehr sei ein derartiges Gefühl der Schönheit im Konkreten etwas, das der eigenen Person und den anderen von vornherein gemein ist. Die Gemeinsamkeit im Gefühl sei aber insofern spezifisch, als sie unter den Menschen nur durch reine Anschauung, d.h. lediglich intuitiv, vermittelbar sei. Deswegen spricht Kant davon, dass der *sensus communis* bloß ein Postulat sei; also etwas, was *quasi a priori* beim Menschen als Gattungswesen vorauszusetzen ist, damit ein ästhetisches Urteil nicht nur für die eigene Person, sondern auch für die anderen Gültigkeit haben kann. Der Begriff von *sensus communis* ist hierbei als eine Art der unerlässlichen Bedingung für die (ästhetische) Notwendigkeit gedacht, die nicht begrifflich, sondern anschaulich zustande kommt: „Also müssen sie [Geschmacksurteile] ein subjektives Prinzip haben, welches nur durch Gefühl und nicht durch Begriffe, doch aber allgemeingültig bestimme, was gefalle oder mißfalle. Ein solches Prinzip aber könnte nur als ein Gemeinsinn gesehen werden[.] [...] Aber nur unter der Voraussetzung, daß es einen Gemeinsinn gebe, [...] kann das Geschmacksurteil gefällt werden.“, Kant, § 20 (B65/A64), S. 157.

⁶⁹ Eine andere, vielleicht bessere Erklärung gab Arendt, Vom Leben des Geistes (2012), S. 58 f. Der *sensus communis* sei eine Art „sechster Sinn“, den sie „Wirklichkeitssinn“ nannte, weil er das Wirkliche innerlich konstruiere aus dem, was durch die fünf Sinne in der Welt wahrgenommen wird, konstruiert wird: „Obwohl alles Erscheinende in der Weise des Es-scheint-mir wahrgenommen und damit dem Irrtum und der Täuschung unterworfen ist, so führt doch die Erscheinung als solche einen ganz primären Stempel des Wirklichseins bei sich. Alle Sinneswahrnehmungen sind gewöhn-

Orientierungssinns hinsichtlich dessen, wo sich ihre Gemeinschaft jetzt geistig befindet, und in welche Richtung sie gehen soll.⁷⁰

lich von einer zusätzlichen [...] Wirklichkeitsempfindung begleitet.“ Es kommt also darauf an, die Welt der objektiv da seienden Weltgemeinschaft in der alltäglichen Intuition, die durch den cartesianischen Zweifel zerstört worden ist, unter der Perspektive der Menschheit als Gattungswesen wieder aufzubauen. Insofern ist die Welt ist ein und dieselbe Welt, in der die Menschen zu einer gemeinsamen Handlung fähig sind. *Arendt*, a.a.O., S. 59 f.: „Zwar erscheint jeder einzelne Gegenstand jedem Individuum in einer anderen Perspektive, doch *der Kontext*, in der er scheint, ist *für die ganze Art der gleiche*. In diesem Sinne lebe jede Art in ihrer eigenen Welt[.] [...] In einer Erscheinungswelt [...] wird Wirklichkeit durch [...] dreifache Gemeinsamkeit gewährleistet: die fünf Sinne [...] haben denselben gemeinsamen Gegenstand: *die Vertreter einer Art haben einen gemeinsamen Kontext, der jenem einzelnen Gegenstand seine besondere Bedeutung verleiht*; und alle anderen mit Sinnen begabten Wesen nehmen zwar diesen Gegenstand aus völlig verschiedenen Perspektiven wahr, sind sich aber über seine Identität einig.“ [Hervorhebung vom Verfasser] Der Ansatz, dass die Wirklichkeitsgarantie der Welt in der Möglichkeit der Aufstellung der gemeinsamen Handlung der Menschheit als Gattungswesen gefunden werden kann und soll, gehört zum Wesenszug des Pragmatismus, wie Arendt zugegeben hat. Der Begriff des *sensus communis*, wenn er so begründet wird, muss in die begriffliche Unklarheit und Mystifikation geraten. Die Wirklichkeitsgarantie der Welt müsste sich, wie Arendt ebenfalls in der richtigen Richtung sieht, aus der Möglichkeit der Stiftung der gemeinsamen Handlung von Menschen als Gattungswesen ergeben.

⁷⁰ Aus den oben in den Fn. 65 u. 66 ausführlich erklärten Gründen fällt es schwer, die Ansichten einiger Philosophen über den *sensus communis* zu akzeptieren. Dagegen findet sich bei Dilthey dafür ein richtiger Ausdruck, obwohl seine Gedanken im Vokabular der idealen Romantik dargestellt sind. Die Kategorie der „Bedeutung“ für das Leben als Ganzes spielt auch bei ihm eine entscheidende Rolle, sei es auf dem Niveau des Individuums oder des Ganzen. Der im folgenden Zitat vorkommende Ausdruck „Entwicklung“ ist mit dem des *sensus communis* austauschbar: „Ein neuer Zug des Lebens wird nun sichtbar, der von der Zeit bedingt ist, aber als ein Neues über sie hinausgeht. Das Leben wird in seinem Eigenwesen durch Kategorien verstanden, welche dem Erkennen der Natur fremd sind. [...] Denn Leben selbst ist nur in dieser bestimmten Art von Beziehungen eines Ganzen zu seinen Teilen da. [...] Darin aber, daß der Zusammenhang des Lebensverlaufes nur durch die Kategorie der Bedeutung [...] in Bezug auf das Verstehen des Ganzen auffaßbar ist, [...] davon sind alle anderen abhängig. *Bedeutung ist die umfassende Kategorie, unter welcher das Leben auffaßbar wird*. Veränderlichkeit ist den Objekten, die wir im Naturerkennen konstruieren, ebenso eigen als dem Leben, das seiner in seinen Bestimmungen inne wird. Aber im Leben

Wenn ernstgenommen wird, dass sich jedes kritische Denken an die normativen Gegebenheiten grundsätzlich an den Sinndeutungshorizont der geteilten Lebenswelt richtet und diese reflexive Denkart durch das diskursive Medium dem Selbstdenkenden in der Form der kritischen Objektivität erscheint, liegt Folgendes nahe: Alles diskursiv aufgestellte kritische Denken an die normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft tragen grundsätzlich zur erhöhten Selbstaufklärung einer Gemeinschaft bei, zur Stärkung der Gemeinschaftlichkeit einer Gesellschaft.

allein umschließt die Gegenwart die Vorstellung von der Vergangenheit in der Erinnerung und die von der Zukunft *in der Phantasie, die ihren Möglichkeiten nachgeht, und in der Aktivität, welche unter diesen Möglichkeiten sich Zwecke setzt*. So ist die Gegenwart von Vergangenheiten erfüllt und trägt die Zukunft in sich. Dies ist der Sinn des Wortes ‚Entwicklung‘ in den Geisteswissenschaften“, *Dilthey, Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften* (1981), S. 286 f. [Hervorhebungen vom Verfasser] Dort, wo er über den objektiven Geist spricht, beginnt die Hermeneutik: „Ich verstehe unter ihm [also, unter dem objektiven Geist] die mannigfachen Formen, in denen die zwischen den Individuen bestehende Gemeinsamkeit sich in der Sinnenwelt objektiviert hat. In diesem objektiven Geist ist die Vergangenheit dauernde beständige Gegenwart für uns. Sein Gebiet reicht von dem Still des Lebens, den Formen des Verkehrs [...] zu Sitte, Recht, Staat, Religion, Kunst, Wissenschaften und Philosophie. [...] Aus dieser Welt des objektiven Geistes empfängt von der ersten Kindheit ab unser Selbst seine Nahrung. Sie ist auch das Medium, in welchem sich das Verständnis anderer Personen und ihrer Lebensäußerungen vollzieht. *Denn alles, worin sich der Geist objektiviert hat, enthält dem Ich und dem Du Gemeinsames in sich*. Jeder mit Bäumen bepflanzte Platz, jedes Gemach, in dem Sitze geordnet sind, von Kindesbeinen ab uns verständlich, weil menschliches Zwecksetzen, Ordnen, Wertbestimmen als ein Gemeinsames jedem Platz und jedem Gegenstand im Zimmer seine Stelle angewiesen hat. *Das Kind wächst heran in einer Ordnung und Sitte der Familie, die es mit deren anderen Mitgliedern teilt, und die Anordnung der Mutter wird von ihm im Zusammenhang hiermit aufgenommen. Ehe es sprechen lernt, ist es schon ganz eingetaucht in das Medium von Gemeinsamkeiten*. Und die Gebärden und Mienen, Bewegungen und Ausrufe, Worte und Sätze lernt es nur darum verstehen, weil sie ihm stets als dieselben und mit derselben Beziehung auf das, was sie bedeuten und ausdrücken, entgegenkommen. So orientiert sich das Individuum in der Welt des objektiven Geistes.“, a.a.O., S. 256 f. [Hervorhebungen vom Verfasser]

9. Die gewöhnlichen und die generativen Regeln in systeminterner Perspektive

Von den beiden oben entworfenen Bildern von der Beobachtung normativer Gegebenheiten in der Lebenswelt des Beobachters zeigt eines die „sanfte“ Version des sogenannten wertneutralen Positivismus. Im Gegensatz zum zweiten Bild der „harten“ Version behauptet die sanfte, dass es möglich sei, dass ein Beobachter die normativen Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt wertneutral beschreibt. Innerhalb dieser Version wurden wiederum zwei Richtungen eingeschlagen. In der einen Richtung fasst der Beobachter die an kollektive Gewohnheiten anknüpfende innere Ansicht seiner agierenden Mitgenossen quasi wertneutral auf, als ob er sie vom selbstentfremdeten, indifferenten Gesichtspunkt aus – also ohne seine eigene Akzeptanz – quasi rein beschreibt. Seine deskriptive Aussage wurde daher nicht als eine in sich beinhaltende normative Kraft angesehen. In der anderen Richtung wurde die Relation umgekehrt. Dort akzeptiert er zwar selbst diese kollektive Ansicht ohne kritische Prüfung als seine eigene, dabei gibt er gegenüber den Aussageadressaten vor, er schildere lediglich eine Art soziale Tatsache in seiner Lebenswelt, also manchmal die bloße Existenz einer sozialen Regel. Tatsächlich handelt es sich aber um eine Art der normativen Behauptung, die heimlich ausgeführt wird. Durch seine eigene Stellungnahme wurde der Beobachter im Ergebnis schicksalhaft von seiner eigenen Lebenswelt entfremdet. In der zweiten Richtung dagegen hatte die nach seinem unkritischen, willkürlichen Akzeptanzakt geltend gemachte deskriptive Aussage mit normativer Kraft für die anderen einen autoritativen Charakter angenommen, auch wenn eine solche Autorität von der gewohnten Konzeption etwas entfernt ist.

Ein völlig anderes Bild der Beobachtung ergab die Kritik des Positivismus. Es zeigt einen reflexiven Beobachter, der die normativen Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt zunächst kritisch prüft. Bevor er eine kollektive Ansicht als seine eigene akzeptiert bzw. sie ohne Akzeptanz als soziale Regel für seine Lebenswelt darstellt, überlegt er nämlich, ob sie wirklich als Norm für seine Lebenswelt haltenswert ist. Bei dieser kritischen Prüfung der kollektiven Ansicht stellt er eine normative Gegebenheit seiner Lebenswelt nur dann als eine soziale Regel dar, wenn sie seine Prüfung bestanden hat. In diesem Fall wurde seine Akzeptanz und Darstellung freilich von ganz anderem Gefühl abgeleitet, nämlich dem Notwendigkeitsgefühl. Auf diese Weise konnten zwei im Wesentlichen unterschiedliche Akzeptanzmodi des Beobachters der normativen Gegebenheiten seiner Lebenswelt, d.h. der willkürliche einerseits und der kritische Akzeptanzmodus andererseits, festgestellt werden.

Dieser Ansatz könnte folgendermaßen weiterentwickelt werden: Entsprechend den beiden im Grund unterschiedlichen Akzeptanzmodi normativer Gegebenheiten gibt es dazu auch zwei Geltungsanspruchsmodi – den autoritativen und den diskursiven Geltungsanspruchsmodus. Hieraus entstehen nun zwei differente Erscheinungsmodi normativer Gegebenheiten: die konventionelle und die reflexive Regelung. Von da an wird erfolgreich gezeigt, wie eine normative Gegebenheit durch eine kritische Prüfung eines hermeneutischen Beobachters akzeptiert und für die Öffentlichkeit im diskursiven Geltungsanspruchsmodus als eine reflexive Regel – also als Prinzip – dargestellt wird.

Der willkürliche Akzeptanzmodus eines Beobachters verknüpft eine normative Gegebenheit seiner Lebenswelt durch

den autoritativen Geltungsanspruchsmodus mit der Erscheinungsform der konventionellen Regelung, während der kritische Akzeptanzmodus die konventionelle Regelung durch den diskursiven Geltungsanspruchsmodus mit der Erscheinungsform der reflexiven Regelung verbindet. Diese Aussage impliziert, dass der Beobachter im willkürlichen Akzeptanzmodus die Regelung als seinen eigenen Maßstab akzeptiert, die er von seiner inneren Perspektive aus objektiv erfasst hat, wobei die Quelle einer solchen individuellen Willkürlichkeit variieren kann. Zunächst ist nicht anzunehmen, dass diese Willkür etwas rein Emotionales oder Unvernünftiges ist. Ein nach seiner Willkür motivierter Beobachter könnte sich entschieden haben, sich einer kollektiven Ansicht zu fügen, bloß weil sie von vielen anderen akzeptiert worden ist. So mag sich der eine darin nur emotional bequem fühlen und ein anderer mag sich rational schon gedacht haben, dass es für ihn günstig ist, dem Mainstream zu folgen, weil es ihm die Zeit für das Denken erspart.

Die allgemeinere Legitimation für den willkürlichen Akzeptanzmodus wäre darin zu finden, dass es dem Einzelnen sicherer ist, von der schon in der Vergangenheit überlieferten Ansicht nicht abzuweichen, als durch seine kritische Betrachtung einen neuen Weg einzuschlagen, es sei denn, dass sie für seine eigenen Interessen bedrohlich ist. Aber gerade dadurch, dass er auf diese Weise mit dem Grund der Denkökonomie durch den willkürlichen Akzeptanzmodus die normative Ansicht des Kollektivs als seine eigene aufnimmt, stellt er sich selbst als ihr autoritativer Unterstützer auf. Das Prädikat „autoritativ“ heißt hier, dass, falls ein anderer Beobachter ihn nach den Gründen seiner Akzeptanz jener Ansicht fragt, er in erster Linie darauf verweisen würde, dass diese Ansicht auch von vielen anderen als Handlungsmaßstab gebraucht wird. Dabei würde er seinen echten Grund für seine eigene

Akzeptanz eher verheimlichen als zutage bringen, da es zur natürlichen menschlichen Neigung gehört, im Diskurs seine geistige Faulheit und Egozentrität zu verheimlichen. Gerade in diesem Moment, in dem er diesen Maßstab durch die Methode des Zeigens auch beim Befragenden geltend machen will, beginnt seine Rede, für den Befragenden einen autoritativen Charakter anzunehmen. Er würde auf die Frage etwa so antworten: Es ist eine Regel, die hier (gewöhnlich) gilt!

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich im Inneren des Beobachters bezüglich seiner Aussage zur konventionellen, gewöhnlichen Regelung seiner Lebenswelt zwei Momente abspielen: sein willkürlicher Akzeptanzmodus einerseits und sein quasi deskriptiver, aber in der Tat autoritativer Geltungsanspruchsmodus andererseits. Der Grad einer solchen Autorität mag je nach Situation unterschiedlich sein. Im spezifischen Aussagemodus einer sozialen Regel stellt sich der Redner nämlich in kollektiver Ansicht selbst als ein autoritativer Unterstützter auf. Seine Grundhaltung gegenüber den Adressaten wird hierbei dadurch bestimmt, dass sie sich auch in jene kollektive Ansicht, an der er sich passiv beteiligt, fügen sollen, aus welchen Akzeptanzgründen auch immer.

Das Besondere am autoritativen Geltungsanspruchsmodus in der Verkleidung der Deskription besteht nämlich darin, dass sich die normative Einstellung des Beobachters grundsätzlich durch die normative Ansicht von anderen bestimmen lässt. Die Legitimationsfrage der sozialen Regelungen lässt sich auf diese Weise in den Augen des unkritischen Beobachters tatsächlich tilgen, indem er die normativen Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt bloß als eine konventionelle Regel, also als eine Art des normativen Faktums schildert,

also als etwas, was ihm vom Äußeren her als Unbewegliches gegeben ist und ihn seine Denkbemühung ersparen lässt.

9.1 Deskription als Rechtfertigungsstrategie und Konzeption des Befehls als absolute Regelung

Der spezifisch rechtfertigende Akt des Beobachters, beim autoritativen Geltungsanspruch einer Regelung keine praktischen Gründe angeben zu wollen, außer die Adressaten auf die quasi als Faktum existierende kollektive Akzeptanz hinzuweisen, impliziert, dass er danach trachtet, die scheinbar reine Deskription im inneren Horizont seiner Gemeinschaft als solche als eine Art der Rechtfertigung gelten zu lassen.

Anhand der folgenden Beispiele lässt sich diese subtile, heimliche Rechtfertigungsstrategie des unkritischen Beobachters erklären: Zunächst mag der unkritische Beobachter etwa die konventionelle Ansicht anderer, dass sexuelle Liebe bzw. Ehe nur zwischen Mann und Frau zustande kommt, aus bloßer Vertrautheit mit seiner Lebensumgebung als seine eigene akzeptiert haben. Zugleich akzeptiert dabei die kollektive Ansicht, dass Liebe und Ehe von Homosexuellen als etwas Krankhaftes bzw. als gegen die menschliche Natur zu verbieten sei. In diesem konventionellen Gedankengang mag er allerdings über menschliche Natur bzw. Krankhaftigkeit, also über die Grundelemente jener konventionellen Regelung, keine seriöse Skepsis entwickelt haben⁷¹. In einer derartig passiven Mentalkonfiguration gebraucht er tatsächlich das in seinem hermeneutischen Spielraum gewährte reflexi-

⁷¹ Zwar dürfte die Quelle dieser Überzeugung eine religiöse, institutionalisierte Autorität sein, wie etwa die Bibel. Parallel kann sie aber die Abneigung des Einzelnen gegen Homosexuelle als solche sein, die vom Umfeld des Einzelnen unabhängig ist. Nach Austins Terminologie gehört die Abneigung zu dem, was sich als praktischer Sinn nicht mehr erforschen lässt.

ve Denkvermögen nicht, indem er fast mechanisch der Ansicht seiner geistigen Lebensumgebung folgt. Dabei beruft er sich auf das Kollektiv in Anonymität als die letzte normative Instanz.

Im zweiten Fall akzeptiert er die inhaltlich gleiche Ansicht, aber aus anderem Grund als im ersten Fall, nämlich weil das Heilige Buch, die Sammlung von Geboten Gottes, jene Form der Liebe und Ehe nicht erlaubt. Hierbei beruft er sich nicht auf das Kollektiv, sondern auf das einzige übernatürliche Wesen, also Gott und die Bibel, als letzte normative Instanz. Es handelt sich hier um die Konzeption des Befehls, der absoluten Regelung, welche von irgendeiner inneren Perspektive aus verstanden wird und sich von der Konzeption der gewöhnlichen Regelung unterscheiden lässt.

In der Konzeption des reinen Befehls bzw. absoluten Regelung findet sich darüber hinaus die reine Konzeption der Autorität. Also, der Begriff des Befehls bzw. absoluten Regelung setzt in sich den Begriff der Autorität des Befehlsgebers voraus, die in der Regel als die letzte normative Instanz ein einziges Überwesen hat. Aber dies muss nicht immer der Fall sein. Wie bisher argumentiert, dürfte das Kollektiv in Anonymität in der inneren Perspektive einer Gemeinschaft auch als letzte normative Instanz angesehen werden. In diesen beiden Zuständen könnte der Geltungsanspruchsmodus der gewöhnlichen oder absoluten Regelung, dass Ehe und sexuelle Liebe nur zwischen den anderen Geschlechtern zu erlauben seien, für den kritisch Denkenden, ebenso wie er die Autorität der kollektiven Ansicht bzw. der Heiligen Schrift in Frage stellt, autoritativen Charakter annehmen.

Nun ist das Wesen der Deskription als Rechtfertigung in zwei Bildern der letzten Normativitäten, also im Bild der gewöhnli-

chen Regelung und im Bild des Befehls bzw. absoluten Regelung, einheitlich zu sehen. In diesen zwei Rahmen der letzten Autorität versucht ein positiver Normberufender zwar, quasi das rein zu beschreiben, was sich in diesem Buch bzw. in jenem Kollektiv als normative Ansicht niedergeschlagen hat. Aber diese Beschreibung ist tatsächlich nichts anderes als eine besondere Art der Geltendmachung einer normativen Behauptung, dass die von ihm beschriebene Ansicht von seinen Adressaten auch zu befolgen ist. Aber die letztendliche Quelle solcher Autorität, also die Autorität eines einzigen Wesens bzw. des Kollektivs an sich steht außerhalb der Fragestellung: Auf die grundlegendste Frage, warum soll das Heilige Buch bzw. die kollektive Ansicht von allen befolgt wird, will er keine Antwort geben. Der an sich sehr problematische Glaube, dass es irgendeine letztendliche Autorität für menschliches praktisches Denken geben soll, die sich selbst gegen die Fragestellung immunisieren lässt, sei es ein heiliger Text oder irgendeine unsichtbare Form der kollektiven Ansicht, bildet das Gerüst, in dem die Idee der Deskription als Rechtfertigung lebt.

Im Ergebnis wird die Deskription der normativen Gegebenheiten im Rahmen der letztendlichen Autoritäten für den unkritischen Beobachter seiner eigenen Lebenswelt grundsätzlich zum allerwichtigsten Mittel der Rechtfertigung seiner Ansicht. In diesem Fall läuft seine deskriptive Aussage tatsächlich darauf hinaus, dass die beschriebene Ansicht, sei es die Beschreibung des Inhalts des heiligen Textes oder der kollektiven Ansicht, etwas darstellt, was von anderen Adressaten zu befolgen ist. Alle anderen Rechtfertigungswege lassen sich bei diesem Zusammenschluss von Deskription und Rechtfertigung tatsächlich ausschließen. Es bleibt daher im konventionellen Denken grundsätzlich nur der autoritative Geltungsanspruchsmodus in der Verkleidung der Deskription übrig.

Dass es nicht der heilige Text bzw. die kollektive Ansicht, sondern gerade der unkritische, willkürliche Akzeptanzmodus des Beobachters selbst ist, der diesen fragwürdigen Zusammenschluss ermöglicht, ändert daran nichts.

9.2 Reduzierung der Positivismusdoktrin

Damit scheint sich die Tragweite der Doktrin des Positivismus, die Trennung von Sein und Sollen, erheblich reduzieren zu lassen. Denn die von der sanften Version des Positivismus vertretene These, dass eine reine wertneutrale Beschreibung des bloßen (normativen) Seins in einer Gegenstandswelt möglich sei, also diejenige, die in einer bestimmten Form der deskriptiven Aussage besteht, dass es in einer Gegenstandswelt eine normative Gegebenheit gibt und sich für die Agenzien in jener Welt als eine gewöhnliche Regel darstellt, ergibt in Bezug auf die Beobachtung der eigenen Lebenswelt des Beobachters nur dann einen Sinn, wenn er sich durch Selbstisolierung – also weder willkürlich oder kritisch akzeptierend noch kritisierend ablehnend – quasi außerhalb seiner eigenen Lebenswelt befindet.

Wenn aber ein Positivist, der aus einer solchen heiklen Lage herauszukommen versucht, durch den willkürlichen Akzeptanzmodus eine normative Gegebenheit akzeptiert und sich dadurch in den autoritativen Geltungsanspruchsmodus versenkt, der insbesondere in der versteckten Form der Beschreibung besteht, fällt die Trennung von Sein und Sollen zusammen, umgekehrt vereinigen sie sich gerade dadurch miteinander, wie oben gesehen. Seine Schilderung des normativen Seins in irgendeinem akzeptierten autoritativen Schema, etwa das positive Recht oder die positiven Moralitäten, läuft auf eine Rechtfertigungsstrategie hinaus, die in sich auf irgendwelche Autoritätskonzeptionen angewiesen ist.

Jedoch liegt die häufig vergessene Wahrheit im Folgenden: Obwohl die Quelle solcher Autoritäten irgendwo außerhalb des Beobachters liegen mag, ergibt sich sein Geltungsanspruchsmodus nicht aus solchen äußeren Quellen, sondern aus der passiven Haltung des unkritischen Beobachters selbst, der sie als seinen eigenen Maßstab akzeptiert hat. Der autoritative Geltungsanspruchsmodus ergibt sich nämlich nicht aus der Quelle, sondern erst aus der Denknachlässigkeit bzw. Gedankenlosigkeit des Beobachters selbst.

9.3 Die Beschreibung normativer Gegebenheiten unter systeminternem Gesichtspunkt

Jetzt liegen zwei Bilder des sanften Positivismus vor, die in Bezug auf die Beobachtung der Lebenswelt des Beobachters betrachtet werden sollen. Im ersten Bild schildert der positivistische Beobachter die normativen Gegebenheiten quasi rein wertneutral, als hätte er sie von dem äußeren Standpunkt seiner eigenen Lebenswelt betrachtet, indem er sie weder akzeptiert noch ablehnt.

Dabei kam dieser hypothetische äußere Standpunkt des Beobachters durch die Selbstentfremdung zustande. Im zweiten Bild führt er die Beschreibung dagegen nur im scheinbaren Rahmen irgendeiner Wertneutralität aus. Aber seine Beschreibung war tatsächlich nichts anderes als eine verdeckte (autoritative) Rechtfertigung im Rahmen irgendeiner Autorität. Diese spezifische Art der Rechtfertigung brachte durch den willkürlichen Akzeptanzmodus des Beobachters den besonderen autoritativen Geltungsanspruchsmodus mit sich. Diese beiden Bilder des sanften Positivismus müssen grundsätzlich auseinandergehalten werden, soweit es bei dem Positivismus im Wesentlichen auf die geistige Einstellung des Beobachters zu seinen Gegenständen ankommt.

Allerdings gibt es einen merkwürdig besonderen Fall der Beobachtung bzw. Beschreibung des Positivismus, der zwischen jenen Bildern schwankt. Die Version der wertneutralen Deskription gehört weder ausschließlich zum ersten noch zum zweiten Bild, sondern trägt ihre Grundzüge in sich. Insofern bildet sie eine Art der Singularität der sanften Version des Positivismus. Dies ist der Fall, wenn der Beobachter sich selbst vorgibt, er befinde sich in irgendeinem System. Er stellt sich zunächst vor, dass irgendwelche normativen Gegebenheiten in irgendeinem System liegen und versucht daraufhin, sie von einem solchen systematischen Standpunkt aus wertneutral zu beschreiben. Insofern kann eine solche Beschreibungsart als systemintern charakterisiert werden. Obwohl die systeminterne Beschreibung keinen allgemeinen, sondern nur einen besonderen Fall des Positivismus darstellt, muss die Aufmerksamkeit auf sie gerichtet bleiben, da sie für die Erläuterung der Grundzüge des kontinental-europäischen Rechtsdenkens sehr wichtig und grundlegend ist.

Um ein solches systematisches Schema initiieren zu können, müssen zwei Bedingungen erfüllt werden: Vor allem muss der Beobachter – wie im ersten Bild – zunächst in seiner eigenen Lebenswelt den hypothetischen Standpunkt des äußeren Beobachters annehmen, auf dem er quasi die Haltung vorgibt, an normativen Gegebenheiten gar kein praktisches Interesse bzw. Anteil zu haben. Dann muss er vom äußeren Standpunkt aus – wie im zweiten Bild – eine grundlegende Autorität akzeptieren, durch die das ganze System selbst generiert wird. Als Folge der Verinnerlichung des systemimmanenten Gesichtspunkts kommt am Ende der Effekt einer spezifischen Grundhaltung der positivistischen Beobachtung zustande, mittels der er irgendwelche normativen Gegebenheiten quasi wertneutral beschreibt, indem er

von irgendeiner inneren Perspektive des Systems selbst beherrscht wird.

Das Zusammenfügen von zwei Grundelementen des sanften Positivismus in der systeminternen Beschreibungsart – also einerseits die Selbstentfremdung des Beobachters, andererseits die Grundannahme der rahmenbereitenden Autorität – charakterisiert die Besonderheit dieser besonderen Art des Positivismus, die von nun an „systeminterner Positivismus“ (oder „systeminterne Beschreibung“) genannt wird. Übrigens lässt sich dem systeminternen Positivismus noch ein wichtiges Element hinzufügen: der fragwürdige Zusammenschluss von Deskription und Rechtfertigung, der aus der Idee der Systemautonomie abgeleitet wird.

9.4 Die systeminterne Beschreibung des Schachspiels

Der Ansatz der systeminternen Beschreibung kann an den folgenden Beispielen verdeutlicht werden. Zwar gibt es viele soziale Praxen ganz verschiedener Art, denen das Prädikat des Systems zugeschrieben werden kann. Als ein anschauliches, einfaches Beispiel aber kommt die Beschreibung des Schachspiels in Betracht – sofern das Schachspiel als ein geschlossenes System bzw. Regelwerk angesehen werden kann.

Angenommen, zwei Personen sehen am gleichen Ort einem Schachspiel zu, das zwischen A und B ausgeführt wird und welches die eine Person der anderen beschreiben will. Hier stellt sich die Frage, wie die Beschreibung ausfallen würde, wenn diese Person Schach nicht erlernt oder sogar noch nie ein Schachspiel gesehen hätte und ob sie mit Vorkenntnissen genau dieselbe wäre. Die sich ergebende zweite Frage, in welcher inneren Beziehung sich die Zuschauer und die

Spieler A und B befunden haben, damit solche Beschreibung überhaupt sinnvoll erscheint, hat mit der ersten scheinbar nichts zu tun. Vor der Beschreibung müsste es zwischen den Zuschauern und den Spielern eine innere Perspektive gegeben haben, durch die sich der Charakter des Schachspiels und dessen Beschreibung vorbestimmen lässt. Nur wenn die Zuschauer und die Spieler schon in der Lage sind, durch die innere Perspektive bezüglich des Schachspiels selbst dessen normative Gegebenheiten gemeinsam qualifizierend zu betrachten, kann eine sinnvolle Beschreibung initiiert werden.

Darüber hinaus impliziert dies im Allgemeinen, dass nur von der bereits zwischen den Beobachtern und den Agenzien in der Gegenstandswelt etablierten inneren Perspektive irgendeines Systems aus kann ein Beobachter versuchen, einem anderen gleichrangigen Beobachter über die normativen Gegebenheiten in der Gegenstandswelt – sei es das Schachspiel oder andere ähnliche Dinge – eine sinnvolle und gültige Beschreibung zu geben. Zunächst wird der Eindruck erweckt, beide Zuschauer hätten sich schon in der inneren Perspektive befunden, durch die das System des Schachspiels zustande kam. Dieses Gemeinsamkeitsgefühl bestimmt den Grundzug der systeminternen Beschreibung. Eine sehr heikle Frage ist, was darunter zu verstehen wäre, wenn es zwischen dem Beschreibenden und den Adressaten oder den Schachspielern schon eine gemeinsame innere Perspektive gegeben hätte. Sie würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und kann deshalb nicht weiter verfolgt werden.

9.5 Der Begriff als Regelwerk innerhalb eines Systembildes

Das Systembild bestimmt also sowohl die Begrifflichkeit einer Praxis wie auch ihre sachliche Grenze selbst. Ein Andersdenken würde den Zusammenbruch einer ganzen Praxis mit sich bringen. Der Mensch neigt leicht dazu, zu denken, dass sich ein bestimmter Inbegriff von Grundregeln wie beim Schachspiel in Wirklichkeit als selbständiger Zweck darstellt. Der Zweck des Schachspiels, nämlich das Abfangen des feindlichen Königs, wird auf diese Weise von den Regeln des Schachspiels selbst bestimmt. Dabei werden der Begriff und der Zweck vom System der darunter liegenden Regeln fast autonom so vorbestimmt, dass alle daraus folgenden normativen Gegebenheiten grundsätzlich durch die grammatischen Verhältnisse zwischen den Regeln und dem Zweck bestimmt werden. Es muss also einen künstlichen leeren Raum geben, durch den solche Regeln rein begrifflich, d.h. rein wertneutral, in ein System integriert werden können, indem sie als solche gegen jedes kritische Denken immunisiert werden.

Dieser Leerraum ist ein hypothetisch angelegter Raum, in dem solche Regeln miteinander koordiniert ein abgeschlossenes normatives System generieren können. Sie lassen sich in diesem Sinne als generative Regel bezeichnen. Von der Begrifflichkeit solcher generativen Regeln war oben schon kurz die Rede, aber hier soll diese Begrifflichkeit noch präziser bestimmt werden. Die generativen Regeln haben grundsätzlich mit der formalen Vorbereitung eines geistigen Ortes zu tun, an dem sich das normative Denken, das in der Form reflexiver Regeln besteht, fortbilden lässt.

Im Konzept des Schachspiels, also in einer besonderen Art des normativen und intellektuellen Systems, klingt schon eine andere Art der Regel an, die am entgegengesetzten Pol der generativen Regel steht. Deswegen soll nun die andere Art der Regelung bestimmt und das innere Verhältnis

zwischen diesen Regelarten anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden. C und D sind erfahrene Schachspieler, die sich das Spiel von A und B im Publikum zusammen ansehen, wobei sich das folgende hypothetische Gespräch ergibt. C: Spieler A hätte in der letzten Reihe nicht seinen Turm bewegen sollen, das ganze Spiel wäre für ihn günstiger verlaufen, wenn er mit seiner Dame den Bauern des B von der linken Flanke genommen hätte. (D): Meiner Meinung nach müsste A vor allem seinen Läufer in das Zentrum vorrücken lassen, um die günstige aggressive Initiative gegen B weiter halten zu können. Das wäre in jener Phase die passende Strategie für ihn. Diese von C und D vorgeschlagenen Strategien stellen insofern nicht bloß ein subjektives Geschmacksurteil ohne Geltungsanspruch für andere, sondern eine Art der Regel des Schachspiels dar, als sie einen bestimmten normativen Geltungsanspruch für die Welt haben.

Im Gegensatz zur generativen Regel muss bei der reflexiven Regel stets ein Grund angegeben werden, der beim Vorschlagenden sorgfältige Überlegung erfordert. Allerdings nehmen reflexive Regeln in der Spielpraxis einen ganz anderen Status ein als die oben erwähnten generativen Regeln, obwohl sie anhand derer im spielerischen reflexiven Denken erst auszudenken sind. Der Unterschied liegt ohne Zweifel gerade in der An- bzw. Abwesenheit einer Immunisierung gegen kritisches Denken aller Art. Überdies ist zu beachten, dass das Potenzial zur Produktion solcher reflexiven Regelungen je nach Erfahrungen und geistiger Kompetenz des Einzelnen ganz unterschiedlich sein können. Trotz des individuellen Unterschieds verändert sich aber ein Punkt nicht, nämlich dass die an einer Praxis reflexiv teilnehmenden Regeln grundsätzlich nach eigenen Situationsurteilen flexibel produziert werden. Auch wenn die konkreten Situationen der

jeweiligen Spiele als gleich oder sehr ähnlich aussehen, dürfte ein kleiner Unterschied ein ganz anderes Urteil bei ein und demselben Denker veranlassen. In diesem Sinne sind solche Regeln ebenfalls in eine Art der reflexiven Regeln einzuordnen, wobei diese aber nicht im autoritativen, sondern im diskursiven Anspruchsmodus gegenseitig geltend gemacht werden.⁷²

9.6 Die Muttersprache als ursprüngliche Form des systeminternen Gesichtspunkts

Wie oben bereits dargestellt, erweckt die allgemeine Beschreibung generativer Regeln des Schachspiels die Konzeption der wertneutralen Deskription aus dem systeminternen Gesichtspunkt in seiner Einfachheit. Das legt auch die umgekehrte Vermutung nahe, dass die Beschreibung der reflexiven Regeln des Schachspiels die der wertbezogenen Beschreibung erweckt, welche nur von denjenigen, die aus ihren eigenen Spielerfahrungen ihre eigene innere Perspektive aktivieren, verstanden werden kann. Der oben geschilderte Fall erfordert etwa die Beschreibung der reflexiven Regel des C, A hätte mit seiner Dame den Bauern des B in der linken Flanke nehmen müssen, oder die Ansicht des D, A hätte vor allem seinen Läufer in das Zentrum rücken müssen, von den Adressaten schon die ihrerseits wertbezogene innere Perspektive des erfahrenen Teilnehmers selbst, damit sie als Beschreibung überhaupt fungieren kann.

Durch das begriffliche Paar zweier verschiedener Regelarten scheinen viele soziale Praxen in unserer Lebenswelt präzisere Bestimmungen bzw. Erklärungen zu finden. Einige können

⁷² Dennoch ändert sich nichts daran, dass der Geltungsanspruchsmodus der reflexiven Regeln einen diskursiven Charakter hat.

als Kombination solcher generativen und reflexiven Regeln erklärt werden, etwa der Klavierspiel durch einen Pianisten oder das Kochen eines bestimmten Gerichts durch einen Küchenchef. Die beiden praktizierenden Menschen haben die Grundkenntnisse in ihren eigenen Bereichen. Also, sie wissen, wie sich etwa die Noten durch den Druck einer Taste des Instruments in Töne umsetzen lassen bzw. wie die verwendeten Zutaten in Kombination schmecken. Solche Grundkenntnisse stellen innerhalb ihrer eigenen inneren Perspektive eine Art generative Regel dar, sofern sie Voraussetzung für die Ausführung einer bestimmten Praxis sind. Daraus lassen sich wiederum solche reflexiven Regeln herstellen, die sowohl von den Spielern als auch vom Publikum die Aktivierung eines höheren Niveaus der inneren Perspektive erfordern und durch die Situationsangemessenheit unter dem gesamten Zweck zu prüfen sind.

Die im Alltag beobachteten verschiedenen menschlichen Praxen werden durch das Begriffspaar der generativen und reflexiven Regeln analysiert, indem die sich auf solche Regelarten beziehenden inneren Perspektiven unterschieden werden.⁷³

9.6.1 Die Sprachpraxis als generative Regeln und ihr äußerer Zweck

Die hier geschilderten generativen Regeln in verschiedenen Bereichen betreffen gerade die Art und Weise, wie die Menschen mit ihrer Gegenstandswelt umgehen und das soziale Leben zusammen mit ihren Zeitgenossen führen. In diesem Sinne bilden sie die Grundkategorien sozialer Lebensformen.

⁷³ Allgemein ist anzunehmen, dass das Handlungsmotiv im Schachspiel nur das Abfangen des feindlichen Königs ist, was lediglich systemintern bestimmt wird.

Sie wurzeln so tief im menschlichen Denken und Handeln, dass ihr Regelcharakter den Praktizierenden im Alltag relativ selten bewusst ist.⁷⁴ Als wichtigste generative Regel im Alltag kommt zweifellos die Sprachpraxis in Betracht, denn sie wird von Geburt an bis zum Tod gelebt, und diejenige, die als notwendiges Mittel zum gemeinsamen Handeln bzw. der Selbstrepräsentation anderen gegenüber unerlässlich ist.

Unter dem äußeren Zweck des kommunikativen Handelns im allgemeinen Sinne, d.h. des gemeinsamen Handelns und der Selbstrepräsentation, zeigen sich die generativen Regeln der Muttersprache als diejenigen, die in erster Linie aus den doppelten Referenzbeziehungen bestehen. Dabei handelt es sich einerseits um diejenigen zwischen den sprachlichen Zeichen und den einzelnen Gegenständen einer physikalischen Welt, und andererseits um diejenigen zwischen den sprachlichen Zeichen und den eigenen spezifischen Aussprachen. Diese beiden Beziehungen stellen für die Menschen innerhalb des Sprachraums eine Art der absoluten Gewissheitserfahrung dar. Die nackte, banale Form des Sollens, welche die anderen Arten der generativen Regeln für die Konzeption von Normativitäten selbst zu entleihen scheint, ergibt sich aus solchen generativen Regeln der Sprachpraxis. So ist es als Mensch schwierig zu verstehen, ob und wie die Delfine, die zu hochintelligenten Lebewesen auf dem Globus zählen, ihre Normativitäten konstituieren. Denn der Mensch ist im Allgemeinen nicht in der Lage, die Sprache der Delfine aus ihrer eigenen inneren Perspektive zu verstehen. Er hat dabei anscheinend zwei Arten der inneren Perspektive der Sprachpraxis vor Augen: die eine, durch die sich erst das Bewusstsein an der Gegenstandswelt selbst konstituieren lässt, und die andere, durch die der Mensch überhaupt erst

⁷⁴ Allerdings mit dem Ausnahmefall, dass sie, wie beim Schachspiel, durch bloße Konvention rein kognitiv konstituiert werden.

wollen kann, gemeinsames Tun zu initiieren bzw. das eigene Innere den anderen zu beschreiben.

9.6.2 Der Akzeptanz- bzw. Geltungsanspruchsmodus generativer Regeln

Vor diesem Hintergrund soll nun geklärt werden, welchen Akzeptanz- und Geltungsanspruchsmodus generative Regeln haben sowie ob und wie sie sich in den oben dargestellten Aspekten von gewöhnlichen bzw. reflexiven Regeln unterscheiden. Betrachtet wurden bereits der willkürliche Akzeptanz- und autoritative Geltungsanspruchsmodus der normativen Gegebenheiten, die als gewöhnliche Regeln bezeichnet werden.

Sofern die generativen Regeln, die von irgendeinem system-internen Gesichtspunkt aus beobachtet werden, mit den gewöhnlichen Regeln in Bezug auf die innere Perspektive eine starke Ähnlichkeit haben, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass auch sie in Bezug auf den Akzeptanz- bzw. den Geltungsanspruchsmodus mit gewöhnlichen Regeln eine Ähnlichkeit zeigen. Vor allem haben die generativen Regeln in Bezug auf den Geltungsanspruchsmodus genauso wie die gewöhnlichen Regeln einen autoritativen Charakter: Etwa die Behauptung einer generativen Regel des Schachspiels, dass der König in einer Reihe in alle Richtungen nur einen Schritt ziehen kann, erscheint für diejenigen, die das Systembild des Schachspiels als Ganzes noch nicht gekannt und akzeptiert haben, als bloße autoritative Regel. Denn denjenigen, die nach dem Grund dieser Regel fragen, kann derjenige, der dies behauptet, keine andere Antwort geben als die, dass es nach der Regel im Schachspiel bezüglich des Zuges des Königs nun einmal so ist. Dabei ist seine Begründung nichts

anderes als die wertneutrale Beschreibung des Systems, wie schon erwähnt wurde.

Insofern ähneln die generativen Regeln den gewöhnlichen Regeln. Aber in Bezug auf deren Akzeptanzmodus fällt eine Merkwürdigkeit auf. Im Gegensatz zu gewöhnlichen Regeln, die durch die willkürliche, unkritische Haltung des Beobachters gegenüber den normativen Gegebenheiten seiner Lebenswelt bestimmt wurden, gibt es in diesem Fall, also beim Beobachter in einem Systembild, keinen Spielraum für die Freiheit, in dem er sich selbst als ein kritischer Beobachter vorstellen kann. Er kann sich selbst nicht als denjenige Beobachter vorstellen, der sich durch seine Reflexion entscheiden kann, die in seine hermeneutische Perspektive eingetretenen normativen Gegebenheiten seiner Lebenswelt als seinen eigenen Maßstab für die Handlung zu akzeptieren oder abzulehnen.

9.6.3 Die Freiheit und Absurdität generativer Regeln

Da dem Beobachter dieser freiheitliche Spielraum fehlt, erscheinen ihm die generativen Regeln in Systembildern vielmehr als Anknüpfungspunkte, durch die er an seine Lebenswelt emotional oder kognitiv, oder emotional-kognitiv direkt angeschlossen ist. Die Tonregeln der Klaviertastatur, die Geschmacksregeln der Zutaten beim Kochen, die Zugregeln des Schachspiels und das Wichtigste, die Referenzregeln der natürlichen Sprachen gehören zu der Reihe von Grundbedingungen des Lebens. Kann kein kritisches Denken innerhalb dieser Systembilder der Regeln initiiert werden, können sie nur akzeptiert werden. Können solche Systembilder als Ganzes aus einer äußeren Perspektive betrachtet werden, bleibt nichts anderes übrig, als die Systeme zu akzeptieren.

Vor diesem Hintergrund muss es fast sinnlos erscheinen, den Akzeptanzmodus solcher Regeln als willkürlich bzw. unkritisch zu bezeichnen. Denn es fehlt dabei am Hintergrund, durch den die Begriffe von willkürlich bzw. unkritisch einen Sinn ergeben. Wer könnte überhaupt demjenigen, der Schach spielt, den Vorwurf machen, dass er die Schachregeln unkritisch, mechanisch bzw. blind akzeptiert? Vor dieser Absurdität ist zuzugeben, dass hier Zufall und Notwendigkeit in einer Entität vereinigt sind. Die generativen Regeln sind also diejenigen normativen Gegebenheiten, die durch Systembilder den Zufall und die Notwendigkeit in sich einschließen, d.h. sie sind ohne Freiheitsbegriff als absolute Lebensbedingungen unbedingt vorauszusetzen, damit die Menschen zu ihrer Lebenswelt und ihren Mitmenschen Beziehungen bilden können.

9.6.4 Die Überschneidung von Zufall und Notwendigkeit

Dieser – im Grunde janusköpfige – Charakter der generativen Regeln im Systembild zeigt sich unter dem Gesichtspunkt des Zufalls als Tatsache, unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit dagegen als Norm. Dass der Ton C immer wie ein C klingt, eine Zitrone immer sauer schmeckt, der Zug des Königs im Schachspiel immer nur ein Feld beträgt oder auf bestimmte Weise akustisch aufeinanderfolgende Laute immer ein Wort ergeben, stellt Tatsachen dar, welche die Menschen mit ihrer eigenen Lebenswelt verbinden.

Es ist hierbei noch mal daran zu erinnern, dass, obwohl eine Neigung besteht, sie wegen ihrer vordergründigen Tatsächlichkeit bloß als Tatsache zu behandeln, ihre eigene Bedeutung als normative Gegebenheit nicht verschwindet. Ohne

ihren normativen Charakter, ohne gegenseitig und stillschweigend durchgeführte Geltungsansprüche können die Menschen ihre eigenen Tätigkeiten nicht auf irgendeinem sozialen Niveau kollektiv organisieren bzw. umsetzen. Bei Entwürfen und der Verwirklichung eines gemeinsamen Handelns bzw. Unternehmens – dazu gehören freilich nicht nur die oben erwähnten Alltäglichkeiten wie ein Spiel und das Anhören eines musikalischen Stücks, die Vorbereitung eines Abendessens, ein Schachspiel unter Freunden und die alltägliche Kommunikation als solche, sondern auch relativ große Unternehmungen wie Bauarbeiten oder Kriegsführung – sollen solche Tatsachen zugleich als generative Regeln unter den Handelnden als absolute Gewissheit in ihrer inneren Perspektive gegenseitig erscheinen.

9.6.5 Die generativen Regeln und die Zwischenmenschlichkeit innerer Perspektiven

Dieses den generativen Regeln innewohnende merkwürdige Innewohnen von Zufall und Notwendigkeit bzw. Tatsachen und Regeln lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Perspektiventheorie nur als zwischenmenschlich charakterisieren. Die inneren Perspektiven, auf die sich generative Regeln beziehen, lassen sich keineswegs als solipsistisch – also als nur einem Subjekt exklusiv zugänglich – bestimmen, sondern immer als kollektiv, d.h. als den allgemein Handelnden in einer entsprechenden Lebenswelt pauschal zugänglich. Solche zwischenmenschlich schon vorhandenen oder manifestierten inneren Perspektiven bestimmen die Formen des Denkens so tiefgehend, dass die Menschen dabei von einem Gefühl beherrscht werden, als befänden sie sich dabei an den Grenzen der Lebenswelt. Die Natursprachen erzeugen also in diesem Sinne als die Mutter aller generativen Regelpraxen stets den in einer Lebenswelt zwischenmenschlich

Handelnden eine bestimmte Gewissheitserfahrung, indem sie die Handelnden stets zu irgendeiner zwischenmenschlich manifestierten inneren Perspektive des Kollektivs führt. In der Tat handelt es sich beim Geschehen dieser inneren Perspektive des Kollektivs durch die Natursprachen um eine Grundkonzeption einer Öffentlichkeit, in die der Mensch als gemeinschaftliches Wesen geistig hineingeboren ist, und die seine Lebenswelt von Grund auf prägt.

Zusammenfassend sei nur an die Geschichte vom Turmbau zu Babel erinnert, in der der Aufbau des größten Turms der Weltgeschichte plötzlich am Zorn der Götter scheiterte. Als die innere Perspektive zusammenbrach, durch welche die verschiedenen Natursprachen miteinander verbunden waren, wurden die Menschen auf das atomische, solipsistische und stumme Lebewesen zurückgedrängt. Freilich verschwand damit auch die Möglichkeit, durch Vokabularien normativer Art, wie sollen, müssen, dürfen usw., die verschiedenen menschlichen Tätigkeiten nach bestimmten Zwecken kollektiv aufzurichten bzw. in Frieden zu koordinieren.

9.7 Die Idee der manifestierten Öffentlichkeit

Durch die Betrachtung der generativen Sprachpraxis ergibt sich eine Konzeption der Öffentlichkeit elementarster Art, die sich im Voraus als Gewissheitserfahrung manifestiert und das alltägliche Handeln beherrscht. Die manifestierte Öffentlichkeit zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die strenge Trennung von Normativem und Dekriptivem nicht möglich, d.h. ein äußerer Standpunkt schlechthin nicht vorstellbar ist. Überdies darf diese Öffentlichkeit weder bloß als Postulat noch als Tatsache bezeichnet werden, genauso wie Zeit und Raum weder als Postulat noch als Tatsache bestimmbar sind. Vielmehr ist die Sprachpraxis als der kollektiv-

tive Träger der Muttersprache dazu gezwungen, im Alltag die Öffentlichkeit ununterbrochen zu generieren, in der das Handeln mit den anderen koordiniert bzw. ein neues Unternehmen kollektiv oder gemeinsam begonnen werden kann. Durch die Besinnung auf eine solche Öffentlichkeit der ursprünglichen Art, die das kommunikative Tun voraussetzt, lässt sich feststellen, dass die Objektivitätserfahrungen, zu denen die Gewissheitserfahrung der generativen Sprachpraxis gehört, an sich als eine der zentralen Kategorien zu behandeln ist, in denen das Grundverständnis der normativen Formen des menschlichen kollektiven Lebens gesucht wird.

Für ein klares und artikuliertes Verständnis der normativen Seite kollektiven menschlichen Lebens ist es notwendig zu begreifen, welche Arten von Objektivitätserfahrungen bei der Beobachtung wirklich im Fokus stehen. Des Weiteren muss sich der Beobachter darüber bewusst sein, aus welchen Perspektiven sie hervorgegangen sind. Denn alle menschlichen Objektivitätserfahrungen bezüglich irgendwelcher normativer Gegebenheiten sind die geistigen Produkte, die sich in bestimmten Perspektiven bereits widergespiegelt haben.

10. Die Objektivitätserfahrung der praktischen Notwendigkeit und die Bildung der Prinzipien

Die Kategorie der Objektivitätserfahrung wurde hier als zentraler theoretischer Begriff ausgewählt, weil ein Beobachter das Wesen der normativen Gegebenheiten in seiner Lebenswelt auf diese Weise in klarer und artikulierter Erkenntnis begreifen kann. Das Konzept generativer Regeln in der Sprachpraxis, die den allgemeinen gewöhnlichen Regeln

ähneln, aber in wesentlichen Aspekten davon grundsätzlich zu unterscheiden sind, bildet dabei den Rahmen. Denn dort manifestiert sich eine Öffentlichkeit des Kollektivs und umgibt es wie Zeit und Raum in einer klaren und einfachen Form.

Oben wurde auch der wichtige Begriff des hermeneutischen Raums angesprochen, der grundsätzlich aus dem menschlichen Trieb der Sinnggebung seiner eigenen Lebenswelt hervorgeht. Um die heiklen Fragen, ob es zwischen der manifestierten Öffentlichkeit von generativen Sprachregeln und dem hermeneutischen Raum ein inneres Verhältnis gibt und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen, beantworten zu können, ist die Sprachpraxis noch einmal zu reflektieren. Ursprünglich waren die generativen Sprachregeln auf die Objektivsprache bezogen. Allerdings steht außer Zweifel, dass die innere Perspektive mit der Existenz und der Funktion des hermeneutischen Raums im Wesentlichen zusammenhängt.

Aber wie verhält es sich mit den Wörtern, die sich nicht bloß auf die Objektivsprache reduzieren, wie Liebe, Freundschaft, Ehre, Frieden, Gerechtigkeit, Solidarität, Lüge usw.? Ist es vorstellbar, dass es bestimmende äußere Sachverhalte bzw. festgestellte Sprachgebräuche gibt, durch die der Sinn von Wörtern wie Apfel oder Hammer quasi äußerlich einförmig festgelegt werden kann? Wie bereits oben ausgeführt, wäre es absurd, darauf zu bestehen, dass jemand, der seinen Nachbarn vor der Verfolgung durch einen Mörder schützt, indem er ihm nicht preisgibt, dass er seinen Nachbarn versteckt, gelogen hat. Die innere Reflexion des Sprachgebrauchs, hervorgegangen aus der Sinnggebung in der Lebenswelt, stellt also eine Art reflexive Regel dar, sofern die Bereitschaft vorliegt, die eigene Ansicht aufgrund der Objektivitätserfahrung bei den Gleichdenkenden und gegen die

Andersdenkenden durchzusetzen. Diese geistige Erfahrung der praktischen Objektivität in konkreten Kontexten ist insofern als gründlich zu bezeichnen, als sie den tiefsten Boden von Normativitäten des kollektiven Lebens berührt, sodass die Genese der Objektivitätserfahrung nicht mehr expliziert werden kann. Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass sich diese Art der geistigen Erfahrungen in konkreten Kontexten manifestiert.

Die oben gewonnene Erkenntnis, dass die Sprache wie das Schachspiel und andere Praxen unter dem Gesichtspunkt des Ganzen nicht nur aus generativen, sondern auch reflexiven Regeln besteht, die auf andere Ebenen der Objektivität hinweisen, birgt die parallele Erkenntnis der Notwendigkeit in sich, dass es in einer Praxis grundsätzlich zwei manifestierte innere Perspektiven gibt – die manifestierte innere Perspektive generativer Regeln und die innere Perspektive der reflexiven Regeln.

10.1 Normative Gegebenheiten und Empathie als Grundlage der Sinngebungsfähigkeit

Im Alltag ergeben sich stets ganz verschiedene Arten der Praxis, die sich durch die Kombination der generativen und reflexiven Regeln erklären lassen. Zu dieser dualen Regelpraxis, durch die der Handelnde den von ihm angestrebten Zweck erreichen kann, wurden oben bereits das Kochen und das Klavierspiel angeführt. Um das allgemeine Verhältnis der manifestierten inneren Perspektive von reflexiven Regeln in normativen Gegebenheiten zum hermeneutischen Raum zu verstehen, sei eine semantische Regel aus der Sprachpraxis angeführt.

Um den Sinn des Wortes Liebe erfassen zu können, ist es nicht hinreichend, sich in die Position des wertneutralen Beobachters hineinzusetzen und unter dem Gesichtspunkt der Objektsprache bloß die durch das Vokabular bezeichneten äußeren Sachverhalte bzw. die Art und Weise zu untersuchen, wie das Wort tatsächlich benutzt wird. Denn diese Methode gibt dem Menschen – selbstverständlich – nur Informationen über äußere Sachverhalte, in denen er lebt. Sofern die Methode nicht geistige Sachverhalte, die jenem Wort innewohnen, aus dem hermeneutischen Raum unter dem inneren Gesichtspunkt des Betreffenden reflektieren kann, gibt es keine Möglichkeit, den Sinn des Wortes im Ganzen zu verstehen. Durch die Methode der wertneutralen Deskription der das Vokabular umgebenden äußeren Sachverhalte gibt es keinen Platz mehr, in dem verschiedene geistige Erfahrungen von Liebe – etwa Wünsche, Glücksgefühle, Begierden – in ihrer eigenen berechtigten Gewichtung mitgerechnet werden können. Um den Wortsinn vollkommen begreifen zu können, müssen weniger äußere Sachverhalte beschrieben als eigene geistige Erfahrungen reflektiert werden, die innerhalb eines solchen hermeneutischen Raums mit anderen Menschen sinngemäß stattgefunden haben. Aus dem auf diese Weise hermeneutisch gewonnenen Sinn des Wortes Liebe wird z.B. der praktische Gedanke abgeleitet, dass auch die Ehe gleichgeschlechtlicher Menschen als moralisches und institutionelles Recht auf ihr Lebensglück zu erlauben ist. Diese Denkrichtung zeigt klar und eindeutig, wie dicht sich praktisches Denken mit der Sinngebungsfähigkeit bzw. mit dem hermeneutischen Raum verbinden lässt.

Die hier kurz geschilderten Umstände charakterisieren prägnant die Besonderheit der Regelpraxen bei normativen Gegebenheiten, dass sie – im Gegensatz zu andersartigen

Gegebenheiten, insbesondere den rein intellektuellen bzw. kulinaren – mit dem hermeneutischen Raum im wesentlichen Zusammenhang stehen. In einem weiteren Schritt wäre die Frage zu beantworten, woraus sich die Fähigkeit der Menschen zur Sinngebung in der eigenen Lebenswelt ergibt, die für das Verständnis normativer Gegebenheit eine so wichtige Rolle spielt.

Es gibt viele Faktoren, ohne die sie unvorstellbar wäre. Sicher erscheint, dass sie vor allem eher Empathie als Vernunft voraussetzt. Angenommen, ein hoch intelligenter Mann erweist sich beim Intelligenztest fast als ein Genie, besteht aber einen psychologischen Persönlichkeitstest nicht, bei dem er aus fünf Gesichtern (vier lachende und ein trauriges, düsteres) das eine, das sich von den anderen unterscheidet, zeigen soll. Es ist fraglich, ob dieser Mann den Sinn des Wortes Liebe überhaupt verstehen kann, so wie er den Beweis eines mathematischen Theorems schnell und vollkommen begreift. Derjenige, der durch Mangel an Empathie typisch nicht dazu fähig ist, sich emotional in die Lage anderer hineinzusetzen, ist auch nicht dazu fähig, sich selbst in seine eigene Lebenswelt, also in den hermeneutisch entwickelten geistigen Raum, hineinzusetzen. Wie kann dieser Mensch, der Trauer von Freude nicht unterscheiden kann, die elementare Grundlage von Normativitäten, nämlich die innere Perspektive des Zusammenlebens in einer Gemeinschaft, einnehmen? Vermutlich würde er die normative Gegebenheit Vokabular seiner Lebenswelt sehr anders, d.h. fast absurd, wie eine Objektsprache verstehen. So würde beispielsweise ein an ihn adressiertes normatives Vokabular, etwa „du sollst nicht“, „du verpflichtest dich dazu“, „es ziemt sich (nicht)“ usw., für ihn nur wie eine mechanische, rein wertneutrale und äußere Deskription bzw. Vorhersage dessen klingen, was ihm tatsächlich passieren würde, wenn er

der Aufforderung nicht Folge leistet.⁷⁵ Nach all diesem ist ersichtlich, dass die allgemeine menschliche Fähigkeit zur Sinnggebung, durch die der Mensch sich erst dem kollektiven Leben nicht mechanisch, sondern organisch einer Gemeinschaft anschließen kann, den Kern des menschlichen normativen Vermögens bildet. Dies führt zu der Erkenntnis, wie stark die Lebenswelt von zweischichtigen Regelpraxen in den verschiedenen Gegebenheitsbereichen abhängt.

Jene zwei Regelarten beruhen im Grund auf zwei Arten der sich manifestierenden inneren Perspektive, die ihrerseits zwei differente Typen von Beobachtern hervorrufen und beim Beobachter wiederum zwei Arten der Objektivitätserfahrung – also die fast automatisierenden, mechanischen Objektivitätserfahrungen einerseits und die praktischen, konkreten Objektivitätserfahrungen andererseits – erzeugen.

10.2 Die konkrete Notwendigkeit und rationales Kalkül

Aufgrund der Existenz reflexiver Regeln in der Sprachpraxis, wie bereits oben bei der Betrachtung der semantischen Regeln von Lüge und Liebe dargestellt, kann nunmehr das Wesen der Objektivitätserfahrungen, die dem reflexiven Beobachter in konkreten Lebenskontexten als praktische Notwendigkeit erscheinen, bestimmt werden. Dabei ergibt sich aus der äußeren Beobachtung desjenigen keine besondere Art der reflexiven Regel in der Sprachpraxis, der ohne hermeneutisches Wissen nur die Gebrauchsweise des Vokabulars beschreiben will. Ferner wurde oben festgestellt, dass der Sinn bzw. die konkrete Applikation solcher semantischen

⁷⁵ Anders gesehen ist er in der Tat der Einzige, der das Potenzial hat, durch seine eigene Muttersprache einen äußeren Standpunkt einzunehmen.

Regeln den reflexiven Gesichtspunkt des Interpreten voraussetzt, der in seiner Lebenswelt durch seine eigene Sinnggebung aktiv engagiert ist. Insofern wurden die semantischen Regeln des Wortes Liebe bzw. Lüge von rein objektsprachlichen Regeln bei Worten wie Hammer bzw. Tisch unterschieden.

Unter solchen reflexiven Regeln, die sich aus der inneren Perspektive des sinnggebenden Interpreten ergeben, gibt es einige Anwendungsfälle besonderer Art, in denen ihre geistige Kraft in den konkreten Situationen so stark ausstrahlt, dass ihre Anwendung dem Interpreten quasi als Notwendigkeit erscheint. Im Allgemeinen hegt er kaum Zweifel an der Anwendung, sondern ist vielmehr stark davon überzeugt. Diese Überzeugung kann als eine Art der Objektivitätserfahrung bezeichnet werden, ohne dem Kern des Begriffs der Objektivität zu schaden. Dazu wurde oben bereits ein Beispiel angeführt, bei dem es um die Ablehnung eines bestimmten Sprachgebrauchs des Wortes Lüge ging, wie er von Kant energisch behauptet worden war. Dieser Fall soll wegen interessanter Bezugspunkte im Folgenden mit dem oben erwähnten Fall des Schachspiels, bei dem es um reflexive Regeln auf dem Spielbrett ging, und dem Fall der Legitimität der Ehe von gleichgeschlechtlichen Partnern als allgemeines soziales Institut miteinander verglichen werden.

Zunächst ist zwischen dem Schachspiel und dem Lügenfall eine strukturelle Ähnlichkeit in Bezug auf die Objektivitätserfahrung erkennbar, obwohl die beiden Fälle voneinander ziemlich weit entfernt zu sein scheinen. Während sich die Regelpraxis im Schachspiel auf die rein intellektuelle Gegebenheit bezieht, ist diejenige der allgemeinen Sprache auf die normative Gegebenheit bezogen. Um den Denkprozess zu vereinfachen, wird hier angenommen, dass derjenige, der

im Schachspiel in einem konkreten Fall eine reflexive Regel – also einen Schachzug – vorschlägt, und derjenige, der die Anwendung der Lüge für absurd hält, tatsächlich dieselbe Person ist. Dabei werden seine inneren Überzeugungen, die aus seiner eigenen inneren Perspektive in jenem Fall auf dem Spielbrett in dem bestimmten Redekontext entstanden, so unmittelbar von den konkreten Kontexten beherrscht, an denen er sich als reflexiver Beobachter nahe befindet, dass sie ihm quasi als eine Art der Notwendigkeit erscheinen; d.h. ihm fallen keine anderen Möglichkeiten ein als diejenigen, mit denen er sich zusammen mit anderen reflexiven Beobachtern (oder im Fall der Lügen von anderen sinngebenden Interpreten) diskursiv auseinandergesetzt hat. Der sinngebende Interpret leitet dabei aus reflexiven Regeln Legitimitätsansichten ab. Je allgemeiner ihr Gegenstand, desto schwächer ist seine Überzeugung.

Bei der praktischen Betrachtung auf einem abstrakten, institutionellen Niveau im Allgemeinen, wie etwa im Beispiel zur gleichgeschlechtlichen Ehe, gibt es so viele gewichtige Faktoren, dass der menschliche Gedanke immer mehr dazu tendiert, vom Gewissheitsbereich der konkreten Anschauung abzuweichen. Der Dimension der schlichten praktischen Objektivität lässt sich der Bereich des rationalen Kalküls hinzufügen, der in der Regel in der Form der Politik in Erscheinung tritt. Politik hat als eine Art der reflexiven Regel auf dem allgemeinen, institutionellen Niveau in sich generell viele komplex zu berechnende Faktoren. Je breiter der Einwirkungsbereich der politischen Entscheidung wird, desto mehr wird das Spannungsverhältnis der darin enthaltenen Momente der Reflexivität beherrscht, und zwar einerseits vom Moment des konkreten Notwendigkeitsgefühls, andererseits vom Moment des rationalen Kalküls.

Vor diesem Hintergrund wird klar, warum solche sinngebenden Interpretationen im konkreten Kontext aus der inneren Perspektive quasi als eine einzige Möglichkeit die entstandene Überzeugung als eine Art der Objektivitätserfahrung bestimmen. Denn unter den bisher erwähnten verschiedenartigen Objektivitätserfahrungen, die aus verschiedenartigen Perspektiven von Menschen erzeugt worden sind, gibt es in Bezug auf ihren Gewissheitsgrad im Wesentlichen keine Differenz. Da der Mensch als eingeschränktes geistiges Wesen im Prinzip keineswegs in die innere Perspektive von anderen Menschen direkt hineingeht, bleibt nur ein einziger Weg, sich als ein Vertreter der Menschheit zu supponieren. Als ein Mitglied der Menschheit überzeugt er sich aus der sich manifestierenden äußeren Perspektive, dass ein physikalischer Gegenstand – etwa ein Wasserglas – vor ihm auf dem Tisch steht. Er kann dabei nicht mehr ergründen und angeben, woher diese Gewissheitserfahrung kommt. Das ist eine Objektivitätserfahrung, die aus der äußeren Perspektive kam. Dabei stellt das Sehen ein geistiges Medium dar, durch das dem Menschen diese Überzeugung gegeben wird. Er überzeugt sich aus der sich in ihm manifestierenden inneren Perspektive, dass es in seiner Lebenswelt, in der er mit anderen zusammenlebt, die normativen Gegebenheiten gibt, die sich von andersartigen Gegebenheiten unterscheiden und als Maßstab bzw. Muster für bestimmte Klassen menschlicher Handlungen allgemein fungieren. Anhand dieser Überzeugung unterscheidet der Mensch etwa die kollektive Gewohnheit, dass die Leute den Alten, den Schwachen usw. in öffentlichen Verkehrsmitteln den Sitzplatz überlassen, von derjenigen, dass sie im Allgemeinen nach dem Mittagessen Kaffee trinken.⁷⁶ Dabei kann der Mensch auch nicht

⁷⁶ Akzeptiert ein unkritischer Beobachter diese normativen Gegebenheiten und die daran anknüpfende innere Perspektive des Kollektivs nur passiv, also in dem geistigen Nachlassen, sie bloß zu

mehr ergründen und angeben, woher diese Gewissheitserfahrung kommt. Das ist in diesem Sinne eine andere Art der Objektivitätserfahrung, die aus der inneren Perspektive entsteht. Dabei stellt die hermeneutische Beobachtung ein geistiges Medium dar, durch das dem Menschen jene Überzeugung gegeben wird.

Der Interpret überzeugt sich aus der in ihm sich manifestierenden inneren Perspektive, dass derjenige, der seinen Nachbarn dem Mörder gegenüber nicht denunzierte, als dieser sich in seine Wohnung geschlichen hatte, auf keinen Fall gelogen hat. Die starre Anwendung der semantischen Regel bezüglich der Lüge an sich stört und schadet letztlich.⁷⁷ Wie bei den obigen Beispielen kann auch hier später nicht mehr ergründet und angegeben werden, woher diese Gewissheitserfahrung kommt.

Die dritte Art der Überzeugung, die hier als eine Art der Objektivitätserfahrung im konkreten Kontext bezeichnet wird, muss den sinngebenden Interpreten als einzige sich offenbarende Möglichkeit, d.h. als eine Notwendigkeit, erscheinen. Tatsächlich bestimmen alle drei Arten der sich aus den manifestierenden Perspektiven gegebenen Objektivitätserfahrungen das kollektive Leben in den verschiedenen Instanzen so gründlich, dass sie sich auf keinen Fall auf die anderen Instanzen als ihre eigene reduzieren bzw. zurückführen

akzeptieren, weil viele andere sie schon akzeptiert haben, können solche Gegebenheiten als gewöhnliche Regel bezeichnet werden. Im Fall des kritischen Beobachters, der die normativen Gegebenheiten aktiv als die eigenen annimmt, ist der Begriff der gewöhnlichen Regel jedoch nicht mehr passend. Die normativen Gegebenheiten sind hier der reflexiven Regel zuzuschreiben.

⁷⁷ Soll ihm wegen Verletzung des moralischen Gesetzes des Lügenverbots ein moralischer Vorwurf gemacht werden, wie Kant meinte, wäre dies nichts anderes als eine törichte Verabsolutierung des Naturgesetzgedankens im Bereich der praktischen Handlungen.

können, ohne dass ihr eigenes Wesen verloren geht. Wer will und wagt aber solche wesentlich unterschiedlichen – also die physikalischen, die rein hermeneutischen und die hermeneutisch-moralischen (oder praktischen) – Objektivitätserfahrungen dem Schatten einseitiger Objektivität zu unterwerfen? Der Positivismus: Er ist im Grund nichts anderes als eine Art des reduktionistischen Denkens im Bereich der Normwissenschaften, das auf das methodologische Ideal der Naturwissenschaften bzw. analytischer Sprachphilosophie angewiesen und ausgerichtet ist. Er versucht in der Tat, die im Bereich von Moralität und Recht gemeinsam befindliche Grundkategorie der Objektivität bzw. Objektivitätserfahrungen auszutreiben, indem er derartige normative Gegebenheiten in der Lebenswelt auf die Instanz von „hard or/and soft facts“ reduziert: Im nächsten Teil werden die kritischen Auseinandersetzungen mit den Ansätzen von H.L.A. Hart und John Austin ausführlich besprochen.

10.3 Die Objektivitätserfahrung und rationales Kalkül

Bevor auf die Kritik am Positivismus eingegangen werden kann, müssen noch einige Worte über das Wesen der dritten Art der Objektivitätserfahrung als Notwendigkeit in concreto hinzugefügt werden. Denn sie zeigt ihre Eigentümlichkeit insbesondere im Kontrast zur Wahlmöglichkeit einerseits und in Bezug auf ihren diskursiven Charakter andererseits.

Oben wurde festgestellt, dass die Fähigkeit des Menschen, seine Lebenswelt durch Sinnggebung aktiv zu interpretieren, die Grundlage der normativen Gegebenheiten einer sozialen Welt darstellt und im Allgemeinen eher in der Empathie als in der Vernunft wurzelt. So ist das Notwendigkeitsgefühl kein Resultat einer rationalen Berechnung, sondern beruht vielmehr auf einem unmittelbaren praktischen Gefühl aus der

Empathie des Beobachters. Das Gefühl der Empathie hängt, allgemein gesagt, zweifellos mit der Art und Weise zusammen, in der der Fühlende seine Lebenswelt bisher interpretiert hat, während er sich durch Sinnggebung in geistigem Einklang mit seinen Mitmenschen befindet.

Das bedeutet selbstverständlich aber nicht, dass es in den anderen Bereichen, etwa in dem der rein intellektuellen Gegebenheiten, keinen Fall gibt, in dem der Mensch von einer solchen konkreten Notwendigkeit beherrscht wird. Es verhält sich umgekehrt, denn es gibt ziemlich viele Fälle in jenen Bereichen, in denen der Betrachtende eine solche Notwendigkeitserfahrung macht. Als Beispiel kann hier wieder das Schachspiel dienen, bei dem der reflexive Beobachter eine reflexive Regel vorgeschlagen hat, nämlich das Spieler A besser daran getan hätte, mit seiner Dame den Bauern von B in der linken Flanke zu schlagen. Diese intellektuelle Überzeugung des Beobachters könnte aus den folgenden Kontexten resultieren: Aus den gesammelten Spielerfahrungen wurden eigene Grundstrategien entwickelt, die auf jeweilige Spielsituationen Anwendung finden. Aufgrund dessen wurde im Beobachter eine reflexive Perspektive aktiviert, um das Schachspiel aus seinem eigenen Gesichtspunkt zu analysieren. Diese Perspektive unterscheidet den Beobachter nunmehr wesentlich von einem Anfänger, der seine eigene Perspektive noch nicht gebildet hat. In einem solchen inneren Rahmen kann sich auch das Vermögen entwickeln, die Strategien bzw. Spielstile anderer Spieler zu analysieren und ihre künftigen Züge vorausszusehen.

Dies betrifft den Fall der Notwendigkeitsanschauung, die sich grundsätzlich aus irgendeiner intellektuellen Struktur ergibt. Freilich gibt es aber auch solche Fälle, bei denen dem reflexiven Beobachter eine solche einzige Überzeugung nicht

vorschwebt, sondern nur einige Alternativen, die ihm aus seiner eigenen Perspektive verschiedene Wege weisen. Hierbei muss der Beobachter die ihm vorschwebenden Optionen rational miteinander vergleichen und eine Auswahl treffen. Je standardisierter und je höher die Grundstruktur der intellektuellen Gegebenheit mechanisch eingestellt ist, wie etwa beim Schachspiel, desto rationaler fällt die Wahl aus. Denn dort ist es grundsätzlich möglich, jede Folge der möglichen Alternativen zu berechnen. Das Ergebnis würde dem Kalkulierenden allerdings als eine Art der Notwendigkeitserfahrung erscheinen. Dabei ist offensichtlich, dass sich eine solche Erfahrung der kalkulierenden Notwendigkeit von der oben im Fall des Schachspiels erwähnten intuitiv gegebenen Notwendigkeit bzw. von dem im Fall der Lüge auf Empathie beruhenden Notwendigkeitsgefühl grundsätzlich unterscheiden lässt.

Dort, wo sich die Notwendigkeitserfahrung nicht auf ein mathematisches Kalkül irgendeiner Art reduzieren lässt, insbesondere, wenn es sich um auf Empathie beruhende Notwendigkeitserfahrung in concreto handelt, kann nur phänomenologisch beschrieben werden, wie der Beobachter aus einer ihm schon gegebenen inneren Perspektive seine Lebenswelt tatsächlich bisher interpretiert hat und seine Überzeugung ad hoc vor diesem hermeneutischen Hintergrund kohärent mit anderen Überzeugungen zeigen könnte. Insofern ist seine Überzeugung ad hoc schon in die Gesamtheit seiner anderen Überzeugungen integriert, die aus unzähligen Interpretationen anderer Lebenserfahrungen ad illis entstanden sind.

10.4 Die hermeneutische Begründungsform der Notwendigkeitserfahrung in concreto

Die Notwendigkeitserfahrung in concreto eines reflexiven Interpreten wird am besten in Form einer argumentativen

Erzählung von anderen kommuniziert und verstanden. Ihre Anschaulichkeit, in der sich eine solche Notwendigkeitserfahrung in concreto generiert, eignet sich im Gegensatz zum wertneutralen Bericht besonders, die Fuge allgemeinerer – aber nicht zu abstrakter – praktischer Lebensanschauungen aufzuzeigen, wenn eine reflexive Regel sowohl in Form der allgemeinen Maxime als auch in Musterfällen anschaulich vorgeschlagen wird. Bei der argumentativen Erzählung geht es grundsätzlich um die hermeneutische Begründung der Notwendigkeitserfahrung, die aus der konsequenten, d.h. lückenlosen Kette allgemeiner Maxime und anschaulichen Fällen ausgemacht wird.

Im oben dargestellten Beispiel der Lüge soll die Überzeugung durch eine argumentative Erzählung plausibel ausgedrückt werden, wobei sie etwa wie folgt begründet wird: Im Allgemeinen hat eine unehrliche Äußerung darüber, was innerlich bzw. äußerlich um den Redner herum passierte, in Bezug auf den Redner selbst überhaupt keinen Sinn. Aber falls beabsichtigt ist, die Äußerung an andere zu adressieren, hat dies sicherlich eine bestimmte normative Wirkung, welche im Allgemeinen sowohl für das Ganze als auch für den Einzelnen einer Gesellschaft höchst nützlich und an sich wünschenswert ist. Indem so exakt wie möglich geschildert wird, was innerlich sowie äußerlich tatsächlich passiert oder passierte, kann sich in Bezug auf künftige gegenseitige Handlungen zwischen dem Redner und den Zuhörern das für die Gemeinschaft unentbehrliche Vertrauen, d.h. die gegenseitige Zuverlässigkeit, bilden. Das Verbot zu lügen stellt zweifellos eine der wichtigsten Formen des normativen Anspruchs an die gegenseitige Zuverlässigkeit dar. Eine Gesellschaft, in der unter den Mitgliedern nur Misstrauen herrscht, ist nur schwer vorstellbar, denn dort lässt sich der allgemeine Verkehr von Waren und Diensten, in dem die Leistungen

nach Vereinbarung nicht sofort synallagmatisch stattfinden, nicht verwirklichen. Aber trotz der zugrunde liegenden normativen Bedeutungen gegenseitiger Zuverlässigkeit bzw. des Lügenverbots dürfte niemand einen solchen normativen Anspruch ausnutzen, um seine an sich lasterhafte Begierde – hier die Erfüllung der Sucht zu morden – zu erfüllen. Parallel dazu dürfte niemand wissentlich dem anderen zur Verwirklichung dieser Begierde verhelfen, denn diese ist nichts anderes als die vernichtende Zerstörung der Gemeinschaft bzw. ein Angriff auf die Gesellschaft, um derentwillen der normative Anspruch auf gegenseitige Zuverlässigkeit ja gerade besteht.

10.5 Die Objektivitätserfahrungen in Spannung

Die argumentative Erzählung stellt freilich nur ein Muster dar, in dem sich der reflexive Gesichtspunkt eines bestimmten Menschen in Bezug auf seine eigene Notwendigkeitserfahrung in concreto hermeneutisch artikulieren lässt. Aber hierbei wird bereits klar, wie das prinzipielle Denken bzw. die Prinzipien, welche aus der inneren Perspektive des Betrachters in Form reflexiver Regeln erscheinen, in anschaulicher Kohärenz einer argumentativen Erzählung seine normative Geltung anderen gegenüber beanspruchen können.

Selbstverständlich kann gegen den hier vertretenen praktischen Gesichtspunkt Einwand in Bezug auf den Begründungsvorgang erhoben werden, indem dieser Stellungnahme einfach zugestimmt wird. Wie aber bereits im Unterkapitel über den Begriff der kritischen Objektivität angesprochen wurde, kann dies nur intersubjektiv im Diskurs erfolgen. Je dichter und sorgfältiger verschiedene normative Gesichtspunkte und Begründungsvorschläge von jedem Diskursteilnehmer argumentativ artikuliert werden, desto inhaltsreicher

und aufschlussreicher ist der Diskurs und dementsprechend werden die Diskursteilnehmer selbstreflexiver. Unter den Diskursteilnehmern kann es aber gerade in Bezug auf die hermeneutisch entworfenen Bilder der Gesellschaft unüberwindbare Klüfte geben.

11. Zusammenfassung

Der Anfang dieses Kapitels geht von einem Beobachter aus, der eine fremde Lebenswelt von einem äußeren Standpunkt aus wertneutral beobachtet, indem er über sie keine Wertung angibt. Sodann wurde ausführlich erörtert, dass dabei immer ein hermeneutischer Raum vorhanden sein muss, damit ein solcher Beobachter zuerst unter den in seiner Gegenstandswelt befindlichen Gegebenheiten, die im Allgemeinen in Form von Handlungsgewohnheiten des Kollektivs bestehen, einige normativ unterschiedlich erfassen kann. Dieses Resultat der hermeneutischen Unterscheidung wird als eine Art der Objektivitätserfahrung bezeichnet.

Im Anschluss geht die Arbeit auf die Frage der hermeneutischen Beobachtung ein, wobei deren Gegenstand die eigene Lebenswelt des Beobachters ist und der Fokus insbesondere auf das Problem sprachlicher Eigenheiten gerichtet wird. Bei der Analyse der Situation, in welcher er die normativen Gegebenheiten seiner eigenen Lebenswelt aus seiner eigenen hermeneutischen Beobachtung sprachlich ausdrücken will, ergab sich die Frage, ob seine eigene Wertung beteiligt ist oder nicht. Diesbezüglich wurde betont, dass der Sprechakt der Existenzbestätigung einer normativen Gegebenheit, die sich im Allgemeinen gegenüber Mitmenschen in der Form von „Es ist die Regel, dass ...“ ausdrücken lässt, nicht als ein wertfreier, sondern als wertbezogener Akt anzusehen ist. Eine Ausnahme bildet der Fall, dass der Beobachter durch

Selbstentfremdung von seiner Lebenswelt auf einer solchen wertneutralen Position beharren will, was tatsächlich nichts anderes ist als das Kennzeichen eines krankhaften geistigen Zustands.

Das heißt, dass ein scheinbar rein wertneutraler Konstatierungsakt einer Regelexistenz, der sich an der eigenen Lebenswelt des Beobachters ausrichtet, an sich mit dem Geltungsanspruch derselben identisch ist. Damit behauptet er nämlich, dass eine bestimmte normative Gegebenheit gegenüber den Redeadressaten irgendeine wirkliche Kraft haben soll, die sie bindet. Diese Behauptung macht er nämlich stillschweigend vor zwei inneren Kontexten geltend, und zwar zum einen, dass eine bestimmte kollektive Handlungsgewohnheit schon von zahlreichen anderen zugleich als Maßstab für ihre eigene Handlung akzeptiert worden ist und zum anderen, dass er auch auf ihrer Seite stehend ihren normativen Gesichtspunkt als seinen eigenen akzeptiert hat. Dies bedeutet, dass auch sie diesen normativen Gesichtspunkt von zahlreichen anderen als ihren eigenen Maßstab akzeptieren sollen.

Dieser Zirkelschluss – die Ableitung des eigenen normativen Gesichtspunkts aus dem von anderen und die umgekehrte Aufforderung desselben gegenüber den anderen Adressaten, die ursprünglich die Quelle desselben normativen Gesichtspunkts waren – bestimmt das Wesen des quasi wertneutralen Konstatierungsakts einer Regelexistenz in der Gewohnheit. Das bloße Anlehnen des Einzelnen an ein normatives Urteil von kollektiven Fremden birgt bereits eine passive Wertung des beobachtenden Redners selbst. Darin findet sich etwa das Wertungsmoment, dass das Urteil von kollektiven Fremden über die normative Gegebenheit im Wesentlichen besser ist als sein eigenes. Des Weiteren zeigt sich

hier, wie die Trennung von Sein und Sollen in einem solchen Sprechakt vage geworden – in der Tat zusammengefallen – ist. Denn es macht im Allgemeinen keinen Sinn, den normativen Gesichtspunkt von kollektiven Fremden anonym wiederum einem Teil desselben – also den Redeadressaten – zurück geltend zu machen, es sei denn, der Redner hält seine Adressaten nicht für die anonymen kollektiven Angehörigen. Das Vorhandensein des kollektiven Gesichtspunkts im Redner begründet also nicht die Pflicht für seine Adressaten, denselben zu akzeptieren, entweder weil sie selbst die Quelle des Gesichtspunkts sind oder schlicht nicht zum Kollektiv gehören.

Sodann wurden zwei allgemeine Modi von Akzeptanz und Aufforderung einer normativen Gegebenheit behandelt. Vor allem wurde festgestellt, dass (wenn der normative Gebrauch seines hermeneutischen Vermögens, das seine Lebenswelt dem Beobachter gewährt hatte, außer Betracht gelassen wird) dadurch ein passiver Akzeptanzmodus der normativen Gegebenheit und dementsprechend ein besonderer Geltungsanspruchsmodus entsteht, der einen bloß konventionellen Charakter hat. Dieser konventionelle Geltungsanspruchsmodus zeichnet sich dadurch aus, dass er aus der passiven Akzeptanz des normativen Gesichtspunkts der kollektiven anderen abgeleitet wird.

Der heteronome Geltungsanspruchsmodus stellt den Entstehungsgrund des Prädikats der gewöhnlichen Regel dar. Wer eine normative Gegebenheit in seiner eigenen Lebenswelt sprachlich als gewöhnliche Regelung ausgedrückt und geltend gemacht hat, impliziert damit auch, dass er sein normatives Urteil von dem des kollektiven anderen abhängen lässt. Dieser heteronome Geltungsanspruchsmodus verstärkt sich insbesondere durch die Konzeption von System und Autorität,

die den Charakter gemein haben, dass sie außerhalb einer singulären Regel eine große Umgebung bilden. Sie bieten nicht nur Legitimationsgründe für eine dazu gehörige singuläre Regel an, sondern generieren auch ihren passiven Akzeptanz- bzw. heteronomen Geltungsanspruchsmodus. Also bietet diese Variante der Existenzbehauptung einer normativen Gegebenheit, dass etwas zu irgendeinem System gehört oder aus irgendeiner Autorität entsteht, den Adressaten einen allgemeinen Hintergrund, vor dem sie die Regel auch in passiver Haltung akzeptiert und diese gegenüber Dritten im heteronomen Geltungsanspruchsmodus behaupten.

Daraus konnte oben der neue Begriff der generativen Regel gebildet werden, mit dem diejenigen Regelsysteme gemeint sind, die dem Beobachter von außen gegeben sind und aufgrund derer die Lebenswelt von Menschen auf einen inneren Gesichtspunkt des Kollektivs eingestellt wird. So kann die Grundlage für die Strukturierung von kollektiven Unternehmen bzw. gegenseitigen Handlungen bereitet werden. Die allgemeine Praxis der Objektsprache im Alltag stellt die Grundlage solcher generativen Regelsysteme dar. Die Regeln des Schachspiels fungieren dabei als eine besondere Variante von Regeln der Objektsprache im gewissen Sinne, d.h. als Muster für solche generativen Regeln. Derjenige, der vom inneren Gesichtspunkt des generativen Systems aus die darin vorhandenen Gegebenheiten bedenkt, muss etwa denjenigen für absurd und merkwürdig halten, der die Frage stellt, warum der Turm nur senkrecht oder waagrecht ziehen soll. Denn diese Spielregel wurde von dem in einem solchen System Denkenden schon als eine Art der institutionellen Tatsache absolut fixiert, die als solche immer eine bestimmte Funktion erfüllen soll. Derartige rein institutionelle Tatsachen einer besonderen Art können aber freilich nur gegenüber gleichartigen, solche systeminternen Gesichtspunk-

te teilenden Menschen ihren normativen Geltungsanspruch durchsetzen. Vor diesem Hintergrund macht es im Allgemeinen keinen Sinn, einen bereits im systeminternen Gesichtspunkt Befindlichen nach dem allgemeinen Grund einer singulären Regelung zu fragen, der außerhalb des Systems liegt. Dieser Schluss liegt in einer analogen Beziehung zu dem, was bei der Betrachtung über das Wesen gewöhnlicher Regeln vor Augen stand. Je näher das System von Regelungen an das generative System herankommt, desto gründlicher kann ein Bedenken aus irgendeinem systemexternen Gesichtspunkt als sinnlos ausgeschlossen werden und desto stärker nimmt der Geltungsanspruch einer im System befindlichen singulären Gegebenheit einen mechanischen Charakter an.

Der mechanische Charakter des Geltungsanspruchsmodus einer singulären Regel im generativen System ist im Grunde genommen von der systeminternen Perspektive des Beobachters aus selbsterfüllend, d.h. das System war von vornherein pauschal gegen irgendwelche Legitimitätsbedenken immunisiert. Das Konzept generativer Systeme bzw. Autoritäten liefert also in diesem Sinne jedem kritisch Denkenden das Bild eines geistigen Rahmens, der ihn von vornherein gegen die Externen abschirmt, und ermöglicht ihm, die Gründe einer singulären Regelung über den Rahmen hinaus nicht suchen zu müssen.

Der aktive, praktische Gebrauch des hermeneutischen Vermögens und die daraus resultierende reflexive Regel war anschließend Gegenstand der Untersuchung. Ausgangspunkt war, dass ein Beobachter grundsätzlich aus den verschiedenen Lebenserfahrungen, die er durch den gesellschaftlichen Kontakt mit seinen Mitmenschen gesammelt hatte, seiner Lebenswelt selbständig Sinn geben kann und

gibt. Dabei wurde allerdings das Grundvermögen zur Sinngebung nicht als Fähigkeit zur irgendeiner solipsistischen, rein intellektuellen Spekulation des Einzelnen betrachtet, sondern eher als Ergebnis wirklicher, alltäglicher Kommunikationsvorgänge innerhalb einer Gemeinschaft. Aus diesem reflexiven Sinngebungsprozess des Einzelnen kam der normative Gesichtspunkt bzw. die reflexive Regel hervor, der bzw. die in sich keinen heteronomen, sondern einen autonomen Geltungsanspruchsmodus hat. Derjenige, der eine reflexive Regel geltend macht, zeigt also dabei seinen Adressaten keine anlehrende Haltung an irgendeine kollektive Ansicht, sondern repräsentiert ihr seine normative Ansicht vor seinem eigenen hermeneutischen Hintergrund. Insofern hängt die Aufstellung (oder Geltendmachung) reflexiver Regeln wesentlich mit der hermeneutischen Darstellung des Selbst zusammen. Er stellt nämlich mit der Geltendmachung einer reflexiven Regel dem Publikum als ein hermeneutisches Subjekt vor, indem er an es eine argumentative Rede adressiert. Dabei sind die normativen Ansichten anderer, die er in seiner hermeneutischen Reflexion gesammelt hat, nur das Material für die Herstellung der reflexiven Regel bzw. des normativen Gesichtspunkts. Die kollektive Ansicht Fremder ist keine soziale Regel an sich, die in seiner Lebenswelt faktisch gilt, sondern nur das, was in kritischer Reflexion des Einzelnen zu bearbeiten ist. Unter solchen normativen Gegebenheiten in bloßer Konventionalität kann ein reflexiver Beobachter nur diejenigen Ansichten, die eine kritische Prüfung bestanden haben, als Regeln für seine Lebenswelt nach außen – also seinen Mitmenschen – aussprechen, und zwar mit der Bereitschaft zur Begründung.

Da der Beobachter eine in seiner eigenen Lebenswelt bloß konventionell befindliche normative Gegebenheit erst durch seinen eigenen reflexiven Akzeptanzprozess als eine soziale

Regel nach außen darstellen kann, indem er eventuell die Begründung zur Akzeptanz in einer Rede angeben muss, und der Umstand, dass er bei Fehlen solcher konventionellen Gegebenheiten seinerseits die aus seiner eigenen Reflexion geschehende als die soziale Regel darstellt und geltend macht, bestimmen zusammen den hermeneutisch-normativen, also prinzipiellen Denkmodus, aus dem die Prinzipien aufgebrochen werden. Die praktische Überzeugung eines reflexiven Beobachters, die sich vor der konkreten Fallkonfiguration als eine Art der Objektivitätserfahrung in concreto – also als konkrete Notwendigkeitserfahrung – in seinem Geist naturgemäß generiert, war dabei der Stimulus, der ihn zu diesem prinzipiellen Denken führte. Deswegen wurden die konkreten Lebenskontexte zu dem Ort, an dem sich die Prinzipien in der lebendigen Anschaulichkeit des prinzipiellen Denkens zeigen lassen. Dennoch ist der mögliche Gegensatz von auseinandergelassenen Prinzipien, die sich aus den unterschiedlichen Objektivitätserfahrungen Einzelner bzw. dem daraus folgenden unterschiedlichen prinzipiellen Denken ergibt, grundsätzlich im praktisch-hermeneutischen Diskurs aufzulösen. In Bezug darauf wurde der Begriff der kritischen Objektivität angesprochen, die sich unter den reflexiven Diskursteilnehmern durch ein in sich selbst geschlossenes dogmatisches Denken intersubjektiv bilden lässt. Die kritische Objektivität trägt in sich eine flexible Kraft, selbst regeneriert zu werden.

Schließlich kann festgestellt werden, dass alle wichtigen sozialen Erscheinungsformen der menschlichen Normativitäten wie Religion, Politik, Moralität, Sittlichkeit bzw. das positive Recht überhaupt, also alles, was das Ganze von individuellen und kollektiven Überzeugungen einer historisch gebildeten Gesellschaft ausmacht, ihren Ursprung in Erscheinungsformen der Gewissheitserfahrungen hat und im Grunde als

Regelerfahrungen umgeschrieben werden können. Deswegen stellt sich die notwendige Aufgabe, jene normativen Institutionen einer Gesellschaft anhand der gemeinsamen Regelerfahrungen aus der inneren Perspektive des Einzelnen zu schildern und zu analysieren. Im Hinblick darauf gilt H.L.A. Hart zweifellos als einer der wichtigsten Pioniere, der diese Analyse radikal und konsequent durchgeführt hat. Allerdings weist sie einen theorieinternen Widerspruch auf. Aber auch, wenn es kein Widerspruch wäre, geht die Analyse von einer fatalen absurden Voraussetzung aus. Dies liegt grundsätzlich daran, dass Hart bewusst oder unbewusst in Bezug auf die folgende Tatsache konsequent blind und unberechtigt verachtend war, nämlich dass es in jeder Gesellschaft einen historisch gegebenen hermeneutischen Raum gibt, aus dem Gewissheitserfahrungen der praktischen Notwendigkeit für die konkreten Lebenskontexte generiert werden. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des Prinzips auf der Ebene der Regelerfahrungen in bloßer Konventionalität grundsätzlich nicht erklärbar, worauf sich die ganze Theorie von Hart stützt. In dem Sinne, als Hart die Grenze des Positivismus klar konturiert, bildet seine Regeltheorie in positivistischer Denktradition ein grundlegendes Werk, an dem der Hermeneutismus kontrastiert werden kann, der grundsätzlich durch die Anerkennung eines solchen hermeneutischen Raums zur ontologischen und phänomenologischen Bejahung unsichtbarer Rechtsprinzipien führt.

In dieser Arbeit werden einerseits die Ansichten des Begründers der historischen Schule, Friedrich Carl von Savigny, als Hauptvertreter des Hermeneutismus auf dem Kontinent und für den anglo-amerikanischen Rechtskreis die Ansichten von Ronald Dworkin näher betrachtet. Aus dem erwähnten Grund folgt in Teil II, der die Gewissheitserfahrung des positiven Rechts und den Positivismus behandelt, zunächst eine

kritische Analyse und Auseinandersetzung mit dem Regelpositivismus Harts. Da seine Theorie grundsätzlich von der kritischen Rekonstruktion und Auseinandersetzung mit Austins Befehlspositivismus ausgeht, ist es unabdingbar, auf den Ursprung der Gedanken John Austins einzugehen. In der Tat bilden die Begriffe Befehl und Regel das Zentrum der positivistischen Tradition. Austin hat die konsequenteste Version des Befehlspositivismus geliefert, Hart dagegen die des Regelpositivismus. Die kritische Auseinandersetzung mit beiden Versionen des Rechtspositivismus erlaubt ein klares Bild bestimmter objektiver Aspekte des positiven Rechts, die in dieser Arbeit als erste und zweite Art der Objektivitätserfahrung bezeichnet werden.

Teil II. Regel, Befehl und Kritik: Die Objektivitätserfahrungen des positiven Rechts auf dem Horizont des Positivismus und dessen hermeneutische Antithese

Kapitel 2

Der Begriff der positiven Moralität und die Konzeption des positiven Rechts unter dem hermeneutischen Begriff des Befehls: John Austin im Spannungsverhältnis mit dem wertneutralen Deskriptivismus von H.L.A. Hart

1. Die Zwangskraft und wertneutrale Haltung des Beobachters

Das einfachste und grundlegendste Selbstverständnis von modernem Rechtspositivismus, das von den einflussreichsten und prominentesten Rechtstheoretikern, nämlich John Austin und H.L.A. Hart, die nicht nur im englischsprachigen Raum, sondern auch weltweit auf die Fortbildung der modernen Rechtstheorie entscheidenden Einfluss ausgeübt hatten, geprägt wurde, könnte durch eine bestimmte Ansicht präzisiert werden. Grundsätzlich wäre es möglich, dass die in einer Gegenstandswelt befindlichen normativen Gegebenheiten, etwa die soziale Sitte und Etikette bzw. das positive Recht usw., im Allgemeinen wertneutral gefasst und objektiv beschrieben werden können. Sie lassen sich insofern objektiv beschreiben, als sie im Gegensatz zur bloß persönlichen Handlungsmaxime bereits als ein soziales Faktum vorliegen. Austin bezeichnet die soziale Sitte einer Gesellschaft als „the positive morality as it is“ und unterscheidet sie sowohl von „the morality as it would be“ als auch von „the morality as it should be“:

„[...] By the common epithet positive [of moral and law], I denote that both classes flow from human source. [...] Now, by the name positive morality, I mean the human laws which I mark with that expression, *as considered without regard to their goodness or badness.*“⁷⁸

Die Trennung von Sein und Sollen im Bereich der sozialen Moralität geht theoriegeschichtlich David Hume zurück und beruht auf dem methodologischen Skeptizismus, der sich mit geistigen Erfahrungen der Zufälligkeit von aufeinander folgenden physikalischen Ereignissen befasst. Bezüglich der Moralität basiert diese Trennung vielmehr auf den verschiedenen geistigen Erfahrungen, die sich aus der sozialen Welt ergeben. Die Erfahrung der Zwangskraft führt dazu, bestehendes Recht als „positives“ Recht wahrzunehmen, weil sie dort gemacht wird, wo Menschen in der Form eines territorialen Staats ein kollektives Leben führen. Bei der Lektüre von Austins „Lectures“ mag der Leser befremdet und überrascht sein, weil dort nicht nur das positive Recht, sondern auch die positive Moralität angesprochen wird.⁷⁹ Diesbezüglich gilt als sicher, dass er sich für die Bestimmung des Prädikats „positiv“ im Bereich der Moralität nicht die Zwangskrafterfahrung als begrifflichen Standard vorgestellt hat. Das Kriterium für dieses Prädikat besteht bei Austin vielmehr in der geistigen Haltung eines Beobachters selbst gegenüber seinen Gegenständen je nachdem, ob er seinerseits eine Wertung dazu vorgenommen hat oder nicht. In diesem Sinne stellt die Wert-

⁷⁸ *Austin*, Lectures, S. 174 [Hervorhebung vom Verfasser]. Eine genealogische Erklärung, insbesondere in Bezug auf den Begriff des internationalen Rechts gibt *Austin*, a.a.O., S. 216: „Professor von Merton, [...] actually the first writer [...] who [...] seized this distinction [...] the rule which ought to be received in the intercourse of nations, or which would be received if they conformed to be an assumed standard of whatever kinds, from those which are so received, endeavour to collect from the practice of civilised communities and acted by the them, and gave to these rules the name of positive morality.“

⁷⁹ Siehe auch *Austin*, Lectures, S. 177: „[...] the science of positive morality, as considered without regard to its goodness or badness, current or established language will hardly afford as a name.“

neutralität, die von der Seite des Beobachters angenommen wird, das zweite Kriterium für das Positive dar. Als ein Beispiel für positive Moralität einer Gesellschaft führt er eine im damaligen England in der Herrenklasse verbreitete, aber moralisch (schon den Augen der damaligen aufgeklärten Engländer) sehr fragwürdige Ansicht an, nämlich dass der Herr die allgemeinen Rechte auf das Arbeitsergebnis seiner Sklaven habe. Abgesehen davon, ob die jener Ansicht zugrunde liegende geistige Voraussetzung, dass England um seines dauerhaften Wohlstands willen der Sklaverei bedarf, überhaupt den Status der Moralität des damaligen Englands haben kann, gilt jene Ansicht nach Austin deswegen als positive Moralität, weil sie ohne Wertung des Beobachters tatsächlich für eine in der Herrenklasse dominierende praktische Ansicht gehalten wird.⁸⁰

2. Das Prädikat des Positiven und seine drei begrifflichen Kriterien

Der Positivist richtet sich in seiner Vorstellung von Recht und Moral nach den folgenden Kriterien: die physikalische, äußere Erfahrung der Zwangskraft und die wertneutrale Haltung des Beobachters im Moment der Erfassung sowie die Künstlichkeit der beobachteten Gegenstände.

Nach Austin und Hart steht den normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft, zu denen das Recht gehört, grundsätzlich das Prädikat des Positiven zu, und zwar wegen der Wertneu-

⁸⁰ *Austin*, Lectures, S. 216. Der moralische Status dieser Ansicht wurde jedoch schon von *Sir William Blackstone* als dem Naturrecht entgegenstehend entschieden abgeleugnet. Vgl. aber Austins Meinung zur positiven Moralität mit der Ansicht von *Hart*, CL, S. 200: „In slave-owing societies the sense that the slaves are human beings, not mere objects to be used, may be lost by the dominant group, who may yet, remain morally most sensitive to each other's claims and interests.“

tralität. Der Mensch als ein wertneutraler Beobachter einer Gegenstandswelt könne nämlich eine innere Ansicht eines fremden Kollektivs in jener Welt per se positiv, d.h. objektiv, erfassen, ohne darüber eine Wertung vorzunehmen, auch wenn sie keine anderen Kriterien für das Positive – wie Zwangskraft bzw. Künstlichkeit – aufweise.

Austin und Hart sehen den durch die Wertneutralität gewonnenen Begriff des Positiven als unerlässlich für das klare Verständnis des Wesens normativer Gegebenheiten an. Der daraus hervorgegangene Begriff der positiven Moralität stelle die Basis dar, auf der die allgemeine Bildung und Fortbildung des positiven Rechtssystems überhaupt erst möglich sei. Die positive Moralität bildet also den Kern, aus dem sich das positive Rechtssystem historisch und analytisch entwickelt hat. Die Trennung von Recht und Moralität der Doktrin des Rechtspositivismus, ergab sich also aus der Wertneutralität, wie sie aus der Perspektive des Beobachters gesehen wird. Wie später gezeigt werden soll, existiert hier ein Zusammenhang mit Austins Konvertierungsthese von der imperfekten (moralischen) Pflicht zur perfekten (rechtlichen) und Harts Konvertierungsthese von der „pre-legal world“ der „primary customary rules of duty“ zur „legal world“ des Komplexes von „primary and secondary rules of recognition“. Austin und Hart können insofern als erweiterte Positivisten bezeichnet werden, als sie die wertneutrale Deskription der positiven Moralität einer Gesellschaft als ihre zentrale Doktrin aufgestellt haben.

Diesen erweiterten wertneutralen Positivismus umgaben Austin und Hart mit dem Rahmen ihrer eigenen Rechtstheorien, aus denen sich zwei Modelle des positiven Rechtssystems entwickelten, die sich wiederum durch zwei Prädikate auszeichnen. Austin bestimmt das positive Recht und das

positive Rechtssystem durch den Begriff Befehl (command), Hart dagegen durch die konventionelle Regel in Ausübung (rule in practice). Insofern kann Austins Modell als Befehlsmodell und Harts Modell als Regelmodell bezeichnet werden. Obwohl beide Autoren vom erweiterten Wertneutralitätsansatz ausgehen, ist die Art und Weise, wie sie sich ihm annähern, verschieden. Austin stellt den Befehl als notwendige hermeneutische Grundlage für eine geistige Erfahrung der normativen Gegebenheiten dar, wodurch die geistige Erfahrung des Individuums über die praktische Notwendigkeit ermöglicht wird.

Im Gegensatz zu Austin verfeinert Hart seinen Begriff der konventionellen Regel in Ausübung geradezu zum allgemeinen Prädikat normativer Gegebenheiten einer Gesellschaft, indem er zur wertneutralen Erfassung einen besonderen Beobachertyp einsetzt, der sich außerhalb der Gegenstandswelt befindet.⁸¹ Durch die Position des externen Beobachters gerät die Beziehung zur hermeneutischen Stelle des Beobachters jedoch in eine fast rätselhafte Schwierigkeit. Wie könnte er über die innere Perspektive anderer Kenntnis erlangen, wenn er sich außerhalb ihrer Lebenswelt befindet und ihre innere Ansicht nicht akzeptiert? Hart lässt die innere Beziehung des Beobachters zu seiner Gegenstandswelt im Dunkeln. Zugleich fordert seine Doktrin zur allgemeinen und deskriptiven Jurisprudenz eine grundsätzlich gleichartige sowie gleichgültige innere Haltung des externen Beobachters gegenüber dem Beobachtungsgegenstand, und zwar unabhängig davon, ob es sich um seine eigene oder eine ihm fremde Lebenswelt handelt.

⁸¹ Hart, CL, S. 244: „Description may still be descriptive, even when what is described is an evaluation.“

3. Harts methodologische Hypothese zur wertneutralen Deskription normativer Gegebenheiten

Wie bereits oben dargestellt, gehen Austin und Hart als erweiterte Positivisten vom Wertneutralitätsansatz, ihre Doktrin jedoch jeweils von unterschiedlichen theoretischen Perspektiven aus. Dadurch entsteht schon von Anfang an ein sehr interessanter Vergleichspunkt, der für das hier behandelte Thema von wesentlicher Bedeutung ist. Zunächst soll die deskriptive Richtung, durch die Hart einen sehr subtilen, aber an sich sehr problematischen Begriff der positiven Moralität destilliert, näher beleuchtet werden. Den allgemeinen Begriff des Rechtssystems leitet Hart aus der positiven Moralität ab, was für den Punkt, der im zweiten Teil dieses Kapitels behandelt wird, wesentlich ist.

Hart geht davon aus, dass die normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft, zu denen die Moral gehört, vom deskriptiven Standpunkt aus die allgemeine Form der Regel annehmen. Das heißt, dass die allgemeine Konzeption der Regel als das Grundprädikat für die normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft angenommen werden kann, wenn das kollektive Leben einer Gesellschaft wertneutral beobachtet werden soll:

„[...] the observer may, without accepting the rules himself, assert that the group accepts the rules, and thus may from outside refer the way in which they are concerned with them from the internal point of view [...] Whatever the rules are, whether they are those of games, like chess or cricket, or moral or legal rules, we can if we choose occupy the position of an observer.“⁸²

⁸² Hart, CL, S. 89.

3.1 Handlungsgewohnheit, normative Praxis und Konzeption der gegenseitigen Kritik

Es stellt sich die Frage, unter welcher Bedingung ein objektiv zu erkennendes Subjekt den Beobachter von der Regelexistenz einer Gegenstandswelt überzeugen kann. Sobald der Fokus auf diese Weise von der ontologischen auf die erkenntnistheoretische Problematik übertragen wird, kommt eine sehr interessante, aber fast rätselhafte methodologische Grundprämisse Harts zum Vorschein, die seine ganze Sicht durchweg beherrscht. Diese große Aporie hält seinen Leser fast davon ab zu erkennen, dass das ganze Feld der Hart'schen Regeltheorie von ihr bedeckt ist.

Wie im obigen Zitat angeführt wird, stellt er einen hypothetisch externen Standort der Beobachtung auf, von dem aus ein wertneutraler Beobachter die Gegebenheiten einer Gesellschaft – seien es normative oder non-normative, physikalische oder non-physikalische, rein innerliche oder äußerliche – angeben und beschreiben kann:

„When a social group has certain rules of conduct [...] it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the „external“ and the ‘internal point of view’ [...] the observer may, without accepting the rules himself, assert that the group accepts the rules, and thus may from outside refer the way, in which they are concerned with them from the internal point of view. [...] Whatever the rules are, whether they are those of games, like chess or cricket, or moral or legal rules, we can, if we chose, occupy the position of (external) observer.⁸³ [...] this obvious possibility of an external observer (who is) taking account [...] of a participant’s internal viewpoint. [...] [Hart’s Comment on Dworkin] (Dworkin views) jurisprudence as ‘the general part of adjudication’, and this is to treat jurisprudence [...] as itself a part of a system’s law seen from the internal viewpoint of its judicial participants. But the deskriptive theorist may understand and describe the insider’s internal per-

⁸³ Hart, CL, S. 89.

spective on the law without adopting or sharing it. [...] this would also be something for a morally neutral descriptive jurisprudence to record but not to endorse or share.⁸⁴ [...] But such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of 'binding' rules. There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion.⁸⁵ [...] Natural and perhaps illuminating though these figures or metaphors are, we must not allow them to trap us into a misleading conception of obligation as essentially consisting in some feeling of pressure or compulsion experienced by those who have obligations."⁸⁶

Der Grund für Hart, warum ein solches Gefühl nicht als allgemeine Bedingung der Regelexistenz anzurechnen ist, bestehe darin, dass das Gefühl keine objektiv geltende Grundlage hat und nur einen irrationalen, bloß metaphysischen, d.h. fantastischen, Faktor darstelle:

„[...] words like 'must', 'ought', and 'should', is fraught with a confusion which perhaps enhances their importance in men's eyes but has no rational basis. [...] All that [...] are our own powerful 'feeling' of compulsion to behave in accordance with the rule.⁸⁷ [...] We do not recognize these feelings for what they are but imagine that there is something external, some invisible part [...] of the universe guiding and controlling us."⁸⁸

Der Beobachter beruft sich hinsichtlich der generierten Idee der Regelexistenz durch die Annahme eines externen Standorts zur objektiven Erkenntnis auf die Feststellung der Erfüllung von zwei non-metaphysischen Grundbedingungen. Erstens muss er in seiner Gegenstandswelt die Existenz irgendeiner kollektiven Handlungsgewohnheit feststellen können, die insbesondere mit einer bestimmten feindlichen Haltung der Handelnden gegen die anderen einhergeht:

„[...] there is involved in the existence of any social rules a combination of regular conduct with a distinct attitude.⁸⁹ [...] such an observer is content merely to record the regularities of observable behavior [...] and those further regularities, in

⁸⁴ Hart, CL, S. 243 f.

⁸⁵ Hart, CL, S. 57.

⁸⁶ Hart, CL, S. 88.

⁸⁷ Hart, CL, S. 11.

⁸⁸ Hart, CL, S. 11 f.

⁸⁹ Hart, CL, S. 85.

the forms of hostile reaction [...] with which deviations from the rules are met. After a time the external observer may [...] correlate deviation with hostile reaction, and be able to predict [...] and to assess the chances that a deviation [...] will meet with hostile reaction or punishment.⁹⁰

Hart bezeichnet den Aspekt der Regel, der bei der Erfüllung der erste Bedingung erkannt wird, als „the external aspect of rule“. Es handelt sich um die Feststellung von zwei äußeren Sachverhalten, einerseits der Feststellung einer kollektiven Handlungsgewohnheit an sich, andererseits die der daran anknüpfenden feindseligen Haltung gegenüber anderen, die von dieser Gewohnheit abweichen.

Wenn die erste Bedingung erfüllt ist, folgt die Erfüllung der zweiten Bedingung: Der Beobachter muss in der Gegenstandswelt feststellen können, dass die innere Perspektive zur Kritik hinsichtlich der ersten Bedingung unter den Handelnden aktiviert und auf irgendeine Konzeption des Maßstabs angewiesen ist.

„[...] the observer may, without accepting the rules himself, assert that the group accepts the rules, and thus may from outside refer the way in which they are concerned with them from the internal point of view [...] Whatever the rules are, whether they are those of games, like chess or cricket, or moral or legal rules, we can if we choose occupy the position of an observer.⁹¹ [...] ‘I had an obligation’, or ‘You have an obligation’ [...] these are required only by those who see their own and other person’s conduct from the internal point of view. What the external point of view [...], which limits itself to the observable regularities of behavior, cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are majority of society. These are the officials, lawyers, or private persons who used them. [...] they [general citizens observing traffic light] look it as a signal for them to stop, and so a reason for stopping in conformity to rules which make stopping a standard of behavior and an obligation. [...] it is to refer to [from the outside] the internal aspects of rules seen from their internal point of view.⁹² He (the judge) does not look upon the rule as a statement that [...] others are likely to punish deviations though a

⁹⁰ Hart, CL, S. 89.

⁹¹ Hart, CL, S. 89.

⁹² Hart, CL, S. 90.

spectator might look upon the rule in just this way. The predictive aspect of the rule [...] is irrelevant to his purpose, whereas its status as a guide and justification is essential. [...] These (informal, but unemotional reproofs) [...] are something which existence of the rules guides and is held to justify.“⁹³

Ein objektiver Beobachter auf externem Standort lässt sich also zusammenfassend dadurch charakterisieren, dass er die innere Perspektive von Handelnden in einer Gegenstandswelt wertneutral auffasst, indem sie selbst nicht akzeptiert. Diese rätselhafte Problematik der Regelakzeptanz bei der wertneutralen Beobachtung im Rahmen der Regeltheorie Harts kann hier jedoch erst nach der Erklärung des Begriffs der generativen Regel behandelt werden.

3.2 Der Mangel an hermeneutischem Raum und die Einschränkung der hermeneutischen Fähigkeit des Beobachters

Vor dem Hintergrund dieser methodologischen Anordnung muss das Potenzial des Beobachters innerhalb des hermeneutischen Raums seiner Lebenswelt, die Gedankengänge von anderen im Allgemeinen nachvollzuziehen bzw. empathisch zu werden, grundsätzlich stark begrenzt sein. Denn er ist nach dieser Hypothese derjenige, der seine Gegenstandswelt von außen beobachtet und an emotionalen Sachverhalten seiner Gegenstandswelt grundsätzlich kein Interesse hat. Dass der hermeneutische Raum von Hart nicht beachtet wurde, lässt sich daran ablesen, dass Hart den Akt der Feststellung von äußeren Handlungsgewohnheiten und das damit einhergehende Vorhersagen feindseliger Haltungen gegenüber den davon Abweichenden mit der Wettervorhersage verglichen hat. Also, wer etwa feststellt, dass die Leute gewöhnlich bei einer roten Ampel stehenbleiben und bei

⁹³ Hart, CL, S. 11.

grüner Ampel die Straße überqueren und dann vorhersagt, dass sie denjenigen gegenüber, die davon abweichen, feindselig reagieren werden, wird mit demjenigen verglichen, der das Wetter für morgen vorhersagt. Dies würde bedeuten, dass der Beobachter sogar hinsichtlich der körperlichen bzw. sprachlichen Ausdrücke in der Gegenstandswelt eine völlig äußere Position angenommen hätte. Ein solcher extremer Deskriptionismus, den man bei sorgfältiger Lektüre von Harts „Concept of Law“ mit Sicherheit ablesen kann, gerät aber per se in Aporie, denn es ist absolut unmöglich, dass ein Beobachter hinsichtlich der sprachlichen bzw. körperlichen Ausdrücke in der Gegenstandswelt einen völlig äußeren Standpunkt einnimmt.

3.3 Die erste Aporie: Extremer Deskriptivismus und das Problem des indefiniten Regresses

Im ersten Teil dieser Arbeit wurde diese Problematik ausführlich erörtert. Deswegen kann hier nur an das dort dargestellte Argument erinnert werden: Sobald der Beobachter in seiner eigenen Lebenswelt auf einen sprachlichen, körperlichen oder situativen Ausdruck stößt, initiiert sich in ihm ein Sinn, der sich aus diesem unsichtbaren Raum ergibt. Beobachtet er aber nicht seine eigene, sondern eine ganze fremde Lebenswelt, kann er ohne Hilfe irgendeines Lehrers, der bereits über die hermeneutischen Kenntnisse – sprachlich bzw. non-sprachlich – jener Welt verfügt, keine solche Beobachtung initiieren. Nach alledem ist klar, dass ein rein deskriptiver Beobachter in der Welt Harts sogar in Bezug auf die Feststellung der ersten Bedingung einer Regelexistenz in sich bestimmte hermeneutische Vorkenntnisse über jene Welt zur Verfügung haben muss. Hier stellt sich die Frage nach der Einrichtung solcher hermeneutischen Vorkenntnisse, nämlich in welchem Grad der Beobachter in sich ein hermeneuti-

ches Potenzial aktiviert haben muss. Ist es miteinander vereinbar, dass der Beobachter bestimmte hermeneutische Vorkenntnisse zur Verfügung hat und trotzdem seine Gegenstände von einem externen Standort jener Welt beobachtet?

Um die Frage der Konstatierung der inneren, kritischen Perspektive der Gegenstandswelt zu beantworten, muss zunächst der hermeneutische Ansatz von Austin untersucht werden, denn der Sinn im deskriptiven Ansatz von Hart verdeutlicht sich nur vor dem Hintergrund des hermeneutischen Ansatzes von Austin, der im positivistischen Denken einen Weg in entgegengesetzter Richtung einschlägt.

4. Austins Befehlsbegriff als hermeneutische Grundlage des normativen Denkens

In Austins theoretischem Rahmen kommt ein methodologisch eingestellter Typ des externen Beobachters gar nicht vor. Er interessiert sich in der Tat nicht für die Bereitstellung einer methodologischen Grundlage für das positivistische Denken, die sich aus dem Postulat ergibt, die Möglichkeit zur wertneutralen Deskription über die normativen Gegebenheiten wissenschaftlich zu sichern. Aber wie schon am Anfang dieses Kapitels durch ein Zitat angedeutet wird, unterscheiden Austin und Hart zwischen der positiven Moralität wie sie ist, wie sie sein dürfte und wie sie sein soll. Daher ist zunächst zu zeigen, welche Vorstellungen Austin von den drei differenten Kategorien der Moralität hatte.

Nach seiner Ansicht bietet sich nur dasjenige langfristige utilitaristische Denken, das aus den Beobachtungen an wirklichen Lebenserfahrungen gesammelt und gespeichert wurde, als das geeignete Lackmuspapier für die Rationalität der normativen Gegebenheit an, während das vom einzelnen

Lebenssachverhalt unmittelbar ausgehende „moral sentiment“ an sich keinen solchen Test anbietet. Im Folgenden wird gezeigt, dass Austin die Trennung zwischen Sein und Sollen im Feld der normativen Gegebenheiten mit der klaren Absicht zur Anbahnung des Regelutilitarismus als allgemeine Legitimationsgrundlage vorgenommen hat. Darüber hinaus wird impliziert, dass die Unterscheidung der drei Kategorien – the positive morality as it is, the morality as it would be, the morality as it should be – letztendlich weniger theoretisch als praktisch ist. Er hatte nämlich ein politisches Motiv, gegen die Lehre von den moralischen Empfindungen für den Regelutilitarismus zu plädieren.

4.1 Der göttliche Befehl und die Konzeption des schlichten Sollens

Austin geht zuallererst davon aus, dass die Basiskonzeption des Sollens, das in der Tiefe des kollektiven Lebens der Menschen wurzelt, eine suprafaktische Existenz eines dem Menschen übergeordneten geistigen Wesens (eines metaphysischen „superior“) voraussetzt, das als eine sich selbst genügende Persönlichkeit existiert. Der Begriff des schlichten Sollens erfordert nach seiner Ansicht die geistige Orientierung des Menschen an dieser jenseitigen Persönlichkeit, die er als Gottheit bezeichnet. Die Terminologie des schlechten Gewissens drückt die Furcht vor dieser Gottheit aus.

Da die Gottheit per definitio ein Wesen sei, das über den Menschen stehend für sie sorgt und waltet, könne sie auch ggf. durch Befehl ihre Handlungen sanktionieren.⁹⁴ Diese Prämisse impliziert jedoch, dass der Mensch von vornherein

⁹⁴ *Austin*, Lectures, S. 110, 113: „[...] And commands, it is manifest, proceed not from abstractions, but from living and rational beings.“

darauf angelegt ist, sein Gefühl zu einem gewissen Sachverhalt in eine normative Denkform zu konvertieren, indem er sich an einer solchen Gottheit geistig orientieren lässt. Die dem normativen Denken des Menschen zugrunde liegende Konzeption des schlichten Sollens ist aber aus einer anderen Perspektive nichts anderes als eine spezifische Denkform, durch die einige bestimmte Gefühlen zu konkreten Lebenssachverhalten die Gestalt materieller Pflichten annehmen. Die Konzeption des schlichten Sollens fungiert nämlich als ein Agent, durch welchen eine Brücke zwischen der Welt von bloßen Emotionen und der Welt von unsichtbaren Pflichten aufgebaut wird.

4.2 Die phänomenologische, hermeneutische Grundlage des Befehlsbegriffs

Diese aus heutiger Sicht überraschende Ansicht eines Vaters des neuzeitlichen Positivismus, die später von Hart (vielleicht als überholt) weder akzeptiert noch kritisiert wird, hat jedoch drei aktuelle Bedeutungen. Erstens kann der Ursprung der Konzeption des schlichten Sollens und der grammatischen Denkform rein empirisch weder erfasst noch ergründet werden. Diese zwei Dinge sind zwar analytisch zu unterscheiden, aber in Wirklichkeit nicht streng voneinander trennbar. Auf die genealogische Frage, wie der Mensch ursprünglich dazu kam, eine allgemeine Konzeption des Sollens in sich zu initiieren, gibt es durch rein empirische, d.h. positivistische, Betrachtungsweise keine ausreichende Antwort. Nach Austin muss der Mensch hinsichtlich dieser Frage schicksalhaft Skeptiker bleiben. Im Rahmen des Skeptizismus stellen sich die normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft grundsätzlich gar nicht als rein äußeres Faktum – etwa wie der Hammer auf einem Tisch – dar. Vielmehr zei-

gen sie sich nur als ein Phänomen, das durch die grammatische Denkform des Befehls wahrgenommen wird.

Was mit all jenen rekonstruierten Argumenten von Austin gemeint ist, lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Der Mensch kann nur durch geistige Orientierung an einer Gottheit und durch die grammatische Denkform des Befehls zum normativen Subjekt werden, d.h. er kann nur durch die Orientierung an einer Gottheit normative Gegebenheiten in seiner Lebenswelt erkennen. Das impliziert weiter, dass er durch diese Erkenntnis selbst spontan zum phänomenologischen Subjekt in seiner Lebenswelt wird. Als ein phänomenologisches, zu irgendeiner Lebenswelt gehörendes Subjekt macht er letztendlich sich selbst zu einem Befehlsadressaten.

Die zweite aktuelle Bedeutung ergibt sich unmittelbar aus der ersten, und zwar stellt die Gottheit, die Austin als die letztendliche und unergründbare Instanz ansieht, d.h. sowohl als Anfangsgrund wie auch als Grenze des menschlichen schlichten Sollens, aus anderer Perspektive eine Art Personifizierung des hermeneutischen Raums dar. Dessen Existenz und Grenze wurde bereits im ersten Teil dieser Arbeit im Zusammenhang mit der Frage nach der allgemeinen Entstehungsgrundlage normativer Gegebenheiten ausführlich erörtert. Das Spezifische an dieser Personifizierung des hermeneutischen Raums besteht nur darin, dass es in den etablierten Religionen schon dogmatisierte Rahmenbedingungen gibt, in denen der Mensch konventionell zur Suche nach dem Sinn seines Leben geführt wird. Trotz dieses besonderen Umstands ändert sich nichts daran, dass Austins metaphysischer Ansatz zur Bereitstellung der phänomenologischen, hermeneutischen Begründung seines Befehlsbegriffs dient.

4.3 Die hermeneutische Fähigkeit zum Nachvollziehen und Antizipation innerer Gesichtspunkte anderer

Die dritte Bedeutung des metaphysischen Ansatzes Austins ergibt sich wiederum aus der zweiten: Das bereits vorhandene Potenzial des Menschen zum hermeneutischen Denken, also der Fähigkeit sich in das Denken und Fühlen anderer hineinzusetzen, muss bejaht werden. Denn die Gottheit als eine Personifizierung des hermeneutischen Raums einer Lebenswelt ist unter einem anderen Blickwinkel nichts anderes als ein Ort, wo alle inneren Gesichtspunkte aller seiner Subjekte zusammentreffen und sich ineinander verschlingen. Jeder Mensch, der im hermeneutischen Raum eingebettet denkt und handelt, muss daher im Prinzip dazu fähig sein, durch die Beteiligung an einem solchen geistigen Gemeinplatz in die inneren Gesichtspunkte anderer daran teilhabender Menschen hineinzugehen. Zwar könnte seine Fähigkeit zum hermeneutischen Denken sehr unvollkommen und eingeschränkt sein. Aber diese Unvollständigkeit entspricht gerade der religiösen Metapher, dass sich ein Subjekt einem metaphysischen höheren Wesen trotz seiner Teilnahme an einer solchen Gottheit nur auf unvollkommene Weise dem inneren Gesichtspunkt derselben annähern kann. Aufgrund dieses metaphysischen Ansatzes tritt der Mensch nach Austin zuallererst als ein hermeneutisches Subjekt in die Welt ein, das durch die Teilnahme an seiner Lebenswelt in der Lage ist, die inneren Gesichtspunkte anderer nachzuvollziehen bzw. zu antizipieren.

5. Austins hermeneutischer Horizont und die Bestimmung der positiven Moralität

Im Gegensatz zu Hart hat Austin als Positivist bei der Betrachtung der normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft

den hermeneutischen Horizont niemals verlassen. In dieser Hinsicht bewegt sich seine Konzeption des positiven Rechts als Befehl grundsätzlich auf den dualistischen, also deskriptiven und hermeneutischen, Ebenen, die sich auf die Objektivitätserfahrungen der Zwangskraft und das politische Postulat zur Autorität beziehen. Gerade darin besteht die subtile Ambivalenz des Befehlsbegriffs bei Austin, die von Hart durch einseitige Vereinfachung zu Unrecht auf den deskriptiven Horizont beschränkt und in verzerrtem Zustand akzeptiert wurde.

Der Begriff des Befehls führt bei Austin, wie oben gezeigt, durch sein metaphysisches Argument zum hermeneutischen Horizont. Seine hermeneutische Grundlage unterscheidet sich in diesem Punkt vom rein deskriptiven Ansatz Harts. Denn im Gegensatz zur methodologischen Hypothese des *externen* Beobachters Harts ist nach Austins (rekonstruiertem) metaphysischem Ansatz das hermeneutische Subjekt immer an einer Gottheit auf der Position eines Beobachters innerhalb seiner eigenen Lebenswelt einzustellen. Er ist für Austin also ein *interner* Beobachter, der aus dieser inneren Position die verschiedenen Sinnrichtungen von Klassen der menschlichen Handlungen ursprünglich erkennen und den jeweiligen Kategorien zuordnen kann.⁹⁵ Dazu gehört allerdings die hermeneutische Fähigkeit, die Gewohnheitsregeln von den Handlungsgewohnheiten des Kollektivs in seiner Lebenswelt zu trennen. Dieser Punkt ist im Voraus zu beto-

⁹⁵ Austins stillschweigende hermeneutische Annahme wird allerdings auch bei der Beobachtung einer fremden Lebenswelt als wirksam angesehen, soweit sie sich nicht zu weit von seiner eigenen Lebenswelt entfernt, was in Teil I schon erörtert worden ist.

nen, weil Hart diese Unterscheidungsproblematik geradezu als Ausgangspunkt der deskriptiven Regeltheorie ansieht.⁹⁶

Die menschlichen Handlungen sind also vom hermeneutischen Subjekt aus als Gegebenheiten in seiner Lebenswelt in eine Kategorie normativer und eine Kategorie non-normativer Handlungen unterschiedlich zu erkennen. Darüber hinaus ist ein solches Subjekt dazu fähig, aus einer Reihe von einzelnen Handlungen allgemeine Tendenzen abzulesen bzw. deren Auswirkungen für die Zukunft zu antizipieren. Diese hermeneutische Fähigkeit zur Antizipation allgemeiner Tendenzen charakterisiert gerade das Wesen des Beobachterbildes in Austins Welt, was offenkundig einen krassen Kontrast zum Bild des Beobachters in Harts Welt darstellt, das sich durch die externe Position zur wertneutralen Deskription bestimmen lässt.

5.1 Das „moral sentiment“ als geistiges Organ und inneres Faktum besonderer Art

Austin bezeichnet die Fähigkeit eines solchen hermeneutischen Subjekts, bestimmte Klassen menschlicher Handlungen in die normativen Kategorien einzuordnen, als „moral sentiment“,⁹⁷ welches er ohne Weiteres dem inneren Faktum des Menschen gleichstellt. Dieses innere Faktum bilde eine so grundlegende Instanz für die Menschheit, dass es per se nie auf eine andere Instanz zurückgeführt werden könne. Es stelle deswegen die absolute geistige Instanz dar, die sich quasi – wie der Instinkt der Tiere – automatisch generieren

⁹⁶ Austin, Lectures, S. 106: „He (the God) has given us the faculty of observing; of remembering; of reasoning: and, by dully applying faculties, we may collect the tendendies of our action.“

⁹⁷ Die Termini „common sense“ und „practical principle“ verwendet er zugleich als eine besondere Bezeichnung für ein geistiges Organ an sich.

lässt. Damit impliziert Austin, dass das innere Faktum des menschlichen Geistes etwas ist, was weder durch eigene Reflexion noch durch Erziehung nachträglich gewonnen werden kann:

„They [the moral sentiments] are not begotten by reflection upon the tendencies of the action [...] nor are they instilled into our minds by our intercourse with our fellow men. They are simple elements of our nature [...] they are ultimate facts.⁹⁸ [...] In a word, that portion of the hypothesis in question [...] is purely negative. We are gifted with moral sentiments which are ultimate or inscrutable facts: which are not the consequence of reflection upon the tendencies of human action, which are not consequence of education [...] They (moral instincts) merely denote our own ignorance. They mean that the phenomena of which we are talking are not preceded by causes which man is able to perceive.“⁹⁹

Im Folgenden soll Austins Grundgedanke über die Beziehung des „moral sentiment“ zum hermeneutischen Horizont kritisch rekonstruiert werden, indem der Naturalismus ausgeklammert wird. Zwar ging Austin mit Recht davon aus, dass irgendeine metaphysische Grundlage im Alltag vorauszusetzen ist, welche es ermöglicht, sich selbst als ein normatives Subjekt in seiner Lebenswelt zu finden. Dieser unentbehrliche metaphysische Ausgangspunkt wurde oben in hermeneutischer Richtung interpretiert und daraus ein rekonstruiertes Postulat gebildet: Ein solches hermeneutisches Subjekt muss sich bei der Auffassung normativer Gegebenheiten in seiner Lebenswelt schon als teilnehmender Insider in seiner Lebenswelt befunden haben. Aber durch die Gleichstellung einer derartigen, bereits im Menschen vorhandenen hermeneutischen Fähigkeit mit dem sogenannten „inneren Faktum einer besonderen Art des menschlichen Geistes“ führt Austin seine hermeneutische Basis zur Denklinie des Naturalismus. Dadurch schränkt er die hermeneutische Fähigkeit im Bereich des Moraldenkens, insbesondere die entwickelte Fähig-

⁹⁸ Austin, Lectures, S. 149.

⁹⁹ Austin, Lectures, S. 145.

keit zur Antizipation, erheblich ein. Dieses naturalistisch eingestellte innere Faktum des menschlichen Geistes muss in diesem Zustand etwas rein Passives und Automatisches darstellen, das per se – wie ein Instinkt – von irgendwelchen konkreten Lebenskontexten getrennt oder gewissermaßen hinter der Lebenswelt als Konstante auf die Menschen wirkt. Es würde im Menschen als Gattungswesen unabhängig von seinen Lebenserfahrungen quasi automatisch ein uniformes moralisches Empfinden entstehen.

5.2 Das innere Verhältnis der Moralität

Der Naturalismus bei Austin beruht aber auf keinem kognitiven Grund, sondern auf seiner strategischen Erwägung. Denn er betont ein und dasselbe hermeneutische Moment in Bezug auf den Utilitarismus, den er als Alternative zur Moral-Sentiments-Lehre vorschlägt:

„If we were endowed with a moral sense, or with a common sense, or with a practical reason, we scarcely should construe his (Gottes) command by the principle of general utility. If our souls were furnished with innate practical principles, we scarcely should read his command in the tendency of human actions. [...] the duty [...] would be subjects of immediate consciousness, and completely exempted from the jurisdiction of observation and induction. An attempt to displace that invincible consciousness, and to thrust the principle of utility into vacant seat [...] But, if we are not gifted with that peculiar organ, we must take to the principle of utility. We must gather our duties, as we can, from the tendencies of our action. We must pick our scabrous way with the help of a glimmering light, or wander in profound darkness.“¹⁰⁰

Das Verhältnis zwischen dem utilitaristischen Denken und dem Postulat eines metaphysischen höheren Wesens als Quelle des absoluten Sollens, d.h. absoluten Befehls, begreift er folgendermaßen:

¹⁰⁰ Austin, Lectures, S. 112 f.

„The principle of general utility is the index to many of these duties; but the principle of general utility is not their fountain or source. For duties or obligations arise from commands and sanctions. And commands, it is manifest, proceed not from abstractions, but from living and rational beings.“¹⁰¹

Hieran lässt sich ein klarer Hinweis darauf ablesen, was Austin im Rahmen der Begrifflichkeit von Moralität wie sie sein würde („the morality as it would be“), meint. Das Wesen dieser Begrifflichkeit besteht nämlich in der hypothetischen Annäherung an das von einer Gottheit vorgegebene absolute Sollen bzw. an den absoluten Befehl. Entscheidend ist dabei aber nicht die Begrifflichkeit als solche, sondern die Methode zur Erreichung des Absoluten: Das hypothetische, vermutete absolute Sollen könne nach Austins Ansicht nicht durch das Appellieren an irgendein unmittelbares moralisches Empfinden, das dem Menschen als sogenanntes inneres Faktum erscheint, sondern vielmehr durch rationales Kalkül unter utilitaristischem Gesichtspunkt erfasst werden, und zwar insbesondere da, wo der heilige Text fehlt, der den Menschen den göttlichen Willen direkt kundgibt. Unter diesem Gesichtspunkt bildet das innere Verhältnis zwischen „the morality as it should be“ und „the morality as it would be“, das durch die Beziehung zwischen dem absoluten, schon offenbarten Sollen in „*scriptum*“ und dem vermuteten Sollen in „*non scriptum*“ umformuliert werden kann, gerade das zentrale Thema der juristischen Hermeneutik Austins.

5.3 Naturalismus und der Begriff der positiven Moralität

Soweit im Begriff des Positiven ein generelles Prädikat für ein beliebiges Subjekt und vor allem irgendeine Faktizität gesehen werden soll, gibt es zur begrifflichen Bestimmung der positiven Moralität keinen leichteren Weg als den von Austin

¹⁰¹ Austin, Lectures, S. 110.

vorgeschlagenen Naturalismus. Denn falls das „moral sentiment“ – wie Austin annimmt – wirklich sowohl als Organ wie auch als das durch es hergestellte innere Faktum des Menschen als Gattungswesen fungiert hätte, könnte das innere Faktum auf dem Niveau des Einzelnen leicht auf die kollektive Ebene als soziales Faktum übertragen werden. Nach Austins Logik stellt dieses innere Faktum des „moral sentiment“ zugleich per se und sofort ein soziales Faktum dar. Austin hätte das Prädikat „concurring“ insofern nicht hinzufügen müssen, als er die Regeln der positiven Moralität als „public opinion“ bezeichnet:

„Independently of the position [...] which it may receive from the sovereign, the rule which a custom implies [...] derives the whole of its obligatory force from those concurring sentiments which are styled public opinion. [...] it is merely a rule morally sanctioned, or a rule of positive Morality.“¹⁰²

Dass Austin seiner Begrifflichkeit der positiven Moralität das Prädikat „concurring“ hinzufügte, liegt grundsätzlich daran, dass er die Betrachtung des Begriffs der positiven Moralität ebenfalls auf dem hermeneutischen Horizont konzipiert hat, wie unten sogleich gezeigt wird. Freilich kann das hier entwickelte seltsame Argument vom Naturalismus bezweifelt werden, da es den alltäglichen Anschauungen offenbar widerspricht. Dennoch liegt darin ein Stück Wahrheit des Denkens, das bei alltäglichen Wahrnehmungen in der Wirklichkeit herrscht, denn der Mensch ist in der Wirklichkeit generell auf ein Faktum, auf die gleiche Logik jenes Arguments angewiesen. Beispielsweise wird es quasi als eine gemeinsame Tatsache der physikalischen Welt betrachtet, dass ein Apfel auf dem Tisch liegt. Aber bei der Identifizierung eines Faktums in der physikalischen Welt ist – streng gesagt – ebenfalls nicht die Möglichkeit auszuschließen, dass die Menschen nur auf die eigenen persönlichen Erfah-

¹⁰² *Austin*, Lectures, S. 536.

rungen des Sehens angewiesen sind, die exklusiv nur dem einen Beobachter zugänglich sind, d.h. die Erfahrung des Sehens ist per se subjektivistisch. Es fragt sich schließlich, was das vermittelnde Moment ist, durch das sich die Objektivitätserfahrung des Einzelnen mit dem objektiven Faktum der Wirklichkeit verknüpfen lässt.

5.4 Der Status des moralischen Faktums als Anhaltspunkt für die Koordinierung gegenseitiger und kollektiver Handlungen

Die philosophische Problematik des Wesens der menschlichen Gewissheitserfahrung beherrscht die alltäglichen physikalischen und geistigen Objektivitätserfahrungen der Wirklichkeit. Die Objektivitätserfahrung der Wirklichkeit durch das Sehen ermöglicht es beispielsweise, einen Apfel auf dem Tisch zugleich für das Faktum der Welt zu halten und aufgrund dieses (supponierten) Faktums gemeinsame Handlungen zu koordinieren, weil sie Anhaltspunkte dafür gibt. Diese pragmatische Ansicht zum Maßstab des Begriffs des Faktums lässt sich grundsätzlich auch im Diskurs über andersartige Objektivitätserfahrungen des Menschen anwenden. Sobald eine Objektivitätserfahrung in einem Menschen – etwa sein „moral sentiment“ – der Objektivitätserfahrung in einem anderen Menschen so gleicht, dass sie als ein Anhaltspunkt für die Koordinierung gegenseitiger Handlungen gut fungieren kann, stellt sie eine Art moralisches inneres Faktum dar.

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Argument hinsichtlich des Begriffs der positiven Moralität wie folgt zusammenfassen: Die Theorie des „moral sentiment“ – auch wenn sie von Austin naturalistisch aufgefasst und in dieser Richtung erörtert worden ist – wirft ein Licht auf den neuen Begriff der Objektivitätserfahrung, der mit dem Begriff der positiven Morali-

tät wesentlich zu tun hat. Dieser Ansatz zum neuen Begriff ließe sich vervollständigen, indem die naturalistische Version der Lehre des „moral sentiment“ bei Austin auf dem hermeneutischen Horizont rehabilitiert wird.

5.5 Die ursprüngliche Einheit von Sein und Sollen im „moral sentiment“ und ihre strategische Trennung beim Utilitarismus

Am Anfang dieses Kapitels behauptet Austin in einem Zitat, dass die Generierung des „moral sentiment“, da dieses quasi wie ein Instinkt funktioniert, mit gesellschaftlichen Kontakten und Verhältnissen wenig zu tun habe. Wäre diese Meinung aber wirklich richtig, liefere der Vorgang hinsichtlich des „moral sentiment“ im menschlichen Geist ab wie folgt: Sobald der Mensch mit einem gewissen Sachverhalt konfrontiert wird, entsteht in ihm ein bestimmtes (negatives) Gefühl, und zwar als sein unergründliches inneres Faktum. Ein solches negatives inneres Faktum würde sich ihm allerdings sowohl als ein soziales Faktum wie auch als ein absolutes Sollen darstellen. Die ursprüngliche Einheit von Sein und Sollen im menschlichen Geist anlässlich konkreter Sachverhalte charakterisiert gerade den Grundzug des „moral sentiment“ in naturalistischer Version. Im Rahmen dieser ursprünglichen Einheit muss sich der Trennungsversuch zwischen Sein und Sollen per se als Widerspruch in sich erweisen. Hier wird klar, warum Austin gegen die naturalistische Lehre des „moral sentiment“ als propädeutische Anbahnung des Regelutilitarismus die Trennung zwischen Sein und Sollen vornahm. Dass es in der Wirklichkeit eine konventionelle Praxis in der Form der Regel gibt, darf nämlich nach seiner Meinung keine Versicherung dafür sein, dass sie per se wünschenswert ist oder sie sich als ein vermutetes dem absoluten Sollen annähert, wie die Moral-Sentiment-Lehre annimmt. Angesichts der ur-

sprünglichen Einheit von Sein und Sollen in der Moral-Sentiment-Lehre brauchte er vom strategischen Standpunkt aus vor allem die Trennung zwischen Sein und Sollen, um die stillschweigende geistige Grundlage der Lehre erschüttern und den Utilitarismus zur rationalen Alternative erheben zu können.

5.6 Die Rekonstruktion des „moral sentiment“ als Objektivitätserfahrung aus dem hermeneutischen Raum

Aber wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt, ergibt sich die moralische Empfindung nicht instinktiv oder apriorisch, sondern aus dem Umstand, dass sich die Menschen durch die gesellschaftlichen Kontakte immer in einer gewissen geistigen Beziehung zu ihren Zeitgenossen befinden. Also sind die Menschen ursprünglich lediglich als Person aufgrund des geistigen Umstandes einer Gesellschaft in eine Lebenswelt hineingewachsen. Dieser geistige Umstand einer Gesellschaft, der das einzelne Individuum zu einer Person in einer Lebenswelt werden lässt, drückt metaphorisch die Gemeinschaftlichkeit der Gesellschaft aus. Als Kennzeichen dieses Umstandes wurde festgestellt, dass die Menschen stets in einen hermeneutischen Raum ihrer Lebenswelt als dasjenige eingebettet sind, durch das und ggf. durch die Sinnggebung sie ihre eigene Reflexion diesen Raum weiterhin mitgestalten können.

Die geistige Fähigkeit des Individuums zur Fortbildung des hermeneutischen Raums seiner Lebenswelt durch seine eigene Reflexion ist offensichtlich etwas, das von einem angeborenen Charakter oder vom Instinkt des Menschen weit entfernt ist. Das „moral sentiment“ ist also – anders als die naturalistische Annahme – dem Einzelnen nie rein instinktiv und passiv gegeben, sondern entwickelt sich stets aus einem

Ergebnis seines reflexiven Denkens im hermeneutischen Raum. Aus diesem Grund muss die naturalistische Einheit von Sein und Sollen mit der hermeneutischen Integrität durch das ersetzt werden, was dem Einzelnen als Notwendigkeitserfahrung erscheinen mag.

5.7 Die sinnstiftende Lebenswelt

Wie unvernünftig die naturalistische Version des „moral sentiment“, das nach Austin quasi wie der Instinkt eines Tieres automatisch und nur rückwirkend funktioniert, zeigt sich schon daran, dass bei der empirischen Beobachtung von Primaten, die mit Emotionen ausgestattet sind, festgestellt wurde, dass auch sie eine normative Ordnung zur Verfügung haben.

Austins hier ursprünglich kritisch betrachtete These des „moral sentiment“ kann und muss gemäß seiner hermeneutischen Grundlage rehabilitiert werden. Das „moral sentiment“ ist also nichts Mechanisches, was dem Menschen gegeben ist. Es erscheint ihm für das sinnstiftende reflexive Subjekt in seiner Lebenswelt als eine Art der Objektivitätserfahrung, die ursprünglich die Integrität von Sein und Sollen beinhaltet. Sie ist eine geistige Erfahrung der praktischen Notwendigkeit am konkreten Lebenssachverhalt, die auf dem geistigen Horizont des reflexiven Subjekts entwickelt wird. Sie ist etwas, das sich durch den hermeneutischen Raum an konkreten Handlungskontexten jeweils bildet. Diese geistige Erfahrung einer besonderen Art verdankt ihre Kraft nie einem gegebenen Instinkt bzw. einer Natur des einzelnen Menschen, sondern dem reflexiven Denken des Einzelnen im hermeneutischen Raum seiner Lebenswelt. Vor diesem Hintergrund erweist sich nun, wie wenig sich die Gesellschaft im Ganzen bzw. irgendeine Gruppe als der Träger einer solchen

Objektivitätserfahrung des „moral sentiment“ qualifizieren lässt. Lediglich das selbstbewusste Individuum kann eine derartige hermeneutische Reflexion vornehmen. Je lebendiger und mächtiger die Kraft der Objektivitätserfahrung ist, desto reflexiver wird sie. Das reflexive Individuum als Posten zur Objektivitätserfahrung funktioniert in seiner Lebenswelt quasi wie ein Radar, durch welches solche Objektivitätserfahrungen in den jeweiligen neuen Lebenskontexten erneut aktiviert und ggf. in größere Lebenskontexte organisch integriert werden.

5.8 Das antizipierende Verstehen und die Kritik der inneren Ansicht von anderen in der „public opinion“

Alle hier entwickelten Argumente weisen darauf hin, dass die von Austin grundsätzlich unterschiedenen drei Arten der Moralität, also „the positive morality as it is“, „the morality as it would be“ und „the morality as it should be“, auf dem hermeneutischen Horizont wieder integrierbar sind. Denn das hermeneutische Subjekt ist sowohl der einzige Träger einer solchen Objektivitätserfahrung als auch der einzige Urheber und Mitgestalter des hermeneutischen Raums selbst. Nur derjenige, der sich selbst auf diese Weise in einen solchen geistigen Raum aktiv integrieren lässt, macht in Handlungskontexten eine Objektivitätserfahrung der praktischen Notwendigkeit. Er erfährt nämlich in jenen Handlungskontexten die Entstehung eines normativen Sachverhalts.

Aus dieser Konzeption der innerlichen Bildung einer normativen Überzeugung des Einzelnen in einem bestimmten Handlungskontext entsteht eine wichtige Begrifflichkeit, auf die der Begriff der positiven Moralität in hermeneutischem Sinne immanent bezogen ist: die „public opinion“. Sie bezeichnet den geistigen Zustand einer Lebenswelt, in dem diese reflexiven

Individuen in einem bestimmten Handlungskontext positiv oder negativ zu einer normativen Überzeugung gelangen. In dieser hermeneutisch aktivierten geistigen Umgebung kann jedes reflexive Subjekt im Prinzip sich selbst mit seiner eigenen inneren Ansicht an andere wenden, indem er an einem realen Diskurs teilnimmt oder ohne direkte Beteiligung als Beobachter vorhandene Ansichten aus seinem eigenen Gesichtspunkt nachvollzieht und rekonstruiert. Ein hermeneutischer Beobachter und Teilnehmer an der Öffentlichkeit kann mit seiner eigenen Ansicht den anderen gegenüberstehen, indem er sie antizipierend versteht. Tatsächlich trifft der Begriff „the public opinion“ auf Austins Ansicht über die positive Moralität zu. Seine folgenden Bemerkungen verraten einen Teil seiner Denkrichtung:

„[...] Blackstone says, I styled these parts of our law *leges non scriptae*, because their original institution and authority are not set down in writing, as Acts of Parliament are, but they receive their binding power, and the force of laws, by long and immemorial usage, and by their universal reception throughout the kingdom.¹⁰³ [...] Where subordinate judges subvert existing law, they commonly are doing that which the opinion of the community requires; to which the sovereign legislature expressly or tacitly consents.¹⁰⁴ [...] As I observed in my last lecture, the decisions of the courts are often anticipated by private practitioners [...] Now where a rule of judiciary law has been thus anticipated, it may not have the effect of an *ex post facto* law with reference to the case by which it is introduced. For though the parties to the case have not been forewarned by the legislature, they may have been forewarned by the opinion or practice of those whose opinions and practices the tribunals commonly follow [...] They could not have guided their conduct by the actual law, but they might have guided their conduct by what it probably would be.“¹⁰⁵

¹⁰³ *Austin*, Lectures, S. 529.

¹⁰⁴ *Austin*, Lectures, S. 645.

¹⁰⁵ *Austin*, Lectures, S. 651 f.

5.9 Fazit: Verzicht auf den sogenannten wertneutralen Begriff der positiven Moralität und die Einführung der hermeneutischen Begrifflichkeit „public opinion“ als Alternative

Da der auf dem hermeneutischen Horizont erfasste Begriff der positiven Moralität „wie sie ist“ als ein Postulat grundsätzlich in die Begrifflichkeiten der Moralität „wie sie sein würde“ sowie derjenigen „wie sie sein soll“ integriert werden soll, ist Austins positivistische These der Wertneutralität und die damit verknüpfte Begrifflichkeit der positiven Moralität dementsprechend letztendlich aufzugeben. Stattdessen wird der Begriff der „public opinion“ vorgeschlagen. Er ist also etwas, das im Moment der Wertung des sich darauf Berufenden eingeschlossen ist.

Es stellt sich die Frage, ob die Begrifflichkeit der positiven Moralität gänzlich nutzlos ist. Allerdings spiegelt eine andere Gebrauchsweise die alltägliche Intuition wider. Die Begrifflichkeit der positiven Moralität dient dem Zweck, die herrschende Meinung zum Zweck der bloßen Unterscheidung von der eigenen zu bezeichnen, falls ein hermeneutisches Subjekt in der Öffentlichkeit in einem Handlungskontext feststellt, dass die andere (Gegen)Ansicht gegenüber seiner eigenen Ansicht bereits einen dominierenden Status gewonnen hat. Die Antwort auf die Frage, die am Anfang dieses Kapitels bezüglich des moralischen Status der herrschenden Meinung gestellt wurde, nämlich ob ein Sklavenhalter im Allgemeinen das Recht auf das Arbeitsprodukt seines Sklaven habe, lautet also: Sofern ein Engländer beobachtet, dass ein soziales Institut (hier: die Sklaverei) in England gewöhnlich praktiziert wird, und er parallel dazu antizipieren kann, dass die dominierende Gruppe in England an dieser Ansicht weiter festhalten will, obwohl er selbst gegen diese Ansicht ist,

kann die herrschende Meinung als positive Moralität bezeichnet werden.

6. Die erste Konfrontation von Austin und Hart

Bisher wurden zwei Horizonte des Positivismus betrachtet, der als eine bestimmte Doktrin der wissenschaftlichen Wertneutralität verstanden wird: Einerseits der deskriptive Horizont von Hart, der durch eine spezifische methodologische Hypothese gekennzeichnet ist, andererseits der metaphysische Horizont von Austin, der zwar ursprünglich metaphysisch aufgestellt ist, aber grundsätzlich hermeneutisch verstanden werden kann. Harts Hypothese wurde kritisch betrachtet und Austins metaphysischer Ansatz hermeneutisch uminterpretiert. Die Kritik gegen den Positivismus, nämlich Harts deskriptive Richtung, soll anschließend vervollständigt werden.

Dazu ist es notwendig, auf den schwierigsten, fast rätselhaften Teil seiner Regeltheorie einzugehen und damit eine kopernikanische Wendung im Feld der Grundbegrifflichkeiten vorzubereiten, und zwar von der Grundkonzeption des wertneutralen, deskriptiven Objektivitätsbegriffs zum hermeneutischen, wertenden, argumentativen und kritischen. Da die allgemeine Begrifflichkeit des Prinzips beim praktischen Denken nur vor dem Hintergrund des rekonstruierten Begriffs der kritischen, hermeneutischen und argumentativen Objektivität einleuchtet, ist die folgende Argumentation von wesentlicher Bedeutung.

6.1 Harts Unterscheidungsproblematik zwischen Handlungsgewohnheit und Gewohnheitsregel

Wie bereits dargestellt, scheint es in der Hart'schen Regeltheorie unklar zu bleiben, ob und welche inneren Beziehungen ein äußerer Beobachter zur Gegenstandswelt hat, der sich auf einem externen Standort zu derselben befindet. Sollen nur rein äußere Sachverhalte jener Welt, wie etwa bestimmte Handlungsgewohnheiten oder Ausübung einer Zwangskraft, konstatiert werden, kann diese Skepsis außer Betracht bleiben. Ansonsten würde die Einstellung des Beobachters in diesen Fällen im Wesentlichen an diejenige eines Physikers oder Verhaltenspsychologen grenzen. Bei der Beobachtung des menschlichen Verhaltens in einem geistigen Moment kann der Skepsis aber nicht ausgewichen werden, was Austin jedoch durch die Aufstellung einer metaphysischen Voraussetzung erreichte.

Dass Hart als wissenschaftlicher Positivist von jener Skepsis nicht frei sein kann, zeigt sich vor allem an der Unterscheidungsproblematik zwischen der kollektiven Gewohnheit und der Gewohnheitsregel, die er als metaphysische bzw. hermeneutische Grundlage aufgestellt hat. Im Gegensatz zu Austins Theorie muss diese Problematik bei Hart wegen der Aufstellung eines äußeren Beobachters in den Vordergrund treten. Um die kollektive Handlungsgewohnheit von der Gewohnheitsregel zu unterscheiden, benötigt der äußere Beobachter in seiner Gegenstandswelt nämlich grundsätzlich äußerliche Beweise. Ein externer Beobachter könnte nicht konstatieren, ob die erste Bedingung einer Regelexistenz, nämlich das Vorhandensein einer kollektiven Handlungsgewohnheit, erfüllt ist, wenn er überhaupt keine hermeneutische Vorkenntnis wie körperliche oder sprachliche Ausdrücke hätte. Wäre sein Geist im hermeneutischen Sinne

„tabula rasa“, also in seinem uninformierten ursprünglichen Zustand, könnte der Beobachter an Mienen oder Gesten fremder Menschen keine äußeren Haltungen wie freundliche oder feindselige Gefühle ablesen. Obwohl zwischen der Lebenswelt des Beobachters und seiner Gegenstandswelt große Unterschiede bestehen können, lässt sich grundsätzlich plausibel vermuten, dass die Menschen als Gattungswesen ursprünglich Gefühle und bestimmte Repräsentationsformen gemeinsam haben und miteinander teilen.

Bei der Konstatierung der Erfüllung der zweiten Bedingung handelt es sich grundsätzlich nicht um das Ablesen irgendeines Gefühls, von dem angenommen wird, dass es universal und allgemein zum menschlichen Gattungswesen gehört, sondern um die Konstatierung einer innerlichen normativen Ansicht fremder Menschen. In diesem Fall ist das Vorverständnis des Vokabulars jener Gegenstandswelt, welches insbesondere im normativen Kontext gebraucht wird, von Bedeutung. Denn die Konstatierung einer kritischen Ansicht in jener Gegenstandswelt lässt sich nicht durch die Erkundigung nach der Existenz irgendwelcher feindseliger Gefühle durchführen. Zwar kann sich ein und dasselbe feindselige Gefühl sowohl durch körperliche als auch sprachliche Ausdrücke einer Gegenstandswelt im Beobachter manifestieren. Aber eine normative Ansicht, dass eine bestimmte Handlung aus der inneren Perspektive der in jener Welt lebenden Menschen falsch oder richtig sei, kann sich nur dann dem Beobachter präsentieren, wenn sie in einer sprachlichen Form artikuliert wird. Da die sprachliche Manifestation in der Tat die einzige Existenzform einer normativen Ansicht in der Wirklichkeit darstellt, muss der Beobachter hier wegen der Konstatierung der Erfüllung der zweiten Bedingung das Verständnis über die Sprache jener Welt zur Verfügung haben:

„What are rules? What does it mean to say that a rule exists? [...] The difference between two social situations of mere convergent behaviour and the existence of a social rule shows itself often [not often, but necessarily nach Ansicht des Verfassers] linguistically. In describing the latter we may [...] make use of certain words which would be misleading if we meant only to assert the former. The words must, should, and ought to [...] [are] indicating the pressure of a rule requiring certain conducts.¹⁰⁶ [...] The existence of a rule which the words must, should, and ought to are often a sign.“¹⁰⁷

Hart spricht hier als Engländer im normativen Vokabular seiner Muttersprache Englisch, also derjenigen Sprache mit der ein englischer Beobachter so tief vertraut ist, dass er sich nicht einmal bewusst ist, ob er sich bereits in der inneren Perspektive der englischen Sprache befindet und denkt. Aber dieser Ansatz ist im Prinzip zweifellos auch auf die Beobachtung von Regeln in irgendwelchen anderen Lebenswelten allgemein und universal anzuwenden, die von der Lebenswelt des Beobachters qualitativ so weit entfernt sind, dass der Zugang zur Sprache eingeschränkt ist. Denn Hart entwickelt seine deskriptive Regeltheorie klar und eindeutig nicht für den englischsprachigen Raum, sondern für die Allgemeinheit. Dies impliziert allerdings, dass die Unterscheidungsproblematik zwischen Gewohnheitsregel und Handlungsgewohnheit letztendlich eine heikle Grundproblematik auslöst, nämlich die Frage nach der Beziehung des Beobachters zur Sprache seiner Gegenstandswelt.

6.2 Die Begründung der generativen Regeln

Ausgehend von der ersten Aporie des unendlichen Regresses, die sich aus Harts Methodik als Grundhypothese ergibt, wird diese hinsichtlich der zweiten Bedingung der Regelexistenz im Folgenden betrachtet. Wird von irgendeinem externen Standort aus eine dem Beobachter fremde Lebens-

¹⁰⁶ Hart, CL, S. 8. ff.

¹⁰⁷ Hart, CL, S. 10.

welt beobachtet, aus der er keine sprachlichen Vorkenntnisse hat, und will er trotzdem das Vorhandensein einer inneren, kritischen Ansicht über irgendeine kollektive Handlungsgewohnheit mit feindseliger Haltung konstatieren, braucht er nach der These der ersten Aporie die Hilfe eines Lehrers, der hinter ihm steht und ihm beibringt, welches Vokabular in jener Welt normativ gebraucht wird. Der Lehrer ist dabei derjenige, der anders als der Beobachter sowohl den Sinn als auch die Gebrauchsweise des Vokabulars jener Gegenstandswelt schon verinnerlicht hat.

Hierbei fragt sich, ob dieser Lehrer, der zwischen seinem Schüler und der Gegenstandswelt innerlich vermittelt, zur eigenen Lebenswelt des Beobachters oder der fremden Gegenstandswelt gehört. Diese Problematik läuft aber letztendlich auf die Frage hinaus, ob ein wertneutraler Beobachter nur hinsichtlich der Sprache einer Gegenstandswelt eine innere Perspektive annehmen kann, ohne sich in jener Welt hermeneutisch zu engagieren bzw. ob es möglich ist, dass der Beobachter hinsichtlich der Sprache der Gegenstandswelt eine innere Perspektive aktiviert lassen kann, während er dabei den allgemeinen hermeneutischen Horizont jener fremden Lebenswelt nicht einbezieht. Es ist zu untersuchen, ob lediglich aufgrund der reinen sprachlichen Vorkenntnisse feststellbar ist, ob eine Handlungsgewohnheit jener Welt von einer solchen kritischen Ansicht normativ unterstützt wird, d.h. als positive Regel existiert, obwohl der Beobachter vom allgemeinen Lebensvorgang jener Welt weder Ahnung noch Antizipation hat.

6.3 Die sprachlichen Vorkenntnisse garantieren an sich weder die Feststellung der Existenz noch den Inhalt einer Gewohnheitsregel

Die Szene, dass Hart die innere Perspektive eines Schachspielers mit der eines Babys vergleicht, das nur zufällig einen richtigen Zug auf dem Schachbrett gemacht hat, zeigt wohl, wie sehr er von der fantastischen Idee des hermeneutisch leeren Raums der Wertneutralität gefangen ist. Dort äußert er, dass der Spieler (und ebenfalls der Beobachter) anders als das Baby derjenige ist, der die Gebrauchsweise des normativen Vokabulars („should/had to“ bzw. „richtig/falsch“) richtig versteht. Und eben dieses sprachliche Potenzial macht nach Harts Meinung den wesentlichen Unterschied zwischen dem Baby und dem Spieler (und dem Beobachter) aus. Trotzdem ist es möglich, sich ohne große Probleme denjenigen vorzustellen, der zwar die allgemeinen Sprachkenntnisse jener Welt beherrscht, aber von der Existenz bzw. dem konkreten Inhalt solcher Zugsregeln des Schachspiels eben keine Ahnung hat. In dieser Situation hätte der Beobachter keine Regel ablesen können, wenn sie ihm von seinem Lehrer nicht vorher beigebracht worden wäre.

Hart scheint eindeutig und konsequent in seiner Regeltheorie durchweg darauf zu bestehen, dass ein auf irgendeinem externen Standort einer Gegenstandswelt stehender Beobachter nur der sprachlichen Vorkenntnisse einer Gegenstandswelt bedarf, um eine Regelexistenz bzw. deren Inhalt konstatieren oder angeben zu können. Vor diesem Hintergrund behauptet er hartnäckig, dass der Beobachter seinen Beobachtungsgegenstand für sich selbst nicht als Regel zu akzeptieren braucht:

„[...] legal theory must take account of an internal aspect on the law which is the viewpoint of an insider or participant [...] And no adequate account of this internal aspect can be provided by a descriptive theory whose viewpoint is [...] that of an external observer. But there is [...] nothing in my book to preclude a [...] external observer from describing the way in which participants view the law from such an internal point of view. [...] So I explained in this book [...] that participants manifest their internal point of view in accepting the law as providing guides to their conduct and standards of criticism. Of course a descriptive legal theorist does not as such himself share the participants' acceptance of the law in these ways [...] but he can and should describe such acceptance [...] It is true that [...] the descriptive legal theorist must understand what it is to adopt the internal point of view and [...] he must be able to put himself in the place of insider; but this is not to accept the law or share or endorse the insider's internal point of view or in any other way to surrender his descriptive stance.¹⁰⁸ [...] Description may still be description, even when what is described is an evaluation.“¹⁰⁹

Nur wenn ein Beobachter durch irgendein hermeneutisches Denken etwas in einer Gegenstandswelt als eine Regel akzeptiert, kann er dies als eine Regel für jene Welt angeben und darstellen, d.h. die Angabe der Existenz und des Inhalts einer Regel in einer Gegenstandswelt ist im Wesentlichen die Wiedergabe seiner eigenen Akzeptanz dieser Regel, welche aus seiner eigenen inneren Perspektive schon bearbeitet worden ist. Auf den ersten Blick erscheint diese Ansicht der vorliegenden Arbeit zwar als seltsam, sobald aber Harts Beispiel näher betrachtet wird, leuchtet sie ein.

6.4 Die Feststellung der Existenz der generativen Regeln aus dem rein heteronomen Akzeptanzmodus

Die folgende Frage geht auf den Punkt zurück, von dem Hart ausging: Kann ein Beobachter wirklich – wie Hart annimmt – von irgendeinem externen Standort aus etwas im Schachspiel als eine Regel angeben, ohne dieses etwas dabei seinerseits als Regel zu akzeptieren? Diese Behauptung ist

¹⁰⁸ Hart, CL, S. 242.

¹⁰⁹ Hart, CL, S. 244.

offensichtlich Unsinn. Die Quelle dieser ewigen Verwirrung bzw. dieses Unsinns im Rahmen der Hart'schen Regeltheorie liegt darin, dass Hart die Akzeptanz von etwas als irgendeinen normativen Maßstab vorschnell mit der Wertung desselben identifiziert hat. Die Regeln des Schachspiels stellen ein klares Gegenbeispiel dafür dar, dass bei Akzeptanz einer Klasse von Regeln überhaupt gar keine Wertung gebraucht wird. Das Bewusstsein, dass die anderen als Beobachter das Schachspiel seit langem nach jenen Regeln spielen, bildet in der Tat seinen einzigen Akzeptanzgrund, weshalb er sie als Regel des Schachspiels angeben kann. An solchem Moment der Akzeptanz gibt es offensichtlich überhaupt keinen Wertungsakt von Seiten des Beobachters. Nur die ihm bewusste soziale Tatsache, dass die anderen etwas als Regel in irgendeinem Systemdenken von jeher akzeptiert hatten und danach lebten und eine sich daraus ergebende Voraussage, dass sie an jener Lebensweise weiterhin festhalten werden, bildet den exklusiven Hintergrund für seine akzeptierende Darstellung einer Regelexistenz in irgendeinem Systemdenken. In diesem Sinne kann dieser Akzeptanzmodus als rein heteronom bezeichnet werden, wie bereits im ersten Kapitel der vorliegenden Arbeit ausformuliert ist. Der Akzeptanzgrund, der lediglich von irgendeiner inneren Perspektive Fremder bestimmt wird, kann generell heteronom genannt werden.

Ebenfalls bereits im ersten Kapitel der vorliegenden Arbeit wird eine Klasse von Regeln, die aus der inneren Perspektive des Beobachters nur durch den rein heteronomen Akzeptanzmodus des Systemdenkens ontologisch erscheint, als generative Regel und deren Hauptvertreter als Sprachregel bezeichnet. Das scheinbare Paradoxon, dass die Feststellung der Existenz einer Regel in einer Gegenstandswelt die Akzeptanz des Beobachters derselben voraussetzt, zeigt

sich insofern, als ein Beobachter eines Schachspiels dessen Spielregeln nicht von irgendeinem äußeren Standort aus auffassen kann, ebenso nicht in der Lage ist, eine Sprache von irgendeinem äußeren Standort aus als Regel aufzufassen. Die Einsicht, dass eine Situation eine bloße Fantasie ist, dass man seine Muttersprache von irgendeinem äußeren Standpunkt aus beobachten kann, d.h. die Einsicht, dass er sich von seiner Muttersprache nicht auf irgendeinem künstlichen Wege völlig entfremden bzw. befreien kann, hilft dem Leser, dieses scheinbare Paradoxon für aufgelöst zu halten.

6.5 Die letztendliche Beseitigung der Hart'schen Grundhypothese

All jene Argumente, die bisher gezeigt und entwickelt worden sind, weisen klar und eindeutig darauf hin, dass der fast Kult gewordene Glaube Harts, es gebe bei der Betrachtung der Normativitäten einer Gegenstandswelt eine äußere Stelle bzw. einen externen Standort der Beobachtung, von der bzw. dem aus eine rein deskriptive, wertneutrale Beobachtung ausgeführt werden kann, als eine Fantasie aufzugeben ist. Das Wesen dieser eisernen Fantasie des Positivismus, welche die Sicht der Rechtstheoretiker und Praktiker vom hermeneutischen Licht abgeschirmt hat, muss als richtig betrachtet werden. Daraus entsteht die radikale Weckung der neuen Einsicht, dass es bei der Betrachtung der Normativitäten einer Gegenstandswelt keine bloß objektive Stelle gibt, die der szientifischen und wertneutralen Beobachtung dient, wie etwa die Mathematiker oder Physiker in Bezug auf ihre Gegenstandswelt innerlich annehmen. Der Beobachter normativer Gegenstände kann sich in keinem Moment der Beobachtung von seiner eigenen inneren Perspektive befreien, die ihm durch sein Engagement in seiner Lebenswelt schon innerlich erschien.

Das große Ganze solcher inneren Perspektiven des Beobachters, das ihm ursprünglich anhaftet und in dem er geistig lebt und schicksalhaft weiter leben muss, haben wird in der vorliegenden Arbeit hermeneutischer Raum genannt. Den hermeneutischen Raum hinsichtlich des positiven Rechts begreift Savigny nicht zuletzt als Volksrecht. Vor diesem Hintergrund sind die Erklärung von Begrifflichkeiten des Volksrechts und der sich daraus ergebenden juristischen Methodenidee, die doppelte Rekonstruktion des positiven Rechts am konkreten Fall, was gerade das Kennzeichen des prinzipiellen Denkens im positiven Recht überhaupt bildet, das Thema des vierten und sechsten Kapitels.

Zuvor ist jedoch der Begriff der sogenannten positiven Regeln der Moralitäten, der vom Positivismus geprägt worden ist, rekonstruierend darzustellen, weil sich nur dadurch der Kontrast von zwei gegensätzlichen geistigen Strömungen bilden lässt, der insbesondere in Bezug auf das Wesen des Gewohnheitsrechts von großer Bedeutung ist. In der Tat stellen die beiden unterschiedlichen Ansichten – einerseits die positivistische Ansicht, dass sich das Gewohnheitsrecht als eine Art der positiven Regeln der Moralität grundsätzlich durch den heteronomen Akzeptanzmodus des Beobachters bestimmen lasse und andererseits die hermeneutische Gegenansicht, dass ein solches unsichtbares Recht in der Gewohnheit in dem reflexiven Beobachter grundsätzlich nur durch seinen autonomen Akzeptanzmodus in Erscheinung tritt – Gegenpole dar, durch die sich das Spannungsverhältnis innerhalb der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie stets generieren lässt. Wie Austin bemerkt hat, handelt es sich beim Thema Wesen des Gewohnheitsrechts und die richtige juristische Methodik der Rechtsfindung und -fortbildung wohl um das schwierigste. Auch wenn die generative Regel und

der hermeneutische Raum keine unproblematischen Begrifflichkeiten sind, soll hier die Behauptung gewagt werden, dass durch das Einschlagen eines neuen Wegs das Gewohnheitsrecht, eine plausible Methodenlehre der richterlichen Rechtsfindung bzw. Rechtsfortbildung erklärt, begründet und vorgeschlagen werden kann.

7. Eine Rekonstruktion der Hart'schen Regeltheorie

Vor diesem Hintergrund soll als erster Schnitt der Hauptargumentation zum Begriff des Rechtsprinzips eine hermeneutische Rekonstruktion der Regeltheorie Harts erfolgen, denn nur so kann mit dem darin enthaltenen Grundparadox aufgeräumt werden. Auf diese Weise werden der eigene Sinn und die Bedeutung des hermeneutischen Denkens, welche als allgemeine geistige Grundlage von Rechtsprinzipien gelten, noch deutlicher.

Wird der oben gewonnenen Einsicht gefolgt, dass ein Beobachter in Bezug auf die normativen Gegebenheiten seiner Lebenswelt auf keinen Fall irgendeinen externen Standort einnehmen kann, aufgrund dessen er eine wertneutrale und objektive Aussage zu geben vermag, muss daraus der Schluss gezogen werden, dass sich der Beobachter bei derartigen Beobachtungsgegenständen umgekehrt stets selbst innerhalb irgendeiner inneren Perspektive befunden hat. Die Existenz einer inneren Perspektive nahm bei der Beobachtung der generativen Regeln in der eigenen Lebenswelt des Beobachters wie im Fall des Schachspiels eine typische Form des zirkulären Schlusses an. Wer die einzelnen Regeln des Schachspiels angeben will, muss sie davor also von irgendeinem systeminternen Gesichtspunkt aus schon als Regel akzeptiert haben. Als Wesenszüge einer derartigen

Beschreibung stellte sich erstens ihr zirkulärer (der Beobachter muss vor dem Akt der Beschreibung etwas als Regel schon akzeptiert haben) und zweitens ihr wertneutraler Charakter (die Beschreibung erfordert keine Wertung durch den Beobachter) heraus. Als typische Art einer solchen Beschreibung zeigte sich die Beschreibung der Regeln der Muttersprache mit der Besonderheit, dass sie als ein ursprünglicher Ort fungierte, an dem sich das normative Denken in seiner elementarsten Form zum ersten Mal generieren lässt. In diesem Sinne wird die Regel der Muttersprache als primäre generative Regel bezeichnet.

In diese geistige Lage des Daseins innerhalb irgendeiner inneren Perspektive fließt notwendigerweise der systematische Gesichtspunkt ein, der dazu führt, jene singuläre Regel durch eine innere Tendenz fast mechanisch zu gebrauchen. Eine Situation, in der die Regel der eigenen Muttersprache bzw. des Schachspiels anderen gegenüber unbewusst fast mechanisch gebraucht und geltend gemacht wird, bildet dabei einen Musterfall. Diesbezüglich hat Hart einige interessante Bemerkungen hinterlassen:

„Very often when a person accepts a rule as binding [...] he may see what it requires [...] quite intuitively, and do that without first thinking of the rule and what it requires. The most important [...] factors which show that in acting we have applied a rule is that if our behavior is challenged we are disposed to justify it by reference to the rule. [...] the genuineness of our acceptance of the rule may be manifested [...] in our criticism of our own and other's deviation from it. On such or similar evidence we may indeed conclude that if, before our 'unthinking' compliance with the rule, we had been asked to say what the right thing to do was and why, we would [...] have cited the rule in reply. It is this setting of our behavior among such circumstances, and not its accompaniment by explicit thought of the rule.“¹¹⁰

Der fast mechanische Gebrauch generativer Regeln und die Kritik anhand derer setzt nämlich voraus, dass die kritisieren-

¹¹⁰ Hart, CL, S. 140.

den und die kritisierten bzw. die Regelberufenden und Regeladressaten durch ein und denselben systematischen Gesichtspunkt miteinander verknüpft sind. Dieser Gesichtspunkt stellt nämlich einen Ort dar, worin sich beide Parteien eine gemeinsame Gewissheit vorstellen können, durch die eine sichere Anwendung einer bestimmten Regel auf eine bestimmte Situation gesichert wird.

7.1 Die Anwendung der oben gewonnenen Einsicht auf sogenannte positive Regeln der Moralitäten und Etikette

Zur Frage, wie sich dies bei den anderen Regelarten verhält, wie etwa Regeln der Moralitäten bzw. Etikette, hat Hart einen sehr interessanten, aber zugleich sehr problematischen Ansatz:

[...] ignoring differences between a consensus of convention [...] and a consensus of independent conviction manifested in the [...] practice of a group. Rule are conventional social practices if the general conformity of a group to them is part of the reasons which its individual members have for acceptance.¹¹¹ [...] According to Dworkin, a normative rule [...] can only exist if there is a certain normative state of affairs. Dworkin, it appears, means by a normative state of affairs the existence of good moral grounds for doing what the rule requires [but] his account of the existence condition of a social rule seems to me far too strong. For it seems to require that the participants who appeals to rule [...] must believe that there are moral grounds [...] for conforming to rules. Plainly a society may have rules accepted by its members which are morally iniquitous, such as rules prohibiting persons of certain color from using public facilities such as parks [...] it is far too strong as a general condition [...] For some rules may be accepted simply out of deference to tradition or the wish to identify with others or in the belief that society knows best what is to the advantages of individuals. These attitudes may coexist with a more or less vivid realization that the rules are morally objectionable [...] when question arises as to why those who have accepted rules as a guide to their behavior or as a standards of criticism [...] I see no reason for selecting [...] a belief in the moral justification of rules as the sole possible or adequate answer.¹¹²

¹¹¹ Hart, CL, S. 255.

¹¹² Hart, CL, S. 256 f.

Diese Bemerkungen von Hart scheinen schlechthin vor allem zu sagen, dass der externe Standort, von dem aus der Beobachter die Existenz und den Inhalt einer sozialen Regel angibt, bei der Beschreibung der normativen Gegebenheiten in seiner eigenen Lebenswelt mit dem Standort desjenigen zu ersetzen ist, der seinen Gegenstand, also eine soziale Regel in seiner Lebenswelt, in einem fast heteronomen Modus, d.h. ohne Selbstüberzeugung, und zwar nur von der Ansicht anderer abhängig, akzeptiert hat. Ein solcher Akzeptanzmodus ist aber nicht als rein heteronom, sondern als fast heteronom zu charakterisieren, denn der Beobachter möchte – wie Hart gerade oben gesehen hat – bei der Akzeptanz solcher Regeln in sich eine Wertung vorgenommen haben, obwohl sie sehr karg und schwach sein mag. Also, das Bewusstsein „The Society may know in general best what is the advantages of individuals“ mag als eine Art schwacher Wertung, also als ein genereller Grund einer betreffenden Regel, gelten. Es fragt sich nun, ob sich der Beobachter hier zur Regelangabe wie bei der Angabe von generativen Regeln davor innerhalb irgendeiner inneren Perspektive befunden haben muss.

Um diese Frage zu beantworten, sei zunächst an die im ersten Teil dieser Arbeit ausführlich dargestellte Unterscheidung zwischen zwei qualitativ differenten Gegenstandswelten bei der Regelangabe erinnert: Einerseits die dem Beobachter fremde Lebenswelt, in welcher er selbst weder aktuell lebt, noch sich darin praktisch engagiert, und andererseits seine eigene Lebenswelt, in welcher er selbst groß geworden ist und noch lebt, indem er seine eigene Lebens- und Denkweise pflegt. Hart kennt diesbezüglich keinen Unterschied. Er besteht blind nur darauf, dass ein wertneutraler Beobachter eine moralisch ungeheuerliche Regel als positive Regel einer Gegenstandswelt – und zwar gleichgültig, ob sie sich

auf die eigene oder fremde Lebenswelt bezieht – angeben kann.

Auf den ersten Blick scheint dies unproblematisch, sofern Harts Hypothese unkritisch akzeptiert wird. Als Engländer in den 1950er-Jahren, also in der Zeit, in der die Bürgerrechtsbewegung in den USA noch nicht aktiv eingesetzt hatte, vermochte Hart wohl getreu seiner eigenen Hypothese die nach seiner moralischen Ansicht ungeheuerliche Praxis in den USA, dass schwarzen Bürgern in sozialer Gewohnheit verboten wird, den öffentlichen Park zu benutzen, immerhin als eine soziale Regel in der dortigen Lebenswelt anzugeben. Eine derartige wertneutrale Regelangabe aus einer fremden Lebenswelt muss aber für ihn nur deshalb möglich gewesen sein, weil sie auf seine eigene Lebenswelt und seine eigene Identität keine praktischen Auswirkungen hatte.

Wie schon im ersten Teil dieser Arbeit durch die exemplarische Erklärung eines Vegetariers in Bezug auf die Gewohnheit des Fleischverzehrs ausführlich erörtert, begibt sich der Beobachter durch eine derartige Regelangabe zwar nicht in einen logischen, aber in einen performativen Selbstwiderspruch, durch den er sich in eine Lage bringen lässt, in der er von seiner eigenen Lebenswelt und seinem eigenen Lebensstil ausweglos entfremdet wird.

Das Grundproblem der Selbstentfremdung des Beobachters, das durch die sogenannte externe Selbstpositionsannahme veranlasst wird, verschleierte Hart dadurch, dass er letztendlich um der Selbstrettung willen sagt, dass es in Bezug auf die Regelangabe in den Feldern der Moralität bzw. Etikette nur einen einzigen Aussagemodus gebe, der nur als äußere Aussage gelte: „They accept [...] as a rule that [...].“ Dabei

schließt Hart den Aussagemodus „It is a rule [...] that [...]“ bewusst aus:

„[...] what it was in the simple case of customary rules – an external statement of the fact that a certain mode of behavior was generally accepted as a standard in practice.¹¹³ [...] In the simple system of primary rules of obligation [...] the assertion that a given rule existed could only be an external statement of fact such as an observer who did not accept the rules might make [...] by ascertaining [...] as a matter of fact, a given mode of behavior was generally accepted as a standard and [...] accompanied by those features, which, [...] distinguish a social rule from mere convergent habits. It is in this way [...] that we should now interpret [...] that assertion that in England a rule [...] exists that we must bare the head on entering the church.“¹¹⁴

Der Grund dafür, diese sehr seltsame Meinung als authentische Ansicht für den einzigen Aussagemodus über eine Regelexistenz in der Lebenswelt zu akzeptieren, lässt sich nirgends finden. In Harts Behauptung ist nur reine Willkür erkennbar, denn mit dem Aussagemodus „They accept it as a rule that [...]“ kann niemand in seiner Lebenswelt mit den anderen überhaupt irgendein Unternehmen bzw. irgendeine Handlung durchführen. Hätten alle Mitglieder einer Lebenswelt nur dieses einzige Regelbewusstsein in sich aktiviert, ohne sich selbst in diese Gruppe einzuschließen, ist fraglich, ob die Menschen mit solchen Regeln überhaupt etwas anfangen könnten. Es würde sich um eine wertlose Regel ohne Nutzen handeln. Nur eine Erklärung für Harts groteske Ansicht ist vorstellbar, nämlich dass der äußere Aussagemodus über die Regelexistenz in der Tat ein verschleierter innerer Aussagemodus ist für „It is a rule [...] (in our world) that [...], because they accept it as a rule“.

¹¹³ Hart, CL, S. 110.

¹¹⁴ Hart, CL, S. 109.

7.2 Zwischenergebnis

Hier ist der Punkt erreicht, an dem die Hart'sche Regeltheorie in zwei Einsichten kritisch rekonstruiert werden kann: Erstens, seine Behauptung, dass die Regelangabe im Feld der Moralitäten bzw. Etikette nichts anderes sei, als eine bloß externe Aussage über die Tatsache einer Gegenstandswelt, gewinnt nur dann eine gewisse Plausibilität, wenn der Beobachter seine Beobachtung und Regelangabe lediglich für eine fremde Lebenswelt einschränken lässt. Zweitens, bei der Regelangabe in der eigenen Lebenswelt des Beobachters muss seine ursprüngliche Behauptung grundsätzlich modifiziert werden, wobei der Beobachter auf dem sogenannten externen Standort bei der sogenannten quasi wertneutralen Regelangabe in der Tat derjenige ist, der seine Gegenstände schon von seiner eigenen inneren Perspektive aus durch den fast heteronomen Modus akzeptiert hat.

7.3 Unterwegs zum Begriff des Volksrechts bei Savigny

Nur wenn sich der Mensch ursprünglich ex ante innerhalb einer inneren Perspektive seiner Lebenswelt befunden hat, kann er sich etwas als normative Gegenstände überhaupt vorstellen. In der vorliegenden Arbeit wird diese Einsicht in Bezug auf die generativen Regeln als schicksalhafte Existenzbedingung des Menschen selbst angesehen, während im Feld der Moralität und Etikette an die Argumentation zur Selbstentfremdung appelliert wird.

Harts Fehler besteht also darin, dass er ohne kritisches Selbstbewusstsein ein methodologisch falsches Grundbild angenommen hat, nämlich dass der Beobachter bei seiner Beobachtung einen solchen externen Standort beliebig einnehmen kann. Dieser Fehler trifft auch auf die Moral- und

Rechtspositivisten im Allgemeinen zu und stellt geradezu die Quelle dar, aus der alle rätselhaften Verwirrungen und Widersprüche um seine Regeltheorie herum entstehen. Allerdings gibt es keinen einzigen Grund, diesen Harts Basisfehler weiter zu akzeptieren, im Gegenteil: Durch die Befreiung davon eröffnet sich ein neuer Erkenntnishorizont. Der Mensch muss sich in der Tat bei der Betrachtung und Darstellung von normativen Gegebenheiten in der eigenen Lebenswelt auf irgendeinem inneren Standort der eigenen Lebenswelt, also auf irgendeinem Gemeinplatz bzw. irgendeinem Topos, der nicht rein solipsistisch aufgestellt ist, befunden haben, um diese geistige Tätigkeit überhaupt ausführen zu können.

Es ist Friedrich Carl von Savigny, der diese Ansicht, die als allgemeine Erkenntnisbedingung für normative Gegebenheiten einer Gesellschaft gilt, durchgehend eingesehen und sich zu eigen gemacht hat. Sein Begriff und Theorie des Volksrechts gilt als allgemeiner Erklärungsrahmen für diese Erkenntnis. Savignys Denken steht im klaren Kontrast Harts Regeltheorie. Jene Begrifflichkeit und der notwendig auf sie bezogene Gegensatz über das Wesen des Gewohnheitsrechts zwischen Savigny und Hart bilden das Thema des vierten Kapitels.

7.4 Die ewige Legitimationsverschiebung

Nach der rekonstruierten Ansicht von Hart erfüllt der Aussagemodus „It is a rule that [...] because they accept it [...] as a rule“ aus der eigenen inneren Perspektive des Beobachters per se zugleich die gültige Existenzbedingung einer Regel. Dabei handelt es sich nur um eine Konstatierung. Etwa die Aussage „in England exists a rule [...] that males must bare the head on entering the church“ ist nach dieser modifizierten

Ansicht umzuinterpretieren in: „It is a rule that the male head on entering in church is to be bared, because people accept it as a rule.“ Dabei würde diese Aussage als hinreichende Existenzkonstatierung jener Regel gelten, sofern sich die darin enthaltende soziologische Bedingung als wahr erweist.

Es gilt zu bestimmen, wer bzw. was „they“ bzw. „sie“ sind, die als ein kollektives anonymes Subjekt die Existenz einer Regel konstatieren und sich für den regelangehenden Beobachter als eine Autorität darstellt. Vor allem steht außer Zweifel, dass „sie“ wie der Beobachter ein qualitativ homogenes Subjekt sind, indem der Beobachter selbst als ein anonymes einzelnes Mitglied zu „ihnen“ gehört. Vor diesem Hintergrund befindet sich der Beobachter in seiner Anonymität in der Lage, in der er von jeglicher Legitimationsbelastung jener Regel befreit ist, obwohl er selbst als ein einzelner Träger solcher kollektiven normativen Überzeugung handelt. So handelt auch ein anderes Mitglied, das wie der Beobachter zu jener Gruppe gehört, und leitet seinen Handlungsmaßstab im gleichen Modus ab, wie der Beobachter ihn aus seiner Gruppe heteronom entnimmt.

Sofern nicht das einzelne Subjekt, sondern die kollektive anonyme Menge als Träger und Quelle normativer Überzeugungen, also das Individuum nicht als einzige Einheit für die Generierung von Normen einer Gesellschaft angenommen wird, geht deren Legitimationsgrundlage in der Tat verloren. Denn ein Mitglied einer anonymen Menge würde angesichts der Frage zur Legitimation auf die anderen hinweisen, was tatsächlich auf eine ewige Legitimationsverschiebung hinausläuft. Die Unerklärbarkeit und Wurzellosigkeit sozialer Normen bezüglich der Legitimationsfrage ist das fatale Problem, das der positivistischen Ansicht über das Wesen der Gewohnheitsregel im Allgemeinen zugrunde liegt. Also diejeni-

gen, die in der Vorstellungswelt der Positivisten leben, sind in der Tat diejenigen, die auf die Frage nach dem Ursprung von Normen ihrer Gesellschaft schweigen.

7.5 Das Wesen der Hart'schen Regeltheorie

Harts Regeltheorie, sofern sie hier richtig rekonstruiert wurde, ist nichts anderes als eine Einheitslehre sowohl der Erklärung als auch der allgemeinen Legitimation der sogenannten positiven Gewohnheitsregel. Nach ihr bestimmt und legitimiert sich eine Gewohnheitsregel im weitesten Sinne – seien es die generativen oder die Regeln im Feld der Moralität und Etikette – grundsätzlich durch das heteronome Abhängigkeitsverhältnis der Beobachter voneinander, indem es dabei keine Selbstüberzeugung von Einzelnen benötigt.

Dies zeigt – wie im vierten Kapitel erörtert werden soll – den klaren Kontrast zum Hermeneutismus auf, der von Savigny und Dworkin konsequent vertreten wird. In diesem Zusammenhang lohnt es sich, die folgende relevante Bemerkung Harts zu lesen:

„[...] the slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and then obligatory, and the converse process of decay [...] when deviations, once severely dealt with, are first tolerated and then passed unnoticed.“¹¹⁵

8. Austins hermeneutische Konzeption des Befehls und der politische Autoritarismus als allgemeine normative Basis des positiven Rechts

Durch die kritische Rekonstruktion der Befehlslehre Austins und des Hart'schen Regelbegriffs, welche am Anfang dieses

¹¹⁵ Hart, CL, S. 92.

Kapitels über eine hermeneutische Uminterpretation der metaphysischen Grundannahme Austins als Begrifflichkeit der positiven Moralität neu bestimmt wurden, wird jenes Moment der „public opinion“ in ein neues Licht gestellt. Vor diesem Hintergrund wird diese in der vorliegenden Arbeit als ein geistiger Zustand des hermeneutischen Beobachters verstanden, in dem er durch den bloß passiven Modus – also ohne seine Selbstüberzeugung – eine bestimmte Ansicht anderer als seinen eigenen Handlungsmaßstab akzeptiert hat. Auf diese Weise wird ein Bild von Austin über die Beziehung zwischen dem positiven Recht und der politischen Gesellschaft gewonnen, insbesondere darüber, wie der politische Autoritarismus in Bezug auf das positive Recht in die Grundidee des Utilitarismus mündet.

8.1 Die hermeneutische Konzeption des Befehls

Wie gesagt ging Austin zunächst um der Erklärung der aktuellen Existenz von den normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft willen vom Supponieren der ontologischen Gottheit aus. Daraus leitete er die Grundkonzeption des absoluten Befehls ab. Austins metaphysische Annahme einer Gottheit und die Begrifflichkeit des absoluten Befehls wurde zuvor in diesem Kapitel hermeneutisch dahin uminterpretiert, dass es um der Erklärung der Normativitätsexistenz einer Gesellschaft willen ursprünglich ein inneres asymmetrisches Kommunikationsverhältnis zwischen zwei Seienden, und zwar einem Übergeordneten und den Untergeordneten, geben soll, die aber eine gewisse gemeinsame hermeneutische Grundlage von Sinndeutung teilen. Dieser Grundlage der kommunikativen Sinndeutungen wurde in der vorliegenden Arbeit einer eigenen Terminologie bezüglich des hermeneutischen Raums angeschlossen. In diesem uminterpretierten Rahmen von Austins Befehlslehre tritt der Mensch als ein untergeord-

neten Befehlsnehmer auf, während sich die Gottheit als absoluter Befehlsgeber präsentiert.

Hierbei ist übrigens klar, dass der Begriff des Befehls als Prädikat des asymmetrischen kommunikativen Verhältnisses eine Konzeption der Autorität erfordert. Denn jene zwei Seienden können sich erst dadurch vorstellen, dass sie sich für- und gegeneinander in einem solchen besonderen kommunikativen Verhältnis befinden. Für den Befehlsnehmer nimmt diese innere Vorstellung nicht zuletzt die Gestalt des Gehorsamsverhältnisses an. Dagegen erscheint die hermeneutische Konzeption des Befehls dem Befehlsgeber in der inneren Vorstellung als absolute Freiheit für die Durchsetzung seines eigenen Willens. Die hermeneutische Konzeption des Befehls erscheint also zum einen unter dem inneren Gesichtspunkt vom Befehlsnehmer aus als Gehorsamsvorstellung, nämlich als Pflicht zur unbedingten Verwirklichung des Willens seines Herrn, während sie zum anderen unter dem Gesichtspunkt des Befehlsgebers als absolute Freiheit zur willkürlichen Durchsetzung seines eigenen Willens erscheint, was an sich an keine anderen äußeren Instanzen gebunden ist.

Da sich die Gottheit begrifflich nach ihrem eigenen Wesen als Einheit absoluter Notwendigkeiten bestimmen lässt, schließt sich die Konzeption der absoluten Freiheit zur Durchsetzung der eigenen Willkür des Befehlsgebers automatisch an. Bei den anderen Arten des Befehlsgebers, insbesondere beim Gesetzgeber im Feld des positiven Rechts, verhält es sich nach Austin folgendermaßen:

„If we take the principle of utility as our index the divine command, we must infer that obedience to established government is enjoined by the Deity. For, without obedience to the power which be, there were little security and little

enjoyment.¹¹⁶ [...] Generally speaking, the intentional killing of another is an act of pernicious tendency. If the acts were frequent, it would annihilate that general security, which are, or should be, the principal ends of political society and law."¹¹⁷

8.2 Die Angst vor Anarchie und die Achtung der existierenden politischen Macht per se

Austins Argument ist ernst zu nehmen, denn sofern die Konzeption des metaphysischen Superiors mit der inneren Vorstellung des Gehorsamsverhältnisses der Untertanen bzw. der Subjekte als Existenzgrundlage der normativen Gegebenheiten gilt, liegt der Gedanke sehr nahe, dass die Konzeption des positiven Rechts auf derjenigen des politischen Superiors mit der gleichen inneren Vorstellung seiner Untertanen fußt. Am oben angeführten Zitat zeigt sich, dass Austin einen solchen Ansatz tatsächlich politisch benutzen will. Danach lässt sich eine allgemeine Gehorsamspflicht von Untertanen gegenüber dem Gesetzgeber insofern ursprünglich supponieren wie rechtfertigen, als er ihnen als derjenige souveräne Machtinhaber präsent ist, der fähig ist, durch Unterdrückung anderer Machtgruppen sein eigenes Territorium zu bilden, in welchem die Untertanen generelle Existenzsicherheit genießen können.

Der Begriff des Territoriums, der grundsätzlich zum Bereich des internationalen Rechts gehört, stellt von daher in Austins Denkraum den zentralen äußeren Maßstab für die Existenz des positiven Rechts dar. Die allgemeine Sicherheit einzelner Untertanen in einem solchen Territorium bildet aber zugleich den primären Existenzgrund des positiven Rechts. Vor diesem Hintergrund spricht Austin metaphorisch davon,

¹¹⁶ *Austin*, Lectures, S. 117.

¹¹⁷ *Austin*, Lectures, S. 147.

dass der Gehorsam gegenüber dem souveränen Gesetzgeber der Gottheit gefallen wird, d.h. diese geistige Haltung gehört zur Existenzgrundlage des positiven Rechts.

Es ist auffällig, wie nahe Austins Grundgedanke dem des Hobbes steht. Austin teilt nämlich mit Hobbes den politischen Gesichtspunkt, dass die Angst vor der Anarchie etwas ist, das in einer politischen Gemeinschaft zuallererst beseitigt werden muss. Aus diesem Anspruch leiten beide Autoren eine allgemeine Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem Souverän, d.h. dem exklusiven Machtinhaber, ab. Dies führt tatsächlich dazu, dass die Betonung per se auf „Achtung vor der existierenden politischen Macht“ liegt. Nach ihnen ist eine solche Grundpflicht im Allgemeinen für die meisten Individuen nützlich und wünschenswert, weil nur dadurch die potenzielle Tendenz des Einzelnen, dem anderen zugunsten seiner eigenen egoistischen Interessen bzw. Begierden Schaden zuzufügen, auf effektive und sichere Weise unterbunden wird.

8.3 Politischer Autoritarismus im Begriff des souveränen Gesetzgebers

Bei Austin und Hobbes mündet der politische Autoritarismus in die Idee des Utilitarismus, und zwar durch den individualistischen Denkansatz, dass das Interesse an der Selbsterhaltung jedes Einzelnen das wichtigste und grundlegendste Moment bildet, die Menge zur Gemeinschaft bzw. Gesellschaft werden zu lassen. Dies sei nach deren Ansicht lediglich durch die Existenz eines souveränen Machtinhabers möglich, der dieses primäre Interesse des Einzelnen gewährleisten kann. Sofern also eine Machtgruppe nach dem Machtkampf selbst als souveräner Befehlsgeber eintritt, ist es für die Individuen im Grunde günstig, sie als ihre Regie-

nung anzuerkennen und sich diesem Befehlsgeber zum Gehorsam zu verpflichten.

Nach Austins Befehlstheorie des positiven Rechts ist der Befehlsgeber also im politischen Sinne der Inhaber der realen Macht der letzten Linie, durch welche die Menschen in einem Territorium sowohl Frieden genießen, wie auch in dem sie ihm normative Anerkennung und Gehorsamspflicht schenken. Der Begriff des souveränen Gesetzgebers ist nach Austin grundsätzlich auf doppelten Horizonten zu verstehen, und zwar zum einen auf dem faktischen, zum anderen auf dem normativen.

8.4 Die Bedeutung des Geltungsbereichs des positiven Rechts

Erst durch die Selbstunterordnung unter einen solchen souveränen Gesetzgeber, also durch das Eingehen eines subordinierten Kommunikationsverhältnisses mit demselben, ist es nach Austin möglich, das alltägliche Leben reibungslos zu führen. Der Geltungsbereich des positiven Rechts deckt sich von daher grundsätzlich mit dem Bereich des Gehorsams, und zwar sowohl im tatsächlichen als auch im normativen Sinne.

Sofern Austins Begründung zur primären Anerkennungs- und Gehorsamspflicht des Individuums gegenüber dem souveränen Gesetzgeber als Existenzgrund des positiven Rechts ernst genommen wird, kann aus seinem Positivismus klar und eindeutig eine politische Orientierung abgelesen werden. Austins Rechtspositivismus enthält die Konzeption der allgemeinen Pflicht des Einzelnen gegenüber dem souveränen Gesetzgeber: Er stellt nämlich nicht nur eine deskriptive Theorie des positiven Rechts, sondern auch das politische

Grundpostulat desselben dar. Dieser wichtige Aspekt in Austins Befehlslehre des positiven Rechts – also das gegenseitige Vorsetzungsverhältnis von Deskription und Präskription im Begriff des positiven Rechts selbst – wurde von Hart wegen seines rein wertfreien und deskriptiven Ansatzes völlig ignoriert. Er verdient daher ohne Zweifel große Achtung. Denn erst dadurch kommt der Basisfehler des modernen Rechtspositivismus ins Visier, der behauptet, dass der Positivismus per se eine rein szientifische Disziplin sei, die mit der Legitimationsfrage des positiven Rechts gar nichts zu tun haben kann und soll.

Wird die ursprüngliche Einheit zwischen Sein und Sollen im Begriff des positiven Rechts auf diese Weise betrachtet, kann Austins Befehlskonzeption des positiven Rechts nach dem Gesichtspunkt Harts als eine besondere Art des Akzeptanzmodus einer sozialen Regel rekonstruiert werden. Die hermeneutische Konzeption des Befehls als Gehorsamsvorstellung lässt sich in dieser Hinsicht als eine besondere Art des heteronomen Akzeptanzmodus der normativen Ansicht eines besonderen anderen verstehen, der selbst als souveräner Gesetzgeber einen qualitativ anderen Status als seine Untertanen annimmt.

9. Die hermeneutische Konzeption des Befehls in der Gehorsamsvorstellung

In einem solchen hermeneutisch-politischen Schema akzeptiert das Rechtssubjekt nämlich als ein Befehlsnehmer die normative Ansicht seines Herrn als seine eigene, und zwar auf dem unbedingten Modus. Das heißt, obwohl die normative Ansicht seines Herrn eventuell an einem konkreten Sachverhalt seiner eigenen Ansicht generiert worden sein mag, welche ihn in eine andere Richtung als die seines Herrn

weist, oder/und eine andere Ansicht in der Menge schon aktiviert war, muss er alle anderen Ansichten beseitigen und sich selbst lediglich der seines Befehlsgebers fügen. Denn bei einer solchen Diskrepanz der normativen Ansicht zum tatsächlichen Umgang mit der autoritativen Ansicht, die der souveräne Machtinhaber geäußert hatte, schwankt die Autorität dessen, der die Stabilität der politischen Gemeinschaft ihr zum großen Teil verdankt: „[...] since every departure from a rule tends to weaken its authority.¹¹⁸ [...] *'cesasante ratione legis cessat lex ipsa'* is a maxim which sounds well, but which tends directly to tyranny.“¹¹⁹

Sei es die normative Ansicht seiner eigenen oder die der Menge, wo sie mit der des souveränen Machtinhabers kollidiert, ist diese immer als allgemeiner Handlungsmaßstab einer Gesellschaft gültig. Als Nebenfolge wird in der hermeneutischen Konzeption des Befehls die Rolle der eventuell existierenden konventionellen Ansicht der Menge in Anonymität, die in der Hart'schen Regeltheorie für ausschlaggebend zur Existenzidentifizierung einer Gewohnheitsregel angesehen wird, erheblich reduziert auf die sekundäre Linie in der Rechtsquellenlehre. Sie spielt darin nur eine geringere Rolle, nämlich nur dort, wo der Wille des Gesetzgebers zufällig fehlt bzw. blass und unklar bzw. doppeldeutig ist.

9.1 Der erste Weg zur Regelgewinnung in der Gehorsamsvorstellung gegenüber dem wirklichen Willen des Gesetzgebers

Aus der inneren Perspektive des souveränen Machtinhabers mag sich am häufigsten die Frage stellen, welches wohl das effektivste Mittel sei, um seinen Untertanen seinen Willen am

¹¹⁸ *Austin*, Lectures, S. 113.

¹¹⁹ *Austin*, Lectures, S. 580.

klarsten und eindeutigsten erkennen zu lassen. Hier zeigt sich sofort klar, weshalb in der hermeneutischen Befehlskonzeption des positiven Rechts dem Gesetz als Rechtsquelle eine zentrale Bedeutung beizumessen ist. Denn das Gesetz als sprachlich ein für allemal fixierte Form erfüllt am besten dieses zentrale Interesse des souveränen Machtinhabers. Dort, wo der Wille des Befehlsgebers in der Form eines offiziellen Textes, welcher den exklusiven Status des Beweises seines Willens genießt, in die Wirklichkeit eintritt, ist der allgemein handelnde Untertan von der Bürde befreit, seine eigene normative Vorstellung zum betreffenden Sachverhalt zu bilden bzw. die Vorstellung des Kollektivs nachvollzuziehen. Im Rahmen der hermeneutischen Befehlskonzeption ist dies die Idee des sogenannten Gesetzespositivismus, allerdings ohne den Anspruch auf Vollständigkeit.¹²⁰ In der Tat gibt es dort, wo eine Textautorität in einem solchen exklusiven Glauben akzeptiert worden ist, den Handelnden im Allgemeinen kaum Spielraum für das Andersdenken, weder aus eigener innerer Perspektive noch aus passiver Akzeptanz der konventionellen Ansicht der Masse.

Der Wille des souveränen Machtinhabers in der Form eines Gesetzes reduziert die hermeneutische Sinndeutungsgrundlage des normativen Denkens des Einzelnen – also den hermeneutischen Raum – erheblich. Die Befehlsvorstellung des souveränen Machtinhabers befindet sich dabei im Rahmen des Sprachgebrauchs, der zwischen ihm und seinen Untertanen als bereits geteilt angenommen worden war. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass es ja die eigentümliche Grundlage der hermeneutischen Befehlskonzeption ist, dass zwi-

¹²⁰ Dagegen kommt vor allem die Rechtstheorie von *Karl Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: kritische Abhandlungen*, Band 1 (1892), als die andere Version des Gesetzespositivismus in Betracht, die diesen Vollständigkeitsanspruch aufweist.

schen dem Befehlsgeber und den Befehlsnehmern von vornherein ein solcher semantischer Gemeinplatz bestehen muss.

9.2 Hermeneutischer Gesetzesbegriff: Befehl an allgemeine und besondere Rechtsadressaten – die Bürger und die Richter

Der derart verstandene Gesetzesbegriff, welcher als die eminenteste Form der Rechtsquellen des positiven Rechts in Betracht kommt, erfüllt in Austins Befehlstheorie grundsätzlich zwei Funktionen, einerseits als allgemeiner Handlungsmaßstab für alle Staatsbürger, andererseits als Urteilsmaßstab für Richter. In der Wirklichkeit mögen sich die beiden Funktionen sehr häufig überschneiden, trotzdem empfiehlt es sich, sie unter dem analytischen Gesichtspunkt zu unterscheiden. Austin sagt bezüglich der ersten Funktion:

„He (the judge) legislates as properly judging, and not as properly legislating [...] But a statute law [...] is not the instrument or mean of deciding a specific case, but is intended solely to serve as a rule of conduct.¹²¹ [...] The rule to be observed by the governed is not the ratio legis, but the lex ipsa.¹²² [...] If the literal meaning of the words were not the primary index, [...] all the advantages (real or supposed) of statute legislation would be lost. For the purpose is, to give an index more compendious, compact, and therefore less falliable that is that to a judiciary rule.“¹²³

In diesem Fall stellt das Gesetz für die allgemeinen Bürger einen besonderen Handlungsmaßstab dar, der wie gesagt von ihnen verlangt, sich zu enthalten und andere normative Gesichtspunkte als jenen zu adoptieren. Dieser Anspruch verstärkt sich in der zweiten Funktion für den Richter als ein besonderer Befehlsadressat noch. Er hat nämlich zu erkennen, welche normative Entscheidung sein Herr durch den Text zu dem ihm zugestellten Sachverhalt getroffen hat (bzw.

¹²¹ *Austin*, Lectures, S. 621.

¹²² *Austin*, Lectures, S. 628.

¹²³ *Austin*, Lectures, S. 625.

hätte). In diesem Fall hat ein Richter als Diener seines Herrn eine größere Verpflichtung als die allgemeinen Staatsbürger, seine eigene normative Ansicht zu beseitigen und seine Entscheidung nur getreu dem Willen seines Herrn zu fällen.

Vor diesem Hintergrund wäre es für den Richter sogar eine Schande, seine eigene normative Ansicht zu dem ihm anvertrauten Sachverhalt zu äußern. Es wäre ihm unvorstellbar, eine andere Regel als die im Text niedergeschriebene auf den Fall anzuwenden, und zwar aus dem Grund, als jene schon überholt ist bzw. mit der konventionellen Ansicht seiner aktuellen Lebenswelt nicht mehr verträglich ist:

„For in statute law, the law is one thing, the reason another; the law, as a command, may continue to exist, although its reason has ceased, and the law consequently ought to be (officially) abrogated.¹²⁴ [...] The rule to be observed by the governed is not the ratio legis, but the lex ipsa.¹²⁵ [...] In the process of interpretation (properly so called), the purpose, therefore, is to get at the meaning of the expressions in which the legislator has attempted to convey his intention. [...] if those terms (of a statute law) be not doubtful, the certain sense of those terms must be followed by the judge, although it may conflict with the scope of the statute as collected from other indicia.¹²⁶ [...] Defects in the provision of law may be supplied from its manifest reason, with little or no inconvenience. But if judges might abrogate laws, wholly or in part, whenever their actual provisions were not consistent with their grounds, all statute laws would be abandoned to the arbitrium of the tribunals.¹²⁷ [...] if judges could depart ad libitum from the meaning of those expressions [...] they would desert a more certain, for a less certain guide.¹²⁸ [...] In the case [...] of a statute, the primary index to the law which lawgiver intends to establish, is the grammatical sense of the words in which the statute is expressed.¹²⁹ [...] If the literal meaning of the words were not the primary index, [...] all the advantages (real or supposed) of statute legislation would be lost. For the purpose is, to give an index more

¹²⁴ *Austin*, Lectures, S. 631.

¹²⁵ *Austin*, Lectures, S. 628.

¹²⁶ *Austin*, Lectures, S. 629.

¹²⁷ *Austin*, Lectures, S. 580.

¹²⁸ *Austin*, Lectures, S. 630.

¹²⁹ *Austin*, Lectures, S. 625.

compendious, compact, and therefore less fallible that is that to a judiciary rule.¹³⁰

9.3 Richterliche Rechtssicherheit als Denkökonomie

Hinsichtlich der hermeneutischen Befehlskonzeption des positiven Rechts ist nunmehr eine spezifische Konzeption der richterlichen Rechtssicherheit erreicht. Sofern der offizielle Text des souveränen Machtinhabers in semantischer Klarheit besteht, besitzt er so vollkommene Autorität, dass dessen Sinngehalt den Richtern die Urteilsfindung erheblich erleichtert. Aufgrund dieser Erleichterung und der Verweise auf bestimmte Falllösungen wird von den Richtern erwartet, im Wesentlichen zum gleichen Urteil zu gelangen, und zwar unabhängig davon, wer der Richter ist und welche Weltanschauung er hat.¹³¹

Unter der Herrschaft von Textautorität und -klarheit im besonderen Sinne braucht der Regelanwender grundsätzlich keinen Unterschied zwischen den Momenten der Textherstellung und den Momenten der Anwendung zu machen. Denn in der hermeneutischen Befehlskonzeption des positiven Rechts wird grundsätzlich stillschweigend angenommen, dass eine Diskrepanz zwischen jenen beiden Momenten zu erkennen, nichts anderes ist, als eine versteckte Art der Erkenntnis dessen, was sein Herr ursprünglich vorgedacht hatte und was der Regelanwender bzw. die Menge in seiner Lebenswelt *hic et nunc* für (und zwar in zweitem Fall konventionell) richtig hält. Aus diesem Grund dürfte nur da, wo der Herr seinem Diener einen solchen Urteilsspielraum bewusst

¹³⁰ *Austin*, Lectures, S. 625.

¹³¹ Eine Konzeption der Rechtssicherheit als Gleichförmigkeit der richterlichen Entscheidungen hat vor allem im deutschsprachigen Raum *Karl Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, 2. Aufl. 1969, als erster konsequent entwickelt.

eingräumt hat, dieser seine geistige Freiheit, allerdings nur in dem ihm eingeräumten Grad, genießen.

Der Diener, also der Richter als Befehlsadressat, soll also in seinem Fall nur das in Geltung bringen, was der Souverän durch den klaren und eindeutigen Text als seinen Willen geäußert hatte. Die hermeneutische Befehlstheorie des positiven Rechts behauptet, dass sich die Rechtssicherheit der Rechtspflege in hohem Grad garantieren ließe, indem der Richter parallel dazu von der unnötigen Bürde der Urteilsfindung befreit wird. Dieser geistige Zustand des Richters bringt in der Folge auch den allgemeinen Untertanen einen sehr großen Vorteil, denn dadurch können sie sowohl ihre allgemeinen Handlungen nach dem Gesetz richten als auch die Resultate ihrer Rechtsstreitigkeiten im Voraus berechnen.

Die Idee der Rechtsicherheit fußt allerdings auf dem Grundgedanken, dass die semantische Klarheit des Textes zum großen Teil das effektivste Mittel des positiven Rechts zur Kontrolle menschlicher Handlungen und Beurteilungen ist.

10. Der Regelutilitarismus als zweiter Weg zur richterlichen Regelgewinnung

Hierbei geht das Interesse der vorliegenden Arbeit von der allgemeinen Thematik des richterlichen Urteils in eine besondere, vielleicht die wichtigste über, welche die amerikanischen und englischen Rechts theoretiker, insbesondere Ronald Dworkin, als „Hard Cases“¹³² bezeichnen.

¹³² Der deutsche Ausdruck „Härtefälle“ trifft hier nicht zu und kann daher nicht verwendet werden.

10.1 Die semantische Grenze der Textklarheit und Unvollständigkeit des Gesetzes

Wo der Wille des Gesetzgebers nicht in der Form des Gesetzes steht, wird im Allgemeinen hinsichtlich des Liberalismus angenommen, dass die allgemeinen Rechtssubjekte – anders als die Moralsubjekte gegenüber der Göttlichkeit – vom Befehl ihres weltlichen Herrn befreit sind. Dagegen ist es selbstverständlich, dass der Richter von seinem Berufsbegriff her auf keinen Fall der Entscheidung des ihm zugestellten Sachverhalts entgeht, etwa weil der betreffende Text überhaupt nicht vorliegt, oder weil – was viel häufiger und wichtiger ist – er sich einer Unbestimmtheit von Begriffen zum Sachverhalt im Gesetztext bzw. in einer Bestimmtheit mehrerer Auslegungen des Gesetzestextes als Ganzes gegenüber sieht, die ihn auf Gegenrichtungen verweisen. In solchen Fällen stößt er nämlich auf die semantische Grenze der Textklarheit im obigen Sinne. Bezüglich solcher Fälle meint Austin, dass der Richter annehmen muss, er sei auch dort an den unsichtbaren Befehl seines Herrn gebunden.

Also muss der Richter dort den inneren Gesichtspunkt seines Herrn selbst annehmen und als dessen Vertreter die Entscheidung treffen, wodurch diejenige Regel entstehen bzw. reflektiert würde, die zur Maximierung des ganzen Glücks seiner Gesellschaft dient. Diese Dichotomie richterlicher Entscheidungen nach dem Maßstab der Textklarheit, also das Feld der durch Textklarheit beherrschten „easy cases“, und dasjenige der vom utilitaristischen Kalkül beherrschten „hard cases“, charakterisiert den Befehlspositivismus im hermeneutischen Sinne. Was Austin unten in Bezug auf den allgemeinen Rahmen des praktischen Denkens über die Dichotomie zwischen „easy cases“ und „hard cases“ geäußert hat, gilt deswegen ebenso – in der Tat noch passender – für die

Problematik der „hard cases“ des Richters, der mit seinem eigenen Kalkül den unsichtbaren Befehl seines weltlichen Herrn suchen muss:

„The revealed law of God, and the portion of the law of God which is unrevealed, are manifested to men in different ways [...] with regard to the laws which God is pleased to reveal, the way wherein they are manifested is easily conceived. They are express commands: portions of word of God: commands signified to men through the medium of human language [...] such the divine laws as are unrevealed are last set by God to his human creatures, but not through the medium of human language, or not expressly [...] though his express declarations are the clearest evidence of his will, we must look for many of the duties, which God has imposed upon us, to the marks or signs of his pleasure which are styled the light of nature. Haley and other divines have proved beyond a doubt, that it was not the purpose of Revelation to disclose the whole of those duties [...] It passes them over in silence, or with a brief and incidental notice.¹³³ [...] the laws of God are not always certain. All divines, at least all reasonable divines, admit that no scheme of duties perfectly complete and unambiguous was ever imparted to us by revelation.¹³⁴ [...] Insomuch as the goodness of God is boundless and impartial, he designs the greatest happiness of all his sentient creatures: [...] From the probable effect of our actions on the greatest happiness of all [...] we may infer the laws which he has given, but has not expressed or revealed.“¹³⁵

Die Metapher der „revelation“ oder Offenbarung, die hier dem Bibeltext die Aura der Heiligkeit verleiht, ist nichts anderes als ein Ausdruck für die Konzeption der metaphysischen Souveränität und gilt ebenso für die Textautorität des weltlichen Gesetzes. Wie die Gottheit ihre Untertanen in erster Linie mit dem heiligem Text beherrscht, so beherrscht der weltliche Souverän seine Untertanen primär mit dem autoritativen Text. Aber wo er auf eine semantische Grenze der Textklarheit bzw. deren Fehlen stößt, die sich aus der Unvollständigkeit des Textes selbst ergibt, muss er sich in dunklen Bereichen als Vertreter seines Herrn ergänzend den Weg suchen, der zur Maximierung des Glücks der ganzen Gesellschaft beiträgt, was gerade dem Willen seines Herrn entspre-

¹³³ *Austin*, Lectures, S. 104.

¹³⁴ *Austin*, Lectures, S. 215.

¹³⁵ *Austin*, Lectures, S. 106 f.

chen würde. Deswegen muss er in den „hard cases“ über die semantische Grenze der Textklarheit hinaus selbst eine innere Perspektive des Utilitarismus aufgreifen.

10.2 Die innere Perspektive des Utilitarismus

Es wurde oben bereits erwähnt, dass die Annahme der Perspektive der Gottheit nach Austins Ansicht die Perspektive des Utilitarismus fordert und umgekehrt. Das impliziert, dass der Utilitarismus sich immer als eine politische Idee auf einer metaphysischen Grundlage bewegt und bewegen soll. In der Tat hat Austin bezüglich der metaphysischen Grundlage des Utilitarismus recht.¹³⁶ Die folgende Argumentation, die Austin selbst unter dem Gesichtspunkt des Regelutilitarismus entwickelte, zeigt wohl, wie hinfällig das Denken aus dem rein profanen liberalen Utilitarismus ist:

„The probable specific consequences of doing this single act, of forbearing from that single act, or of omitting that single act, are not object of the inquiry. The question to be solved is this: if acts of the class were generally done, or generally forborne or omitted, what would be the probable effect on the general happiness or good?¹³⁷ [...] For example, if a poor man steals a handful from the heap of his rich neighbor, the act, considered by itself, is harmless or positively good. One man's property is assuaged with the superfluous wealth of another. But suppose that thefts were general (or that the useful right of property were open to frequent invasions), and mark the result. Without security for property, there were no inducements to save. Without habitual saving on the part of proprietors, there were no accumulations of capital. Without accumulation of capital, there were no funds for the payment of wages, no division of labour, no elaborate and costly machines: there were none of those helps to labour which augment its productive power, and, therefore, multiply the enjoyments of every individual in the community. Frequent invasions of property would bring the rich to poverty; and,

¹³⁶ Austin war der Meinung, dass die utilitaristische Ethik weniger Interesse am Handlungsmotiv des Einzelnen als am Handlungsergebnis hat, da der eigentliche ethische Wert lediglich an diesem messbar sei.

¹³⁷ *Austin*, Lectures, S. 107.

what were a greater evil, would aggravate the poverty of the poor."¹³⁸

Diese Kettenargumentation appelliert im Wesentlichen an die Klugheit des Einzelnen, der zwar über sein sofortiges, direktes Interesse hinaus seine langfristigen Interessen zu vertreten vermag. Innerhalb solcher inneren Perspektive der Klugheit des Einzelnen finden die sozialen, rechtlichen Institutionen ihren Existenzgrund, nicht mehr und nicht weniger. Sie sind für ihn nur insofern da, als sie seinen langfristigen Interessen dienen. Es könnte aber auch einen Armen geben, der im Gegensatz zur oben entwickelten Argumentation dem Eigentum die Legitimität als Rechtsinstitut nicht zugestehen würde, und zwar aus dem folgenden empirischen Grund seiner Beobachtungen. Je mehr Geld jemand hat, desto schneller wird er durch die Kapitalanhäufung reicher, aber je weniger Geld jemand, desto schneller wird er ärmer, und zwar vor allem, weil er von vornherein von der Chance zur Kapitalbildung ausgeschlossen wird. Er könnte in dieser aktuellen gesellschaftlichen Situation nicht zu dem allgemeinen Resultat kommen, dass das Eigentum als Rechtsinstitut auch für ihn – mindestens unter dem langfristigen Aspekt – nützlich sein würde. Gerade umgekehrt: Es droht ihm dadurch die Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz.

Diese zweite Argumentation ist zwar ebenso utilitaristisch, allerdings negativ statt positiv angelegt. Die inneren Perspektiven der Einzelnen, durch die der praktische Wert des Rechtsinstituts eingeschätzt wird, können je nach der aktuellen Situation sogar in ein und demselben Rechtsinstitut keine gegenseitig vereinbare kommensurable Grundlage anbieten, auch wenn sie nach dem Wunsch Austins langfristig gedacht werden. Es findet sich nämlich im Gesichtspunkt des rein

¹³⁸ *Austin*, Lectures, S. 107.

profanen liberalen Utilitarismus gar keine objektive Basis, aufgrund derer der innere Wert sowohl der einzelnen Interessen wie auch der einzelnen Rechtsinstitute bemessen und einer größeren Ordnung zugeführt wird.¹³⁹

Das utilitaristische Denken als politische Idee ist nur dann gültig und wünschenswert, wenn es von vornherein eine innere Perspektive der Aequitas – wenn auch nur ein Minimum – beinhaltet, die eine solche Funktion erfüllt. Die Perspektive der Aequitas im Utilitarismus stellt grundsätzlich mehr als eine bloße mathematische Summe von Perspektiven der einzelnen Klugheit in dem Sinne dar, als die Interessen Einzelner nur dort nach einem einheitlichen Gesichtspunkt billig anerkannt, objektiv bemessen und letztendlich organisch in einer Ordnung synthetisiert werden können.¹⁴⁰ Die Gesellschaft als ein Ganzes stellt also für den Utilitarismus mit metaphysischer Grundlage einen geistigen Körper in besonderem Sinne dar, der sich mit der Alle-Personen-Perspektive identifizieren lässt.

10.3 Der richterliche Regelutilitarismus in „hard cases“

Hinsichtlich der „hard cases“ muss der Richter nach der Befehlstheorie des positiven Rechts im hermeneutischen Sinne vom inneren Gesichtspunkt des Utilitarismus aus, insbesondere aus der inneren Perspektive aller Personen, diejenige Regel wählen, die das gesamte Glück seiner Gesellschaft

¹³⁹ *Austin*, Lectures, S. 111: „But, as we commonly prefer our own to the interests of our fellow-creatures, and our own immediate to our own remote interests, it is clear that we should warp the principle to selfish and sinister ends.“

¹⁴⁰ Vgl. mit *Austin*, Lectures, S. 576: „aequitas, [...] which indicated its universality, gradually came to signify impartiality: regard to the interest of all whose interests ought to be regarded, as distinguished from exclusive or partial regard to the interests of some.“

langfristig am besten vermehren kann. Dabei muss er – was vielleicht noch wichtiger ist – dem Publikum seinen Gedankengang, d.h. auf welche Weise er zu seinem Resultat gekommen ist, argumentativ erklären. Das ist nämlich in der hermeneutischen Befehlslehre des positiven Rechts die allerwichtigste berufliche Aufgabe des Richters in „hard cases“. Austin kritisierte die damals herrschende Rechtspraxis aus dem Gesichtspunkt des Utilitarismus wie folgt:

„Where there is no rule in the system [...] the judge virtually makes one [...] on any general ground. Now where the judge makes a judiciary rule [...] from any of various sources: e.g. a custom not having force of law; [...] his own views of what law ought to be (general utility or any other). But it often (perhaps most commonly) happens, that he derives the new rule, by a consequence built on analogy, from a rule or rules actually part of the system. (that is) [...] (a) law built on technical grounds: [...] rather than on consideration of utility which regard the actual state of the community.¹⁴¹ [...] That is to say, the law which they made, was made by consequence and analogy to the jus civile or common law, much more than in pursuance of their own views of public utility.¹⁴² [...] Nothing, indeed, can be more natural, than that legislators, direct or judicial (especially if they be narrow-minded, timid, and unskillful), should lean as much as they can on the example set by their predecessors.¹⁴³ [...] The meaning of their being called the historical school is simply this, that they agree with Bentham in thinking that law should be founded on an experimental view of the subjects and objects of law, and should be determined by general utility, not drawn out from a few arbitrary assumptions *a priori* called the law of nature. A fitter name for them would be the inductive and utilitarian school.“¹⁴⁴

¹⁴¹ *Austin*, Lectures, S. 638 f.; vgl. auch S. 658: „[...] Thus the exigencies of society are provided for bit by bit, in the slowest and most inefficient manner.“

¹⁴² *Austin*, Lectures, S. 641.

¹⁴³ *Austin*, Lectures, S. 641.

¹⁴⁴ *Austin*, Lectures, S. 679.

Kapitel 3

Die Antithese zur *positiven* Moralität bzw. *positiven* Regel und Dekonstruktion des Begriffs der Gewohnheitsregel unter dem hermeneutischen Gesichtspunkt von Savigny und Dworkin

In diesem Kapitel soll kein neues Argument dargestellt werden, sondern eine pauschale Zusammenfassung der bisher dargelegten kritischen Analysen der positivistischen Ansicht über die Gewohnheitsregel erfolgen, die bereits als sogenannte „positive Moralität“ erörtert worden ist. Diese Zusammenfassung ist nicht überflüssig, sondern in gewissem Sinne notwendig, weil der Kern der hermeneutischen Ansicht über dieses Thema – also die Frage nach dem Sinn der Regel-existenz in einer Lebenswelt – am besten durch den Kontrast mit dem Positivismus verdeutlicht wird. Insofern stehen die beiden geistigen Strömungen in einem inneren Spannungs-verhältnis, da sie für- und gegeneinander zur Antithese werden. Darüber hinaus hat diese Antithese eine eigene Kraft, die vom Positivismus ausgeprägte Begrifflichkeit zu dekon-struieren und zu einem neuen Horizont zu führen, nämlich zum Horizont des metaphysischen Hermeneutismus. Zur Vorbereitung darauf muss vor allem die bisher im Dunklen gebliebene Frage geklärt werden, wer derjenige ist, der als Zeuge für die Regelexistenz berufen wird, und welche innere Beziehung er eigentlich zu seinem normativen Gegenstand hat.

1. Der deskriptive Positivismus

Um noch einmal an die Grundsätze des Positivismus zu erin-
nern, folgt zunächst die von Dworkin gegebene Zusammen-

fassung der Hart'schen Regeltheorie. Obwohl es ihm in einigen Punkten nicht gelungen ist, die deskriptive Regeltheorie Harts, welche geläufig ist als „practice theory of rule“, präzise aufzufassen, hat Dworkin doch im Wesentlichen das richtige Verständnis darüber:

„(Social) Duties exist when social rules exist providing for such duties. Such social rules exist when the practice-conditions for such rules are met. These practice-conditions are met when the members of a community behave in certain way; this behavior constitutes a social rule, and impose a duty.“¹⁴⁵

Diese Aussage über die Regelexistenz erfolgte eindeutig nicht aus der Perspektive des Handelnden selbst, sondern – wie Dworkin sagt – aus derjenigen Perspektive, die aus der Perspektive eines Beobachters hervorgegangen ist, der außerhalb einer Gruppe – in der Tat selbst außerhalb einer Welt – die Handlungen der darin befindlichen Personen beobachtet. Gerade aus diesem Grund hat Hart seine Regeltheorie als grundsätzlich rein deskriptiv und deswegen wertneutral gekennzeichnet. Diese deskriptive Theorie der Normativität lässt sich also grundsätzlich dadurch bestimmen, dass sie unter einer methodologischen Prämisse steht, nämlich der Trennung der Beobachter und der Teilnehmerperspektive bzw. Trennung der Welt des Beobachters und derjenigen der Beobachteten.

Unter dieser methodologischen Prämisse nimmt Dworkin zur Veranschaulichung dieser Theorie eine Mustersituation an, in welcher die Handlung von Kirchenbesuchern von einem äußeren Beobachter angeschaut und beschrieben wird:

„[The observer sees] a group of churchgoers follows this practice: (a) each man removes his hat before entering church, (b) when a man is asked why he does so, [The observer notices] he refers to the rule; [standard] that requires him to do so, and (c) when someone forgets to remove his

¹⁴⁵ Dworkin, TRS, S. 49.

hat before entering church, [The observer also notices] he is [linguistically] criticized [...] by others. [...] In those circumstances [...] [The observer says] (T)he Community has a social rule. [...] The existence of the social rule, and therefore the existence of duty, is [for him] simply a matter of fact.¹⁴⁶

Dworkin beschreibt Harts Regeltheorie so originalgetreu wie möglich, nur dass Hart selbst nicht den (hier von Dworkin verwendeten) Ausdruck „rule“, sondern „standard“ benutzt hat. Dadurch ändert sich aber nicht, was Hart durch seine Regeltheorie hauptsächlich sagen wollte. Im Gegenteil, Dworkins Wiedergabe zeigt am deutlichsten den Kern des Paradoxes der Hart'schen Regeltheorie auf.

2. Die „practice theory of rule“

Zunächst ist anzunehmen, dass der Beobachter des Kirchenbesuchs ein Engländer oder derjenige ist, der mit der religiösen Tradition des Christentums bereits gut vertraut ist. Das impliziert, dass er jetzt eine Welt als seine Gegenstandswelt der Beobachtung hat, die von seiner eigenen Lebenswelt im Wesentlichen nicht weit entfernt ist. Bei Harts Regeltheorie kommt es grundsätzlich darauf an, wie sich die Regelexistenz einer Gegenstandswelt von der Beobachterperspektive aus bestimmen lässt. Hart hat aber darauf keine Antwort gegeben, sondern den Adressaten seiner Aussage lediglich auf einen Maßstab hingewiesen, dessen Existenz er aber stillschweigend voraussetzt. Im Fall der Beobachtung von Kirchenbesuchen wurde vom regelangebenen Beobachter selbst die Existenz eines Handlungsmaßstabes vorausgesetzt, der in der Tat mit der Regel des Hutabnehmens der Männer semantisch identisch ist: „[...] when a man is asked

¹⁴⁶ Dworkin, TRS, S. 50.

why he does so, [The observer notices] he refers to the rule that requires him to do so.“¹⁴⁷

Eine solche stillschweigende Voraussetzung eines Handlungsmaßstabs kommt aber weder jenem angehenden Beobachter noch seinem Adressaten fremd oder seltsam vor, weil sie in der Tat alle diejenigen sind, die diesen Maßstab als ihre Handlungsregel schon internalisiert, also akzeptiert haben. Die bloße *Handlungsgewohnheit* wie in England, dass die Männer beim Kirchenbesuch ihren Hut abzulegen pflegen, überträgt sich dabei ohne großes Problem auf die *Handlungsregel*, dass die Männer beim Kirchenbesuch ihren Hut abnehmen sollen. Jene *Handlungsgewohnheit* wird nämlich sowohl dem Regelangehenden als auch seinen Adressaten als Handlungsregel für seine Gegenstandswelt innerlich geprägt.

Angenommen, ein Beobachter, dem sowohl das Christentum als auch der allgemeine Sinn von Religionen generell fremd ist, beobachtet England als eine ihm ganz fremde Gegenstandswelt. Dabei ist er lediglich auf seine eigene Englischkenntnisse angewiesen. Diese Beobachtersituation entspricht eigentlich dem, was Hart als maßgebliche Situation zur deskriptiven Beobachtung stillschweigend angenommen hat. Hierbei stellt sich die hypothetische Frage, auf welche Weise er in einer solchen Situation überhaupt zu der Selbstüberzeugung gekommen sein könnte, dass in England die *Handlungsgewohnheit* des Hutabnehmens der Männer beim Kirchenbesuch zugleich die *Handlungsregel* jener Welt darstellt. Es fragt sich also, ob der Beobachter – wie Hart annimmt – nur anhand des von ihm selbst empirisch festgestellten Sprachphänomens, dass die Ausführung dieser

¹⁴⁷ Dworkin, TRS, S. 50.

Handlungsgewohnheit in England oft vom Aussprechen des normativen Vokabulars „you must, you should, you cannot“ begleitet wird, eine solche Selbstüberzeugung erreichen, dass diese Handlungsgewohnheit mit einem bestimmten Sprachphänomen wirklich eine Regel in jener Welt darstellt. Daraus ergibt sich die Frage, ob der Beobachter ohne Internalisierung der Handlung des Hutabnehmens in der Kirche – keine Internalisierung der Handlungsgewohnheit – aus Selbstüberzeugung und nicht aus reiner Vermutung eine solche Regelangabe wirklich machen könnte. Der Beobachter würde in diesem Fall die Hilfe irgendeines anderen benötigen, der sich das Vokabular seiner Gegenstandswelt in seiner eigenen inneren Perspektive schon zu eigen gemacht hat.¹⁴⁸

Obwohl ein Beobachter als ein geistiger Außenseiter seiner Gegenstandswelt bei seiner Beobachtung festgestellt hätte, dass die Personen in jener Welt ihre Handlungsgewohnheit mit einem bestimmten normativen Vokabular zu begleiten pflegen, kann er durch eine solche Identifizierung eines Sprachphänomens die Regelexistenz bei einer solchen Gewohnheit gar nicht mit Sicherheit beweisen. Sie ist höchstens als ein indirekter, nur schwacher Beweis derselben aus einer Vermutung nutzbar, durch welche die objektive Feststellung einer Regelexistenz in jener Lebenswelt nicht gesichert wird. Die Feststellung einer Regelexistenz durch einen Beobachter in seiner Gegenstandswelt ergibt sich in diesem zweiten wie im ersten Fall auch nur daraus, dass der Beobachter selbst seinen Gegenstand bereits als seinen Handlungsmaßstab internalisiert und akzeptiert hatte.

¹⁴⁸ In Kapitel 1 wird die Lage des äußeren Beobachters, der einer ihm fremden Lebenswelt zuschaut, ausführlich erläutert.

3. Das Paradox des äußeren Beobachters

Diese ursprüngliche Akzeptanz einer Handlungsgewohnheit seiner Gegenstandswelt als eine Normativität durch den Beobachter wird von nun an als Präakzeptanz bezeichnet. Hinsichtlich dessen, was oben gerade dargelegt worden ist, kann jetzt festgestellt werden, dass die Hart'sche Argumentation, sofern sie auf ihrer methodologischen Grundprämisse – also die Annahme der Aufstellung eines äußeren Beobachters – beharrt, klar und eindeutig auf einen absurden Fehlschluss, die *Petitio Principii*, zurückzuführen ist. Denn was unter jener Grundprämisse vom deskriptiven Positivismus wirklich behauptet wird, verweist schlechthin nur auf den folgenden Sachverhalt: Der Beobachter stellt fest, dass es dort eine soziale Regel gibt, wo die Handelnden seiner Gegenstandswelt anhand eines Maßstabs die ihm zuwider Handelnden kritisieren. Bei diesem Maßstab handelt es sich aber um dasjenige, was der Beobachter zuvor als Maßstab internalisiert und akzeptiert hat. Es fragt sich nun, wie denn ein äußerer Beobachter die Existenz eines von ihm präakzeptierten Maßstabs beweisen kann. Seine Existenzfeststellung, welche für die Existenzklärung einer Regel in der Gegenstandswelt eine wesentliche Rolle spielt, entsprang zweifellos seiner Beobachterperspektive.

Es wäre selbstverständlich Unsinn zu behaupten, dieser Umstand bedeute, dass ein Außenseiter jener Welt trotzdem Autor eines solchen Maßstabs ist. Diese Betrachtung verletzt gerade die Grundprämisse des deskriptiven Positivismus, dass der Beobachter grundsätzlich derjenige ist, der in den allgemeinen Abläufen seiner Gegenstandswelt gar nicht engagiert ist. Der Autor eines solchen Maßstabs muss keinesfalls selbst der Beobachter sein. Die ursprüngliche, stillschweigende Präakzeptanz des Beobachters eines normati-

ven Maßstabs einer Gegenstandswelt gerät unter dieser Grundprämisse des deskriptiven Positivismus klar und eindeutig in einen Kettenschluss, der sich ewig wiederholt. Denn der äußere Beobachter muss wiederum sich selbst eine andere äußere Stelle der Beobachtung supponieren, um die Existenz solches Maßstabs auf der ein Grad tieferen Linie zu erklären. Er hat die Existenz einer normativen Gegebenheit der zweiten tieferen Linie, nämlich der Existenz eines Maßstabs zu supponieren, um die erste Existenz einer sozialen Regel erklären zu können. Er hat dann wiederum die Existenz einer normativen Gegebenheit der dritten tieferen Linie zu supponieren, um die der zweiten erklären zu können usw. Dieser Prozess hat allerdings kein Ende.

Sofern der Beobachter auf diese Weise auf der Position irgendeiner äußeren Stelle zur Beobachtung beharrt, kann er dem Kettenschluss nicht entgehen. Damit der Geist solche Selbstabsurdität vermeiden kann, muss der von der deskriptiven Regeltheorie bezeichnete Grundsachverhalt reduziert werden, und zwar: Wo eine soziale Regel liegt, gibt es eine soziale Regel.¹⁴⁹

4. Die banale Tautologie und das Paradox der Hart'schen Regeltheorie

Die banale Tautologie, die tief im deskriptiven Regelpositivismus steckt, der Kettenschluss oder die *Petitio Principii* stiften so viele unnütze und absurde Verwirrungen, dass sie nach wie vor ein großes Hindernis für das richtige Verständnis der Regeltheorie Harts darstellen. Das Paradox darin lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Derjenige äußere Beob-

¹⁴⁹ Harts Argumentation ist i.d.S. nichts anderes als eine Variation des ontologischen zirkulären Schlusses über die Gottesexistenz in neuzeitlicher Philosophie.

achter des deskriptiven Positivismus, der, mit nur beschränkten Sprachkenntnissen ausgestattet, eine für ihn wesentlich fremde Lebenswelt beobachtet, soll aber die normativen Gegebenheiten seiner Gegenstandswelt nach wie vor präinternalisiert und präakzeptiert haben.

5. Die Wende vom deskriptiven Positivismus zum metaphysischen Hermeneutismus

Die Antwort auf die Frage, weshalb dieses Paradox der Hart'schen Regeltheorie so vielen modernen Rechtstheoretikern einschließlich Dworkin nicht aufgefallen ist, lautet: Es beruht grundsätzlich auf einem festen Vorurteil moderner Menschen, dass es bei der Beobachtung normativer Gegebenheiten einer Lebenswelt quasi einen äußeren Standort der Beobachtung gibt, von dem aus er wie ein naturwissenschaftlicher Forscher über seine Gegenstände eine völlig von ihm selbst unabhängige – d.h. objektive und wertfreie – Aussage machen kann. Aber all das, was bisher erörtert worden ist, weist eindeutig darauf hin, dass es überhaupt keinen solchen äußeren Standpunkt gibt. In der Tat besteht auch Harts Fehler darin, dass er den unbegründeten Glauben des Rationalismus mit den Sprachphilosophen in Wittgensteins Richtung teilte. Nur durch die Befreiung vom Mythos des wertfreien Objektivismus und die Suche nach einer anderen Möglichkeit kann sich ein neuer Weg eröffnen, der hier von nun an „metaphysischer Hermeneutismus“ genannt wird.

Im krassen Gegensatz zum deskriptiven Positivismus geht diese neue Idee vor allem davon aus, dass der Beobachter sich selbst bei Ausführung seiner Betrachtung über normative Gegenstände einer Lebenswelt von vornherein in irgendeinem inneren Raum befunden haben muss. Da der Mensch bei der Initiierung einer derartigen Beobachtung schicksalhaft

dazu gezwungen ist, einen solchen unsichtbaren Raum innerlich zu supponieren, kann der hier vertretenen These das Prädikat des Metaphysischen zugeschrieben werden: Vor der Beobachtung eines normativen Gegenstands muss es von vornherein einen den Beobachter umgebenden inneren Raum geben, um eine derartige Beobachtung initiieren zu können. Dieser unsichtbare Raum muss unter dem logischen Gesichtspunkt als der bereits vor ihm vorhanden seiende angenommen werden.

6. Der hermeneutische Raum und sein empirischer Existenzbeweis

Dieser unsichtbare innere Raum wurde bereits oben im ersten Kapitel „hermeneutischer Raum“ genannt, weil er nur aus der eigenen Lebenswelt des Beobachters entstanden sein kann und sich im Wesentlichen dadurch auszeichnet, dass der Beobachter nicht als ein passiver, zurückhaltender, sondern als ein reflexiver, teilnehmender Beobachter in ihr den Sinn für sein Leben gewinnt und gewinnen kann und soll. Dieser Sinnengewinnungsakt des Einzelnen für sein eigenes Leben wird insbesondere dadurch verwirklicht, dass er über seine Lebenswelt weitgehende Interpretationen im breitesten Sinne macht, seien es normative, ästhetische, politische oder soziale Interpretationen. Tatsächlich ist es kaum vorstellbar, dass die Leute in einer Lebenswelt, wie im ersten Kapitel ausführlich erörtert wurde, grundsätzlich in einem Lebenssachverhalt leben, in dem solche Interpretationsakte kaum aktualisiert werden. Unter dieser Bedingung wäre es quasi eine Welt von Psychopathen, in der sie von ihrer eigenen Lebenswelt absolut getrennt und entfremdet sind.

Diesen der Beobachtung von normativen Gegebenheiten zugrunde liegenden unsichtbaren inneren Raum der Lebens-

welt (des reflexiven) Beobachters hat auch Savigny scharfsinnig erfasst, indem er ihn mit seinem Begriff des Volksrechts erklärt:

„[...] dass die in einzelnen Fällen vorgekommene Übung des Volksrechts als Mittel der Erkenntnis desselben betrachtet werden müsse, so kann dieses als eine mittelbare Erkenntnis bezeichnet werden, nöthig für Diejenigen, welche dieses Recht gleichsam von außen betrachten, ohne selbst zu dem Gliedern der Genossenschaft zu gehören. Denn für diese bedarf es einer solchen Folgerung aus einzelnen Fällen der Übung nicht, da ihre Erkenntnis eine unmittelbare, auf Anschauung beruhende, ist.“¹⁵⁰

Nach dieser Konzeption des Volksrechts bildet der Gesetzgeber diesbezüglich keine Ausnahme:

„Das positive (Volks)Recht, so durch die Sprache verkörpert, und mit absoluter Macht versehen, heißt das Gesetz. [...] das schon vorhandene Volksrecht ist dieser Inhalt [...] das Gesetz ist nur das Organ des Volksrechts [...] Wollte man daran zweifeln, so müsste man den Gesetzgeber als außer der Nation stehend denken.“¹⁵¹

7. Deskriptiver Positivismus vs. metaphysischer Hermeneutismus

Die oben angeführten Zitate verdeutlichen den Unterschied zwischen Savignys metaphysischem Hermeneutismus und Harts deskriptivem Positivismus. Der äußere Beobachter bei Hart braucht ein Sprachphänomen, um die Existenz einer sozialen Regel in seiner Gegenstandswelt feststellen zu können. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, dass er derjenige ist, der außerhalb seiner Gegenstandswelt eine solche Beobachtung durchführt. Savignys hermeneutischer, reflexiver Beobachter benötigt von vornherein – wie oben angeführt – keinen solchen externen Beweis, da er derjenige ist, der sich selbst von einem solchen inneren Raum aus etwas darin beobachtet. Deswegen kann ein solcher Beobachter ohne

¹⁵⁰ Savigny, System, S. 38.

¹⁵¹ Savigny, System, S. 39.

Rekurs auf ein bestimmtes Sprachphänomen mit relativer Sicherheit beurteilen, ob eine solche Praxis in jener Welt wirklich eine Regel oder eine Handlungsgewohnheit ohne normativen Sinn darstellt.

Im ersten Kapitel wurde die Besonderheit der Existenz Erfahrungen der Regeln für die Muttersprache angesprochen, die durch den Kommunikationsvorgang als eine besondere Art der Regelerfahrung im Alltag wahrgenommen und simultan stets unbewusst praktiziert werden. Die Muttersprache erbringt den ausschlaggebenden Beweis dafür, dass sich der Mensch im wirklichen Leben niemals selbst willkürlich und willentlich von diesem inneren Raum der Sprache befreien kann. Dabei wirken die Sprachregeln im Inneren des Menschen insofern quasi wie ein Netz, als die grammatischen Regeln die Grundkonzeption der absoluten, also mechanischen, Gewissheit zum ersten Mal liefern. An diesem Punkt scheint klar zu werden, dass die Konzeption des reinen und banalen absoluten Sollens – also dasjenige, was noch nicht mit einem Inhalt ausgefüllt ist – erst in Anlehnung an ein solches mechanisches, grammatisches Regelnetz der Muttersprache erlernt und internalisiert werden kann. Aufgrund dieser Einsicht wurde sie als generative Regel bezeichnet.

8. Die generative Regel und die kollektive Überzeugung aus dem Notwendigkeitsgefühl

Savignys Begriff des Volksrechts bewegt sich ursprünglich auf dem allgemeinen Niveau derartiger generativer Regeln. Also diejenigen schon bestehenden normativen Gegebenheiten einer Gesellschaft, egal welcher sozialen Kategorie sie angehören – etwa der Sitte, der Religion, der Moralität, der Etikette oder dem positiven Recht –, stehen grundsätzlich unter der gleichen Beobachtungsbedingung des metaphysi-

schen Hermeneutismus: Es gibt also keinen äußeren Standort zur Beobachtung, sondern nur den inneren, der aus der eigenen Lebenswelt des Beobachters hervorgegangen ist. Eine solche ursprünglich gegebene grammatische Regel erscheint bei dem Handelnden nämlich nur von solchem inneren Standort aus.

Savigny ist derjenige, der den metaphysischen Hermeneutismus zum ersten Mal in der Rechtstheorie einsetzte. Er hat insbesondere eingesehen, wie wichtig und ausschlaggebend die Regel der natürlichen Sprache der Menschheit für die Generierung ihrer normativen Denkens überhaupt ist. Nach Savignys Ansicht lässt sich die Existenz des hermeneutischen Raums seiner Lebenswelt dem Einzelnen durch die Regeln seiner Muttersprache zum ersten Mal zeigen, denn sie spiegelt die oberflächliche Instanz der kollektiven Überzeugung wider:

„Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Charakter, dem Volk eigentümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. [...] Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit, welches alle Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt.¹⁵² [...] Allein jene geistigen Funktionen [von kollektiven Überzeugungen] bedürfen eines körperlichen Daseyns, um festgehalten zu werden. Ein solcher Körper ist für die Sprache ihre stete, ununterbrochene Übung, [...] was vertritt aber diese Stelle bey dem bürgerlichen Rechte?¹⁵³ [...] Man kann diese förmlichen Handlungen als die eigentliche Grammatik des Rechts in dieser Periode betrachten.¹⁵⁴ [...] dass der eigentliche Sitz des Rechts das gemeinsame Bewusstsein des Volkes sei. Dieses lässt sich z.B. im Römischen Rechte für die Grundzüge desselben, die allgemeine Natur der Ehe, des Eigentums, u.s.w. recht wohl denken. [...] Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten, und auch hierin ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für diese, giebt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes,

¹⁵² Savigny, Beruf, S. 8.

¹⁵³ Savigny, Beruf, S. 9.

¹⁵⁴ Savigny, Beruf, S. 10.

es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen. [...] und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit.¹⁵⁵ [...] da, wo in engeren Kreisen ein oft wiederkehrendes gleiches Bedürfnis auch ein gemeinsames Bewusstsein des Volkes selbst möglich macht.¹⁵⁶ [...] Allein dieser Annahme widerspricht die unzweifelhafte Tatsache, dass überall, wo ein Rechtsverhältnis zur Frage und zum Bewußtseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist [...] Fragen wir ferner nach dem Subjekt, in welchem und für welches das positive Recht sein Daseyn hat, so finden wir als solches das Volk. [...] vielmehr ist es der in allen einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt. [...] indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen.¹⁵⁷ [...] es wird die individuelle Natur der einzelnen Völker lediglich durch jene gemeinsamen Richtungen und Thätigkeiten bestimmt und erkannt, unter welchen die Sprache als die sichtbarste, die erste Stelle einräumt.“¹⁵⁸

Die obigen Zitate enthalten wichtige Hinweise bezüglich der generativen Regeln in einem kollektiv gegebenen inneren Raum. Savigny geht vor allem davon aus, dass es vor dem normativen Denken des Einzelnen – quasi rein deskriptiv oder präskriptiv – eine sich aus dem kollektiven Niveau ergebende Instanz gab und gibt, durch welche das Denken vorbestimmt wird. Diese geistige Umgebung einer Lebenswelt aktiviert sich überall, wo es auf irgendwelche normativen Kategorien einer Gesellschaft – Sitte, Religion, Moralität, Recht usw. – ankommt. Wie oben beschrieben, offenbart sie sich dem Einzelnen im Alltagsleben unzweifelhaft und erheblich in grammatischen Regelformen, insbesondere in der Regel der Muttersprache des Einzelnen. Er macht also in solchen Grundformen der Regeln im Alltag (banale) Erfahrungen ihrer Offenbarung, die unabhängig von seinem Denken existieren.

¹⁵⁵ Savigny, Beruf, S. 11.

¹⁵⁶ Savigny, Beruf, S. 13.

¹⁵⁷ Savigny, System, S. 14.

¹⁵⁸ Savigny, System, S. 15 f.

9 Die generativen Regeln im Bereich des positiven Rechts

Die oben beschriebene Art der generativen Regeln zeichnet sich im Wesentlichen dadurch aus, dass der Einzelne sie nur quasi rein passiv akzeptieren kann. Um Savignys Begriff des Volksrechts ohne Missverständnis erfassen zu können, muss dem besonderen Akzeptanzmodus der generativen Regeln besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Bereits im ersten Kapitel wurde ein guter Grund dafür gefunden, den Akzeptanzmodus dieser Regelgattung eher quasi-wertneutral als wertend zu kennzeichnen. Die Negierung einer generativen Regel der Muttersprache führt zu einer Absurdität. Dabei wurde festgestellt, dass der Akzeptanzmodus einer generativen Regel im Wesentlichen von quasi rein wertneutralem und rein passivem Charakter sein muss.¹⁵⁹ Diese Quasi-Wertneutralität und Passivität im Akzeptanzmodus von generativen Regeln ergab sich grundsätzlich daraus, dass der Einzelne eine solche Regel nur auf heteronome Weise akzeptieren kann. Sein Grund zur Befolgung solcher Regeln leitet sich dabei nur davon ab, dass seine Zeitgenossen sie im Alltag durch ihre Anwendung auf eine bestimmte Weise akzeptieren.

Jene Art der generativen Regel im Bereich des positiven Rechts, die mit der generativen Regelung der natürlichen Sprache den gleichen, nämlich rein heteronomen, Akzeptanzmodus teilt, legt Savigny wie folgt dar:

¹⁵⁹ Wie bereits im ersten Kapitel anhand der Anekdote vom Turmbau zu Babel erkannt, entstehen Sprachregeln vornehmlich aus praktischen Bedürfnissen kollektiver Unternehmungen. Savigny sagt im obigen Zitat in die gleiche Richtung aus, nämlich: „[...] da, wo in engeren Kreisen ein oft wiederkehrendes gleiches Bedürfnis auch ein gemeinsames Bewusstsein des Volkes selbst möglich macht.“

„Allein jene geistigen Funktionen bedürfen eines körperlichen Daseyns, um festgehalten zu werden. Ein solcher Körper ist für die Sprache ihre stete, ununterbrochene Übung, [...] was vertritt aber diese Stelle bey dem bürgerlichem Rechte?¹⁶⁰ [...] Man kann diese förmlichen Handlungen als die eigentliche Grammatik des Rechts in dieser Periode betrachten.¹⁶¹ [...] In beiden Beziehungen nun, in welchem die Übung des Rechts wichtig ist, als Kennzeichen des positiven Rechts und als mitwirkender Entstehungsgrund, sind es zwey Klassen von Handlungen, die sich vorzugsweise fruchtbar und wirksam zeigen; die symbolische Formen der Rechtsgeschäfte, und die Urtheilssprüche der aus dem Volk gebildeten Gerichte [...] Jene (symbolische Formen der Rechtsgeschäfte) bringt uns den Sinn der Rechtsinstitute im Ganzen zur Anschauung; diese (Schöffengericht), hervorgerufen durch den Gegensatz streitender Ansprüche, sind durch ihren Zweck genötigt, das Rechtsverhältnis in scharf bestimmten Grenzen aufzufassen und darzustellen.“¹⁶²

Wie Savigny richtig bemerkt hat, gab es im Bereich des römischen Rechts einige förmliche und feierliche Handlungsgewohnheiten, denen klar und eindeutig der Charakter der generativer Regeln zuzuschreiben ist. Als Beispiel sind in erster Linie *mancipatio* und *stipulatio* vorstellbar. Es besteht kein Zweifel darüber, dass jene beiden wichtigsten Handlungsgewohnheiten der alten Römer den Charakter generativer Regeln hatten. Zu jener Zeit müssen sie in ihrem Alltag gewöhnlich die quasi-mechanische Regel akzeptiert haben, dass es bei der Übergabe des Eigentums an ihren Sklaven zumindest 7 Personen und Waage notwendig sind und eine streng bestimmte Wortform verwendet werden muss, um die Gültigkeit wichtiger Geschäften später u.U. vor dem Gericht behaupten bzw. bestreiten zu können. Wie Savigny oben treffend bemerkt hat, müssen solche feierlichen Handlungsgewohnheiten den Römern von jeher die Grundkonzeption eines Rechtsinstituts gegeben haben.

¹⁶⁰ Savigny, Beruf, S. 9.

¹⁶¹ Savigny, Beruf, S. 10.

¹⁶² Savigny, System, S. 37.

10. Savignys Ansatz zur Dekonstruktion des Gewohnheitsrechtsbegriffs

Es fragt sich, ob diejenigen Römer, die solche quasi-grammatischen Regeln im Bereich des positiven Rechts, also die der *mancipatio* und der *stipulatio*, akzeptiert hatten, in sich lediglich wie bei der Akzeptanz der generativen Regel ihrer Muttersprache den quasi-wertneutralen und rein heteronomen Akzeptanzmodus aktiviert haben, ohne dabei selbst das mögliche reflexive Denken darüber deaktiviert zu lassen. Selbst durch das sinngebende, reflexive Denken wie bei den ursprünglichen Rechtsinstituten der Römer, welche die Ratio – also die Rechtfertigungsgründe – geben kann, ist eine solche Begründung im Fall der generativen Regeln der lateinischen Sprache, etwa bezüglich des Wortes *malum*¹⁶³ dagegen kaum vorstellbar. Die Ratio der Regel zur *mancipatio* kann etwa derart konstruiert werden, dass die Römer der Meinung waren, einige Dinge von gravierender Bedeutung, wie Sklaven und Vieh für die Herstellung von Arbeitsprodukten, seien in der Öffentlichkeit zu überzugeben, damit das Eigentumsverhältnis von allen römischen Bürgern zur Kenntnis genommen werden kann. Im Fall der *stipulatio* ist eine gleichartige Rechtfertigungskonstruktion möglich.¹⁶⁴

Die Erkenntnis, dass zu den generativen Regeln im Bereich des positiven Rechts im Gegensatz zu denjenigen der natürlichen Sprache durch das eigene kritische und reflexive Denken eine Begründung gegeben kann, wirft ein neues Licht auf ihr Wesen. Hier eröffnen sich zwei Möglichkeiten, die generativen Regeln des positiven Rechts aufzufassen, indem

¹⁶³ Apfel (lat.).

¹⁶⁴ Etwa, dass Handlungen, die vor dem Gericht bestritten werden können, *ex ante facte* typisch vorzuschreiben sind, damit jeder Bürger über die Konsequenzen seiner Tat informiert wird und dadurch sein Leben in Rechtssicherheit antizipierend führen kann.

die gemeinsame Überzeugung des Volks bzw. sein Gefühl zur inneren Notwendigkeit, welche in solchen ursprünglichen Rechtsregeln versteckt sind, interpretiert werden. Angenommen, eine solche Regelung ginge in die Richtung, dass sie in gleicher Weise wie eine Sprachregel vom Einzelnen rein heteronom akzeptiert und dann von außen rein mechanisch geltend gemacht würde, müsste das Wesen dieses kollektiven Gefühls zur inneren Notwendigkeit dementsprechend auch für den Einzelnen innerlich quasi-mechanisch und unbeweglich aussehen.¹⁶⁵ Wird jedoch angenommen, dass manche generative Regeln in einem solchen Bereich durch die Konstruktion ihrer Ratio dem Einzelnen als ein praktisches erwünschtes Reflexivum erscheinen können, so muss das Wesen des Notwendigkeitsgefühls ganz anders als rein mechanisch sein. Die Antwort auf die Frage, welche Interpretationsart die richtige wäre, ist der Schlüssel für das richtige Verständnis des Volksrechtsbegriffs bei Savigny.

Die erste Interpretationsmöglichkeit würde bedeuten, dass die Römer im Altertum eine solche generative Regel quasi in einem Hypnosezustand akzeptiert und weiter mechanisch geltend gemacht haben müssten. Sie könnten genauso im gewissen Sinne mit den Regeln ihrer Muttersprache in einem solchen geistigen Zustand umgegangen sein. Als Folge davon würde sich der metaphysische Hermeneutismus von Savigny grundsätzlich nicht von dem oben hermeneutisch uminterpretierten Positivismus Harts – der rein passiven Beobachter in ihrer eigenen Lebenswelt – unterscheiden. Die Beobachter in Savignys Welt wären dann also nichts ande-

¹⁶⁵ Allerdings will Savigny auch die Sprachregel als unter dem Gesetz der stetigen Bewegung stehend ansehen. Langfristig gesehen ist dies verständlich. Trotzdem ist unleugbar, dass die Sprachregel eine feste synchrone Dimension hat, durch welche beim Kommunikationsvorgang im Alltag eine absolut mechanische Gewissheitserfahrung entsteht.

res als diejenigen, die die Grundregeln ihrer eigenen Lebenswelt lediglich auf dem heteronomen Akzeptanzmodus internalisieren. Bei der Betrachtung der Meinung Savignys über das Wesen des Gewohnheitsrechts wird sich zeigen, dass dies keineswegs der Horizont war, den Savigny sich vorgestellt hat. Seinen Ansatz entwickelte er insbesondere durch die kritische Auseinandersetzung mit der damaligen – leider noch heutzutage herrschenden – Ansicht über das Wesen des Gewohnheitsrechts, nämlich mit der Ansicht der Positivisten.

Durch die Auseinandersetzung mit den Positivisten zielt er tatsächlich nicht nur auf die Kritik an der Ansicht über das Wesen des Gewohnheitsrechts selbst, sondern darüber hinaus auf die Dekonstruktion der Begrifflichkeit des Gewohnheitsrechts selbst. Denn erst mit der Dekonstruktion kann seine Ansicht über das Wesen des positiven Rechts – also seine Theorie des Volksrechts – vollkommen klar und eindeutig zutage treten. Das impliziert, dass erst durch das Nachvollziehen von Savignys dekonstruktivem Denken sein ambitionierter Horizont zum metaphysischen Hermeneutismus in Vollkommenheit rekonstruiert werden kann.

11. Emergenz der Regelexistenz I – *necessitatis opinio* als Grundbedingung der Regelerkenntnis unter dem Gesichtspunkt des reflexiven Beobachters

Da Harts Ansicht zur Gewohnheitsregel den Gegenpol zur Ansicht Savignys bildet, soll auf diese zuvor noch einmal eingegangen werden. Hart schildert den allgemeinen Prozess einer Gewohnheitsregel von der Geburt bis zum Tod wie folgt:

„[...] the slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and then obligatory, and the converse process of decay [...] when deviations, once severely dealt with, are first tolerated and then passed unnoticed.“¹⁶⁶

Dies entspricht der Ansicht, die Savigny für die damals herrschende hielt, an der er aber grundsätzlich harte Kritik geübt hat:

„Dieser Name (Gewohnheitsrecht) konnte leicht zu folgender Gedankengenealogie verleiten. [...] etwas geschehen musste, so war es ursprünglich ganz gleichgültig, was geschah; kam nun derselbe Fall abermals vor, so war es bequemer, dieselbe Entscheidung zu wiederholen, als sich auf eine neue zu besinnen, und mit jeder neuen Wiederholung musste dieses Verfahren noch bequemer und natürlicher erscheinen. So wurde nach einiger Zeit eine solche Regel zum Recht, die ursprünglich nicht mehr Anspruch auf Geltung hatte, als die entgegengesetzte Regel, und der Entstehungsgrund dieses Rechts war allein die Gewohnheit.“¹⁶⁷

Eine den Handlungen anhaftende bestimmte Ansicht – welche auch immer – wird durch ihre gewöhnliche Wiederholung zur Gewohnheitsregel. Daher kann man sagen, dass der Entstehungsgrund der Regel nicht die Ansicht selbst, sondern die Handlungsgewohnheit ist.

„Es [das Gewohnheitsrecht] entsteht also gleichfalls durch die Gemeinschaftlichkeit der Überzeugung, nicht durch den Willen der Einzelnen, derer Gesinnung und Handlungen bloß als Kennzeichen jener Gemeinschaftlichkeit angesehen werden dürfen. Die Sitte und Übung, das was wir eigentlich Gewohnheit nennen, ist daher der Hauptsache nach für uns ein Mittel der Erkenntnis, nicht für jenes Recht selbst Grund der Entstehung. [...] so müssen wir diesen Rechtsquellen völlige Gleichheit zuschreiben. [...] Gesetze [...] können durch neueres Gewohnheitsrecht nicht nur ergänzt und modifiziert, sondern auch außer Kraft gesetzt werden.“¹⁶⁸

Diese alternative Ansicht zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass es schon bei der ersten Ausführung der Handlung, die später Gewohnheitsregel werden soll, eine gemeinschaftliche Überzeugung gibt, durch die sie nicht erst später, son-

¹⁶⁶ Hart, CL, S. 92.

¹⁶⁷ Savigny, System, S. 34.

¹⁶⁸ Savigny, System, S. 82.

dern von Anfang an als Regel einer Lebenswelt anzusehen ist. Die Häufigkeit der Handlungen stellt an sich keineswegs den Entstehungsgrund selbst, sondern bloß das Kennzeichen für die schon am Angang vorhandene gemeinschaftliche Überzeugung dar, die sich von der Willkür des Einzelnen grundsätzlich unterscheidet:

„Auch hier (im Diskurs über die Dauer zur Feststellung des Gewohnheitsrechts), wie bey der Mehrheit der Handlungen, kommt alles darauf an, zu verhüten, dass das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende [...] durch den täuschenden Schein [...] fälschlich als Kennzeichen einer zum Grund liegenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werde.“¹⁶⁹

11.1 Die Emergenz des Notwendigkeitsgefühls des Einzelnen in der Regelform

Wenn das Element der Gewohnheit an sich bzw. der Häufigkeit der Handlung aus dem Wesen des sogenannten Gewohnheitsrechts bzw. der Gewohnheitsregel auf diese Weise weggedacht wird, bleibt ein einziges geistiges Element übrig, das zwischen Positivismus und Hermeneutismus grundsätzlich unterscheidet. Der Punkt, ob es bei der ersten Ausführung der später zur sogenannten Gewohnheitsregel werdenden Handlung dem sie Ausführenden bereits das Bewusstsein der praktischen Notwendigkeit geben soll oder nicht, nennt Savigny die gemeinschaftliche Überzeugung (*necessitatis opinio*).

Fehlt es dagegen nach der positivistischen Ansicht für die Existenzfeststellung der sogenannten Gewohnheitsregel an diesem geistigen Element, müsste die Gewohnheitsregel Hart zufolge bei ihrer Geburt nur optional oder zufällig ent-

¹⁶⁹ Savigny, System, S. 172 f.

standen sein, obwohl sie inzwischen zu einer Regel geworden war.

Über den Rahmen des Positivismus hinaus müsste das Wesen der generativen Regel des positiven Rechts so bestimmt werden: Im Moment ihrer Geburt herrscht grundsätzlich der Zufall, d.h. es ist ein Zufall, dass die Menschheit mit dem normativen Denken überhaupt begonnen hat, welches heutzutage zum Bereich des positiven Rechts gezählt wird. Dementsprechend muss sich die ursprüngliche Autorität des positiven Rechts nicht aus dem Notwendigkeitsgefühl in kollektiver Konsonanz begründen, sondern würde sich bloß aus dem Zufall kollektiver Willkür ergeben.

Aber Savigny entwickelt seinen Gedanken klar und eindeutig in die Gegenrichtung. Er besteht nämlich darauf, dass in dem Handelnden das Gefühl der inneren Notwendigkeit schon bei der ersten Ausführung einer Regel in der Welt vorhanden sein muss. Er beginnt sein Argument zunächst mit der Erwägung über die Eigentümlichkeit der normativen Handlungen im Einzelnen:

„Die Bedingungen, die man für die Entstehung des Gewohnheitsrechts anzunehmen pflegt, beziehen sich durchaus auf die Natur derjenigen einzelnen Handlungen, aus welchen man dasselbe stets hervorgehen lässt.“¹⁷⁰

Sodann stellt er die Theorie der Offenbarung der *necessitatis opinio* durch die einzelne Handlung vor. Nach seiner Ansicht zeigt jenes Grundelement des Geistes durch die Handlung des Einzelnen sein unsichtbares Wesen nach außen hin. Dabei besteht es grundsätzlich aus dem Notwendigkeitsgefühl des Einzelnen zur Ausführung einer Handlung und dessen Freiheit von Irrtümern und Unvernunft:

¹⁷⁰ Savigny, System, S. 171.

„5) Vornahme der Handlung in dem Gefühl rechtlicher Notwendigkeit (*necessitatis opinio*). [...] Diese Bedingung ist unter allen die wichtigste, und ihre Bedeutung wird in Verbindung mit den gleich folgenden noch bestimmter hervortreten. [...] Aus diesem Grund eignen sich vorzugsweise richterliche Urteile zur Erkenntnis des Gewohnheitsrechts, indem sie nur aus der Rechtsüberzeugung des Richters, nichts aus Willkür, hervorgehen können. 6) Die Handlungen sollen nicht auf Irrthum beruhen.¹⁷¹ [Nach herrschender Ansicht] Denn die Rechtsregel sollte ja erst durch die Gewohnheit entstanden sein, war also zur Zeit der ersten Handlung gewiss noch nicht vorhanden. [...] Dennoch sollte, nach der vorigen Regel, schon die erste Handlung von der *necessitatis opinio* begleitet seyn. Folglich beruhte dieselbe auf einem auf einem Irrtum, und durfte bey der Entstehung des Gewohnheitsrechts gar nicht mitgezählt werden.¹⁷² [...] Von unserem Standpunkt aus entsteht gar kein Widerspruch, da die Rechtsregel durch die Gewohnheit nur offenbart, nicht erzeugt wurde, folglich schon bey der ersten [...] Handlung die *necessitatis opinio* ohne alle Irrtum vorhanden sein konnte und musste.¹⁷³ [...] Wenn [...] neben der wirklichen vorhandenen Volksüberzeugung der theoretische Irrtum nur als eine äußere Bestärkung gedient hat, so steht der Irrtum nicht im Wege.¹⁷⁴ [...] Fasst man diese drei letzten Bedingungen als ein Ganzes auf, so ergiebt sich daraus folgender, aus dem Wesen des Gewohnheitsrechts hervorgehender Sinn. Die Rechtsregel entsteht durch das gemeinsame Rechtsbewusstseyn, oder durch die unmittelbare Überzeugung von der Wahrheit und an sich selbst (ohne äußere Sanction) bindende Kraft der Regel. Diese Überzeugung kann sich offenbaren durch gleichförmig einzelne Handlungen, das heißt durch Gewohnheitsrecht.¹⁷⁵ [...] Betrachten wir also den Irrtum und die Unvernünftigkeit bloß als solche Eigenschaften des Handelns, wodurch es unfähig wird, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts mitzuwirken, so erscheint die Bedingung ihrer Abwesenheit nicht als verschieden von der allgemeinen Bedingung der *necessitatis opinio*.“¹⁷⁶

¹⁷¹ Savigny, System, S. 174.

¹⁷² Savigny, System, S. 175.

¹⁷³ Savigny, System, S. 175 f.

¹⁷⁴ Savigny, System, S. 176.

¹⁷⁵ Savigny, System, S. 177 f.

¹⁷⁶ Savigny, System, S. 178 f.

11.2 Die Geburt einer Handlungsregel in einer Lebenswelt

Wie oben verdeutlicht wurde, muss nach Savigny also gerade bei der Geburt einer Regel ein solches Notwendigkeitsgefühl vorhanden sein:

„Dennoch sollte [...] schon die erste Handlung von der *necessitatis opinio* begleitet seyn. Folglich beruhte dieselbe auf einem Irrtum, und durfte bey der Entstehung des Gewohnheitsrechts gar nicht mitgezählt werden.“¹⁷⁷

Bemerkenswert ist, dass eine solche *necessitatis opinio* bei der Geburt einer Regel nicht aus irgendeiner kollektiven Ansicht der Empirie, sondern nur aus der inneren Perspektive des initiiierenden Regelhandelnden selbst in die Realität gebracht werden kann. Dieser Schluss ist aber selbstverständlich, weil diese Regelhandlung bis zur ersten Offenbarung weder in der Welt bekannt noch ausgeführt worden ist. Deswegen erschließt sich ebenfalls, dass nur derjenige als Träger einer solchen Regeloffenbarung in Betracht kommen kann, der sich selbst in seiner Lebenswelt als ein reflexives Subjekt darzustellen vermag. Denn jedes kritische Denken, durch welches eine solche Regeloffenbarung verwirklicht werden kann, steht nur demjenigen offen, der in sich kein dogmatisches Denken voraussetzt. Er ist nämlich derjenige, der dazu fähig ist, durch die kritische Anschauung irgendeiner schon etablierten Regel deren Irrtümer bzw. Unvernünftigkeit zu entdecken und eine Verbesserung bzw. Begründung einer normativen Regel zu erreichen. Vor diesem Hintergrund stellt Savigny den Richter als den bestmöglichen Träger solcher Regeloffenbarungen vor:

„Aus diesem Grund eignen sich vorzugsweise richterliche Urteile zur Erkenntnis des Gewohnheitsrechts, indem sie nur aus der Rechtsüberzeugung des Richters, nicht aus Willkür,

¹⁷⁷ Savigny, System, S. 175.

hervorgehen können.¹⁷⁸ [...] dass zu solchen Handlungen besonders auch richterliche Urteile tauglich seien, war allgemein anerkannt.¹⁷⁹ [...] Es gilt vielmehr von demselben [Gebrauch der richterlichen Urteilen als Gewohnheitsrecht] das, was oben (§ 20) von den praktischen Arbeiten der Juristen überhaupt [...] gesagt worden ist. Sind also die Urteile namentlich auf ein Gewohnheitsrecht gegründet, so gelten sie als wichtige Zeugnisse für dessen Dasein. Eben so, wenn sie auch nur eine Rechtsregel überhaupt als wahr und gewiss anerkennen, ohne sich über deren Herkunft bestimmter auszusprechen. Anderes wenn sie eine Rechtsregel aus theoretischen Gründen, und zwar aus einer falschen Theorie, herleiten; denn nun haben sie selbst nur den Charakter der Theorie, und es lässt sich aus ihnen das Daseyn jener Regel in dem gemeinsamen Rechtsbewusstsein nicht erkennen.¹⁸⁰ [...] Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhl, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Überzeugung geltend zu machen.“¹⁸¹

11.3 Ursprüngliche Einheit von Regel und Ratio in der inneren Perspektive des Einzelnen

Jetzt wird verständlich, warum Savigny die Terminologie der Offenbarung bevorzugt. Durch ihre Betonung lässt sich nämlich die geistige Kraft des Einzelnen hervorheben, den normativen Horizont seiner Lebenswelt – also seine Gesellschaft im Licht der Gemeinschaftlichkeit – durch Aufstellung neuer normativer Anschauungen zu regenerieren und fortzubilden. Darüber hinaus kann die hermeneutische Regelheuristik unter diesem Gesichtspunkt generell auf diejenigen Regeln angewendet werden, die schon in der Welt so etabliert sind, um sie jetzt zu konstituieren. Es muss also eine *necessitatis opinio* bei der ersten Ausführung aller etablierten Regeln in der Welt gegeben haben. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass jede Regeln – ob im Sein oder im Werden – nach Savignys Ansicht grundsätzlich aus der re-

¹⁷⁸ Savigny, System, S. 174.

¹⁷⁹ Savigny, System, S. 173.

¹⁸⁰ Savigny, System, S. 173 f.

¹⁸¹ Savigny, System, S. 89.

flexiven, kritischen Perspektive des Einzelnen aus dem holistischen, organischen Zusammenhang der *necessitatis opinio* in der Gesamtheit hervorgegangen sind und hervorgehen werden, was nur dem selbstkritisch Denkenden möglich ist:

„Die Gestalt aber, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volkes lebt, ist nicht die der abstrakte Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so dass, wo das Bedürfnis entsteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewusst zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozess aus jener Totalanschauung gebildet werden muss.“¹⁸²

Vor diesem Hintergrund muss die Gewohnheit per se höchstens als Bekräftigungsgrund einer Regel – also die Kraft vom Werden zum Sein – in Betracht kommen und nicht als deren Entstehungsgrund:

„Ferner wird sich das Recht durch die Übung entfalten, und was ursprünglich bloß im Keim vorhanden war, wird durch die Anwendung in bestimmter Gestalt zum Bewußtseyn.“¹⁸³

Die Ansicht über die Bedeutung von der Regelexistenz in einer Lebenswelt, die von Savigny entwickelt worden ist, weist insofern klar und eindeutig in eine bestimmte Richtung. Die Existenz einer Regel kann nämlich vom erkennenden Subjekt nur durch die Erkenntnis ihrer Ratio bekannt werden, d.h. die Erkenntnis der Regelexistenz setzt die Erkenntnis ihrer Ratio voraus. Dieser entscheidende Punkt des Hermeneutismus, der tatsächlich auf die Dekonstruktion der Gewohnheitsregel bzw. des Gewohnheitsrechts an sich zielt, wurde übrigens schon von Austin klar und eindeutig erkannt:

„The law (say they; historian school), which obtains in any community is not arbitrary or capricious. It is caused by the circumstances in which the society is placed; or the sovereign is determined to make it, and to make it what it is, by those very circumstances. The sovereign, therefore, is not author of law, but merely describes or defines law already made to his hand. From whence it follows; That a law, and

¹⁸² Savigny, System, S. 16.

¹⁸³ Savigny, System, S. 16.

the reason which determines its author to make it, are one and the same thing.¹⁸⁴

11.4 Das Grundpotenzial des Einzelnen zur Vorwegnahme des antizipierenden normativen Horizonts einer Gemeinschaft

Um den Zustand beschreiben zu können, in dem sich eine Regel noch im Werden befindet, d.h. dessen, was noch als Keim in der Wirklichkeit versteckt und in ihr nicht etabliert worden ist, dient der Ausdruck Regelemergenz. Diese Regelemergenz – Regelexistenz in einer besonderen Form – initiiert und verwirklicht sich dabei – wie oben gesagt – in erster Linie durch die Kraft des reflexiven Subjekts. Ein derartiger Vorgang stellt sich also gar nicht als etwas Statisches, sondern als etwas Dynamisches dar, was ggf. heftige soziale Konflikte hervorbringen kann.

12. Der Begriff der Regelemergenz II – die vorwegnehmende Perspektive des kritischen Beobachters zur Fortbildung des hermeneutischen Raums einer Lebenswelt

An dieser Stelle sei an die begriffliche Unterscheidung Dworkins erinnert, welche der Kritik an Harts Regeltheorie zugrunde liegt. Unabhängig davon wurde in der vorliegenden Arbeit eine eigene Kritik an der Hart'schen Regeltheorie entwickelt, indem neue Begrifflichkeiten vorgeschlagen werden, die insbesondere dem Herausschälen des (performativen) Widerspruchs innerhalb der Regeltheorie Harts sehr dienlich sind.

Das Resultat dieser kritischen Betrachtung war, dass die rein deskriptive Regeltheorie Harts grundsätzlich hermeneutisch

¹⁸⁴ *Austin*, Lectures, S. 549.

umzuinterpretieren ist. Dabei wurde der Grund darin gefunden, dass es für die Darstellung irgendwelcher normativer Gegebenheiten einer Lebenswelt keine solche äußere Stelle der Beobachtung gibt, die eine wertneutrale Deskription ermöglicht. Deshalb wurde Harts Regeltheorie uminterpretiert zu einer Theorie über einen bestimmten Akzeptanzmodus eines Handelnden der Normativität, in der er eine normative Gegebenheit in seiner Lebenswelt grundsätzlich heteronom akzeptiert, indem er sich an die normative Ansicht des Kollektivs anlehnt. Der Vorteil dieser uminterpretierten Regeltheorie besteht darin, dass sich eine heteronom akzeptierte Regel grundsätzlich nicht um deren Ratio zu kümmern braucht. Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass die Existenz und die Rechtfertigung einer Regel im Geist im Prinzip auseinandergehen.

Im Wesentlichen ein und demselben Horizont bewegt sich Dworkins Kritik. In Bezug auf die äußere Stelle zur Beobachtung führt er die Unterscheidung zwischen der Regel von Soziologen und der Regel von Handelnden selbst ein:

„We must therefore recognize a distinction between two sorts of statements each of which uses the concept of a rule. The sociologist [...] is asserting a social rule, but the churchgoer is asserting a normative rule.“¹⁸⁵

Diese begriffliche Unterscheidung wird auch von Dworkin schnell hermeneutisch uminterpretiert, ohne aber den eigentümlichen inneren Widerspruch der Hart'schen Regeltheorie klar zu verdeutlichen. Er geht auf die Unterscheidung der Regel von der „conventional morality“ und der Regel von der „concurrent morality“ ein, wobei diese Unterscheidung derjenigen entspricht, die in dieser Arbeit zwischen dem heterono-

¹⁸⁵ Dworkin, TRS, S. 50 f.

men und dem autonomen Akzeptanzmodus einer Regel getroffen wird:

„The difference between a statement of a social rule and a statement of a normative rule, then, is not a difference in the type of rule each asserts, but rather a difference in the attitude each displays toward social rule.¹⁸⁶ [...] If the churchgoers believe that each man has a duty to take off his hat in church, but would not have such a duty but for some social practice to that general effect, then this is a case of conventional morality. [...] A community displays a concurrent morality when its members are agreed in asserting the same [...] normative rule, but they do not count the fact of that agreement as an essential part of their grounds for asserting that rule. It displays a conventional morality when they do. [...] If they [...] believe that each man has a duty not to lie, and would have this duty even if most other men did, then this would be a case of concurrent morality. [...] it would distort that claim that members of community made, when they spoke of a duty not to lie, to suppose them to be appealing to that social rule.“¹⁸⁷

Anhand dieser Zitate wird klar, dass zumindest in Bezug auf die Regel der „concurrent morality“ sowohl bei Dworkin als auch bei Savigny eine notwendige Existenzbedingung (*necessitatis opinio*), die von dem Beobachter selbst vorzudenken ist, in Betracht gezogen werden muss. Die Existenz einer Regel und die Vorstellung ihres Grundes, der nicht von irgendeiner Konzeption der äußeren Autorität bzw. von der Ansicht der anderen abhängt, müssen dabei immer mit- und beieinander gehen. Auf dieser Denklinie erscheint es sehr natürlich, dass auf die vorwegnehmende Kraft des Einzelnen zum antizipierenden normativen Horizont einer Gesellschaft ein großes Gewicht gelegt wird:

„The Theory [of Hart] must concede that there are some assertions of a normative rule that cannot be explained as an appeal to a social rule, for the reason that no corresponding social rule exists. A vegetarian might say, for example, that we have no right to kill animals for food because of the fundamental moral rule that it is always wrong to take life in any form or under any circumstance. [...] He wants to say [...] no one ever does have that right. [...] men and women presently have a duty not to take life [...] [and] His appeal to ‘the

¹⁸⁶ Dworkin, TRS, S. 51.

¹⁸⁷ Dworkin, TRS, S. 53.

normative rule' might suggest that some such rule already exist. [...] an attempt on his part to capture the imperative force of social rules. [...] Indeed, he will want to urge the existence of a moral duty to respect life [of the animals].¹⁸⁸

Die Frage, ob einer Regel im Werden – wie Dworkin hier behauptet – das Prädikat der Existenz zugeschrieben werden kann, erweckt eine sehr subtile Problematik, die zwischen dem Nominalismus und Ontologie von Normen steht. Auf den ersten Blick scheinen schon einige Handlungsprinzipien zu bestehen, die einer solcher Problematik notwendig zuzurechnen sind, aber mit einer solchen Aussage in einigen Spannungsverhältnissen stehen. Zum Beispiel gibt es das eine Prinzip, dass unter dem Gesichtspunkt der Diätetik aus möglichst verschiedenen Ressourcen die für den Menschen notwendige Ernährung aufzunehmen ist, die für die Erhaltung der Gesundheit notwendig ist, oder das andere Prinzip, dass der Mensch das Recht hat, sein Essen frei zu genießen, wie er will, sofern die ökologische Umgebung dadurch nicht belästigt und beschädigt wird bzw. sofern die Tiere dadurch nicht unter unnötigen und brutalen Behandlungen zu leiden haben, die ihrer eigenen Natur zuwider laufen.

Diese gemäßigte Form der normativen Aussage, die durch vergleichendes, unterscheidendes Denken in den relevanten normativen Topoi geprüft und ausformuliert worden ist, kann aber vielleicht als Handlungsstandard anerkannt werden, der in der Wirklichkeit versteckt ist. Vor diesem Hintergrund ist das, worauf die Animal-Rights-Protagonisten gezielt haben, nicht schwer zu verstehen. Sie wollten die Öffentlichkeit dazu bringen, sich auf die Möglichkeit des noch höheren Schutzgrades für die Tiere bzw. auf die der tierfreundlicheren Umgebung zu besinnen. Durch Aufstellung einer solchen normativen Aussage lässt sich nämlich in der Öffentlichkeit ein

¹⁸⁸ Dworkin, TRS, S. 52 f.

Diskussionsraum eröffnen, ob und wie sie sich den etablierten relevanten Lebenswerten anschließen kann, die als Prinzipien (*necessitatis opinio*) bewahrt wurden und noch werden. Auf eine solche Prüffunktion hat bereits Dworkin aufmerksam gemacht:

„It is generally recognized, even as a feature of conventional morality, that practices that are pointless, or inconsistent in principle with other requirements of morality, do not impose duties, though of course, when a social rule exists, only a small minority will think that provision in fact applies.“¹⁸⁹

¹⁸⁹ Dworkin, TRS, S. 57.

Teil III. Die Objektivitätserfahrung des Richters im konkreten und Rechtsgewinnung aus dem prinzipiellen Denken

Kapitel 4

Die Rechtsgewinnung in der Common-Law- Praxis und die allgemeine Methode der Rechtsgewinnung¹⁹⁰

1. Resümee der bisherigen Hauptargumente

Bisher wurde in der vorliegenden Arbeit die Grundkonzeption des Prinzips in ihrer allgemeinen praktischen Dimension erörtert, ohne dabei ihren Anwendungsbereich spezifisch zu bestimmen. Es wurde argumentativ festgestellt, dass die Grundkonzeption des Prinzips im allgemeinen praktischen Sinne einen von drei voneinander zu unterscheidenden Existenzmodi normativer Gegebenheiten einer Lebenswelt darstellt, zu denen daneben der Existenzmodus der (gewöhnlichen) Regel und des Befehls gehört.

In einem weiteren Schritt wurde aufgezeigt, dass sich jene drei Existenzmodi jeweils auf zwei gegensätzliche Akzeptanzmodi beziehen, nämlich entweder auf den heteronomen oder auf den autonomen Akzeptanzmodus des Einzelnen. Die Konzeption der Gewohnheitsregel bzw. des Befehls bezieht sich auf den heteronomen Akzeptanzmodus. Ist ein Handelnder bei Akzeptanz eines Handlungsmaßstabs auf eine bestimmte persönliche Autorität ausschließlich angewiesen, indem er selbst auf sein eigenes Urteil verzichtet, erscheint dort die normative Gegebenheit als Befehl. Will der

¹⁹⁰ „Justice cools the fierce glow of moral passion by making it pass through reflection.“, Shalom Spiegel, Amos v. Amatziah, in: *R. M. Cover, Justice Accused*, New Heaven 1975, S. vii.

Handelnde aber seine eigene Meinung lediglich mit der des Kollektiven in Einklang bringen, handelt es sich um eine Gewohnheitsregel. Im Gegensatz dazu trat die Erscheinung des Prinzips dort auf, wo es grundsätzlich statt des Bildes des passiven bzw. quasi wertneutralen Beobachters auf ein ganz anderes Bild ankommt, und zwar auf dasjenige des reflexiven, sinngebenden und weltteilnehmenden Beobachters, der normative Gegebenheiten seiner Lebenswelt nach seiner eigenen kritischen Überprüfung als seine eigenen aktiv akzeptiert.

Durch diese theoretische Kontrastierung der drei allgemeinen Erscheinungsmodi von normativen Gegebenheiten des Beobachters der eigenen Lebenswelt wurde schließlich das Wesen des Prinzips im allgemeinen praktischen Sinne wie folgt festgestellt: Es stellt eine normative Gegebenheit des Beobachters der Lebenswelt dar, die durch den autonomen, kritischen Akzeptanzmodus phänomenologisch wiederhergestellt worden ist. In dieser Hinsicht steht es mit dem hermeneutischen Raum des Beobachters der eigenen Lebenswelt im wesentlichen Zusammenhang, den der Beobachter wiederum durch seine kritische Reflexion besitzt.¹⁹¹

Aufgrund dieser Betrachtung wurde im zweiten Teil dieser Arbeit die Dekonstruktion des konventionellen Verständnisses der Gewohnheitsregel durchgeführt, was auch schon bei der Betrachtung von Savigny und Dworkin als Hauptvertreter des Hermeneutismus sowohl im metaphysischen als auch politischen Sinne teilweise vorweggenommen worden ist.

¹⁹¹ Dagegen hängt die Konzeption der (Gewohnheits)Regel bzw. des Befehls im Wesentlichen mit dem heteronomen Akzeptanzmodus desjenigen Beobachters zusammen, der sich selbst bewusst oder unbewusst seiner Lebenswelt entfremdet.

Im dritten Teil dieser Arbeit wird eine bestimmte Anwendung der Konzeption des praktischen Prinzips, nämlich die des Rechtsprinzips, welche insbesondere im richterlichen Denken zum Vorschein kommt. Zu einem konkreten Sachverhalt aktiviert sich im Richter ein bestimmter praktischer Denkmodus.¹⁹² Dieser Denkmodus und der ihm dadurch erscheinende Existenzmodus der normativen Maßstäbe im Bereich des positiven Rechts wird von nun an pauschal als „Rechtsprinzipien“ bezeichnet. Soll darin nur der Aspekt des Denkens spezifiziert werden, wird dies „prinzipielles Denken“ genannt, woraus der Richter im konkreten Lebenssachverhalt bei der Urteilsbegründung verschiedene Arten der Rechtsprinzipien formuliert. Die beiden wichtigsten Rechtsprinzipien, nämlich die *ratio decidendi* und die *ratio legis* werden in dieser Arbeit als zentral betrachtet. Obwohl sie sich jeweils aus unterschiedlichen Quellen – den Präjudizen und den Gesetzen – gewinnen lassen, liegt ihnen unter dem methodologischen Gesichtspunkt eine wichtige Gemeinsamkeit zugrunde. Sie erscheinen dem Richter unter der Grundidee der Aequitas, deren ontologischer Aspekt später als *ius non scriptum* aufgefasst wird.

Die Aktivierung des prinzipiellen Denkens hat wesentlich mit einer besonderen Art der geistigen Erfahrung des Menschen zu tun, die hier als Notwendigkeitserfahrung im praktischen Sinne bezeichnet wurde. Aufgrund dieser These soll eine Beschreibung des prinzipiellen Denkens des Richters aus seiner inneren Perspektive erfolgen, und zwar als eine Art der hermeneutischen Beschreibung, die von der quasi wertneu-

¹⁹² Da der Erscheinungs- bzw. Existenzmodus der normativen Gegebenheit nach der hier entwickelten These begrifflich mit dem Akzeptanzmodus des Beobachters zusammenhängt, muss die Terminologie, das Denken an eine normative Gegebenheit und das Sein derselben als in sich miteinander vollkommen vereint verwendet werden.

tral objektivierten Beschreibung des Hart'schen Positivismus, der den Standpunkt des hypothetisch eingestellten rein äußeren Beobachters voraussetzt, grundsätzlich zu unterscheiden ist. Diese Art der hermeneutischen Beschreibung will und muss im Gegensatz zum Positivismus unter der Annahme der inneren Perspektive des reflexiven Richters in seiner eigenen Lebenswelt vorgenommen werden. Es handelt sich um die innere Beschreibung dessen, wie der Richter aus seiner eigenen Reflexion im konkreten Lebenssachverhalt auf seine Rechtsüberzeugung gekommen sein könnte.

Die Möglichkeit und Notwendigkeit solcher hermeneutischen Beschreibung ergeben sich daraus, dass die von Hart angestellte Grundthese des deskriptiven Positivismus – nämlich die, dass eine rein wertneutrale, auf dem äußeren Standpunkt vorgenommene Beschreibung über das normative Denken des Fremden im Grunde möglich sei – nach der bisher entwickelten Argumentation gescheitert ist. Sofern die argumentativ begründete Überzeugung hinsichtlich dessen richtig ist, kann und muss letztendlich festgestellt werden, dass sich die Wirkungen der verschiedenen Erscheinungsformen von Rechtsprinzipien nicht mehr bloß auf einen Teilbereich der positiven Rechtspraxis – also auf eine Teilquelle des positiven Rechts – einschränken lassen, sondern darüber hinaus eine neue Perspektive auf das Wesen des positiven Rechts selbst eröffnet, die hier als „politischer Hermeneutismus“ bezeichnet wird. Diese Ansicht dessen, wie das positive Recht ist und sein soll, führt dabei naturgemäß zu einer allgemeinen Theorie der politischen Legitimation des positiven Rechts überhaupt. Da davon eine prominente Version von Ronald Dworkin existiert, endet dieses Kapitel mit der Darstellung von seiner Grundgedanken.

2. Die Gewinnung der *ratio decidendi* und die konkrete Objektivitätserfahrung im hermeneutischen Raum

Oben in Teil II wurde bereits die erste Auseinandersetzung zwischen Austin und Hart erörtert, die in Bezug auf die Frage nach dem Wesen der in der Gesellschaft vorhandenen sogenannten Gewohnheitsregel rekonstruiert.¹⁹³ Zur Eröffnung des Diskurses über die Notwendigkeitserfahrung im praktischen Sinne ist es hilfreich, die zweite Auseinandersetzung zwischen diesen Autoren noch einmal zu initiieren. Jene zwei führenden englischen Rechtsphilosophen hatten, obwohl sie beide als Hauptvertreter des englischen Rechtspositivismus gelten, bezüglich des Wesens der Rechtsgewinnung im Common Law weit auseinandergehende Ansichten. Ihre Meinungsäußerungen sollen im Folgenden betrachtet werden, um herauszufinden, woher dieser Kontrast eigentlich gekommen ist.

2.1 Harts Illustrierung der Common-Law-Praxis

Hart beschreibt die allgemeine Situation, in der sich der Common-Law-Richter in Bezug auf seine normative Rechtsgewinnung (*ratio decidendi*) befindet, mit einem Gleichnis von Vater und Kind: Der Richter in der Vergangenheit nimmt die Rolle des Vaters und der aktuell urteilende Richter die des Kindes ein. Der Vater, der für sein Kind einen Handlungsmaßstab – also ein Präjudiz – etablieren will, bringt seinem Kind eine Regel der Etikette in der Kirche bei.

¹⁹³ Nach Austins Ansicht kommt eine Gewohnheitsregel durch die kollektive Handlungspraxis („concurring moral sentiments“) einzelner geistig separater und selbständiger Menschen zustande. Dies fand später bei Dworkin bewusst oder unbewusst Beifall („concurring morality“). Dagegen war nach Hart die geistige Neigung des Einzelnen das wichtigste Element für das Zustandekommen sozialer Regeln.

Dies kann durch „showing“ oder „saying“ erfolgen. Wählt der Richter die erste Alternative, entspricht dies der Common-Law-Justiz, wobei der jetzige Richter – also das Kind – seinen Fall nach der Doktrin der *stare decicis*, d.h. nach der von seinem Vater ihm überlieferten Norm, urteilt. Das Kind ist auf dieser Weise an die von seinem Vater mittelbar gezeigte Regel gebunden. Wählt der Richter dagegen die zweite Alternative, entspricht dies der Situation, in der er seinen Fall nach dem Gesetz, d.h. nach den sprachlich formulierten Regeln – zu beurteilen hat:

„To approach further the legal use of precedent, we must suppose that the father is conceived by himself and others to subscribe to traditional standards of behavior and not to introducing new rules. [...] ‘in what ways must my conduct resemble his [also, die Musterhandlung seines Vaters] to be right’, [...] open range of possibilities, and hence of doubt, as to what is intended [...] which the person seeking to communicate has clearly envisaged. [...] ‘what precisely is it about his conduct that is to be my guide? The features to be taken as general guides [...] are here identified in words: they are verbally extricated [...] the child has no longer to guess what is intended [...]; he is not left to speculate as to the way in which his conduct must resemble [...] Instead, he has a verbal description [...] He has only to recognize instances of clear verbal terms, to subsume particular facts under general classificatory heads [...] He is not faced with the alternatives of choosing [...] or seeking further authoritative guidance.“¹⁹⁴

Harts Aussagen enthalten tatsächlich zwei brisante Behauptungen in zwei verschiedenen Themenbereichen, die nach Ansicht der vorliegenden Arbeit grundsätzlich falsch eingestellt worden sind. Die erste Aussage hat mit dem Wesen der Subsumtion zu tun, die zweite berührt dagegen das Wesen des Ähnlichkeitsurteils. Hart besteht also in seiner ersten Aussage darauf, dass der Richter angesichts des Gesetzestextes nur dazu verpflichtet ist zu erkennen, was der Text beinhaltet, unabhängig davon, ob und in welchem größeren Zusammenhang dieser Text steht. In der Tat lässt sich eine

¹⁹⁴ Hart, CL, S. 125.

solche subsumtive Erkenntnistätigkeit nicht synthetisch, sondern eher rein analytisch und separat, insbesondere durch die Trennung von einzelnen Elementen vom betroffenen Text, durchführen.

Dieser an sich quasi wertneutrale Erkenntnisakt des Richters bildet nach seiner Ansicht den Kern der sogenannten „easy cases“ bei der Gesetzesanwendung. Die Kerncharakteristik jener geistigen Tätigkeit besteht darin, dass das Moment der Normakzeptanz und das der Anwendung im Geist des Richters derart auseinandergehen, dass bei jener positivistischen Ansicht die innere Selbstentfremdung des Richters bei der Gesetzesanwendung stillschweigend als normaler Zustand vorausgesetzt wird. Was die zweite Behauptung angeht, stellt sich die Frage, ob das Wesen der Rechtsgewinnung des Common-Law-Richters wirklich ein Ähnlichkeitsurteil ist und ob das oben erwähnte Gleichnis von Vater und Kind auf das Wesen der Common-Law-Praxis zutrifft und welchen Sinn es hat.

Wird angenommen, dass das Kind noch nicht die geistige Reife erreicht hat, als ein hermeneutisches und selbstkritisches Subjekt in seiner Lebenswelt einen inneren Raum fortzubilden und damit noch kein kritisches Potenzial zur Verfügung hat, bedeutet dies, dass ein solches Kind lediglich ein passiv Handelnder in seiner Lebenswelt ist. Dementsprechend muss es die normativen Gegebenheiten seiner Lebenswelt nur passiv verinnerlicht haben und sie wiederum nach außen – also gegenüber seinen Zeitgenossen – nur auf konventionelle Weise geltend machen können. Alles, was bisher in dieser Arbeit durch die Erörterung der Hart'schen Regeltheorie gesehen wird, spricht dafür, dass zwischen dem Vater und dem Kind normalerweise eine erhebliche Differenz hinsichtlich der hermeneutischen Kompetenz

besteht, denn sonst hätte Hart nicht die Beziehung von Vater und Kind als Gleichnis verwendet.

Deshalb kann rational vermutet werden, dass das von Hart im Gleichnis vorgestellte Bild der Common-Law-Justiz insbesondere in Bezug auf die Konzeption der „open range of doubt for imitation of acts by resemblance“ stillschweigend die folgende Grundannahme einschließt: Die Nachahmung des Kindes der Handlung seines Vater beruht auf dem bloßen Ähnlichkeitsurteil, das an sich keine hermeneutische Erfahrung in der Lebenswelt benötigt, was zur Folge hat, dass das Wesen eines solchen Nachahmungsakts grundsätzlich von rein äußerem Charakter sein muss. Sofern der geistige Horizont der Lebenswelt als Ganzes nach der stillschweigenden Annahme Harts vom Normanwender nicht kritisch besetzt zu werden braucht, muss sein Urteilsakt dementsprechend von rein konventionellem Charakter bleiben.

2.2 Das Urteil von äußerer Ähnlichkeit

Wenn der Vater beim Eintritt in die Kirche seinen Hut abnimmt und sein Kind dies beobachtet, wäre fraglich, ob das Kind diese Handlung beim nächsten Mal nachahmen würde, falls es keinen Hut, sondern eine Mütze trägt. Würde diese Frage bejaht, dürfte es grundsätzlich daran liegen, dass das Kind eine äußere Ähnlichkeit von Hut und Mütze bemerkt. Also führt das Kind dabei ein Urteil aus äußerer Ähnlichkeit aus. Wird nun aber vorausgesetzt, dass das Kind keine Mütze, sondern Kopfhörer in den Ohren trägt, fragt sich, ob es diesmal auch die ursprüngliche Handlung seines Vaters nachahmen würde. Wenn auch dies eventuell bejaht werden soll, ergibt sich die neue Frage, ob zwischen den Sachverhalten bzw. den Sachen ebenfalls eine äußere Ähnlichkeit besteht.

2.3 Analogie aus äußerer Ähnlichkeit ohne hermeneutischen Raum vs. Erkenntnis der Notwendigkeitsverknüpfung verschiedener Sachverhalte innerhalb des hermeneutischen Raums

Sofern nach Hart angenommen wird, dass das Kind noch kein reifes Bewusstsein über seine Lebenswelt erreicht hat, muss es lediglich sein analogisches Denken anhand äußerer Ähnlichkeiten von irgendeinem Akzidens abhängig machen, das mit der in einer Situation erforderten Normativität nichts zu tun hat. Deswegen muss das Kind dort, wo es unter den Sachen in conventio keine oder nur eine schwache akzidentielle Ähnlichkeitsrelation zu erkennen glaubt, grundsätzlich auf ein normatives Urteil verzichten. Dort wird das Kind zum Skeptiker.

Entscheidend ist Folgendes: Das analogische Denken in der Kirche basiert grundsätzlich nicht auf einem akzidentiellen äußeren Ähnlichkeitsurteil, in dem sich ein Urteilender um den hermeneutischen Raum seiner Lebenswelt nicht sorgen muss. Stattdessen muss ein praktisches Urteil mit dem Gefühl der Notwendigkeit entstehen, d.h. obwohl dort keine äußere Ähnlichkeit gefunden wurde, kann und muss aus der aus dem Sachverhalt selbst entstehenden normativen Überzeugung ein Urteil getroffen werden. Also basiert die Handlung des Urteilenden auch in einer solchen skeptischen Situation auf seiner eigenen Überzeugung. Es geht beim analogischen Denken im praktischen Handlungsbereich also grundsätzlich nicht um das Ähnlichkeitsurteil zu irgendeiner äußeren akzidentiellen Beschaffenheit, sondern darum, zu erkennen, was in einer Handlungssituation vom Menschen gefordert wird. Dieses Urteil vollzieht sich nicht aus der Perspektive des äußeren Beobachters, sondern aus der des

hermeneutischen, d.h. selbst teilnehmenden, Beobachters in seiner eigenen Lebenswelt. In dieser inneren Perspektive erscheint ihm jene Handlungsregel nicht als von ihm getrennt, sondern stets als in ihn eindringend und mit ihm verknüpft. Die einzelnen unterschiedlichen Situationen werden also durch eine gleiche Notwendigkeitserfahrung in eine gleiche Handlungsregel bzw. ein gleiches Handlungsprinzip integriert. Beim analogischen Denken im Bereich der praktischen Handlung geht es also grundsätzlich nicht um das Ähnlichkeitsurteil, sondern um das Erkennen eines Handlungsprinzips, das nur dann gewonnen werden kann, wenn die eigene Lebenswelt als Ganze aktiv das Gefühl der Notwendigkeitserfahrung interpretieren kann.

Hier ist noch an einen Punkt zu erinnern. Sofern bei der praktischen Erkenntnis des Handlungsprinzips im analogischen Denken die darauf basierte objektive Existenz des hermeneutischen Raums vorzurechnen ist, kann und muss einer solchen Normativitätserfahrung nur der Charakter der Objektivität verliehen werden. Harts Fehler ist auch in dieser Hinsicht zu finden: Er vernachlässigt die um den Beobachter umgebende Gravitationskraft der Lebenswelt so sehr, dass er bei seiner allgemeinen Betrachtung über das Wesen der richterlichen Justiz den Charakter des Akzidens beim Urteil völlig übertreibt. Ein solcher szientifischer Aberglaube läuft im Endeffekt auf die folgende absurde Resignation hinaus:

„No doubt they are rules with an open texture and at the points where the texture is open, individuals can only predict how courts will decide and adjust their behavior accordingly.“¹⁹⁵

Eine derartig äußere Perspektive zur Vorhersage, die von Hart ohne Bezug auf den hermeneutischen Raum konzipiert worden ist, wirft einen sehr großen Schatten auf sein Denken,

¹⁹⁵ Hart, CL, S. 138.

sodass er schließlich die folgende sehr seltsame, grundsätzlich falsche Ansicht über die Common-Law-Praxis äußert:

„[...] there is no single method of determining [...] the rule for which a given [...] precedent is an authority. Notwithstanding this, in the vast majority of decided cases there is very little doubt. The head-note is usually collect enough. [...] There is no authoritative [...] correct formulation of any rule to be extracted case. On the other hand, there is often very general agreement, [...] that a given formulation is adequate.“¹⁹⁶

2.4 Analogie als Denken – Thibaut und Austin

Im Gegensatz zu Harts verzerrter Darstellung über die richterliche Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis stehen die abweichenden Ansichten von Thibaut und Austin. Obwohl die beiden Autoren jeweils den neuzeitlichen Rechtspositivismus in Deutschland sowie in England vertreten, teilten sie über das Wesen der Analogie die gleiche Ansicht. Sie gehen grundsätzlich davon aus, dass die Analogie im Bereich des praktischen Denkens kein Urteil über die Ähnlichkeit irgendwelcher Sachen bzw. Sachverhalte, sondern über die Gleichheit darstellt, die bei bestimmten Sachverhalten unter einem bestimmten Aspekt aufgefasst worden ist.

Wie oben bereits dargestellt, ist eine Verhaltensregel in der Kirche eher als ein Exemplar eines Handlungsprinzips, das von dem Handelnden selbst durch seine eigene Reflexion rekonstruiert werden soll, als eine bloß per se separate konventionelle Regel anzusehen. In ein solches Prinzip ist nämlich jede einzelne Verhaltensregel durch ein gleiches Notwendigkeitsgefühl, obgleich dieses in der Intensität variabel sein dürfte, integriert. Diese Ansicht über das Wesen der praktischen Analogie im Bereich der religiösen, sozialen Sitte entspricht der von Austin und Thibaut, nach der sich Hand-

¹⁹⁶ Hart, CL, S. 134 f.

lungsgebote und -verbote nur dann an ein bestimmtes Handlungsprinzip anschließen lassen, wenn sie durch gleichartige Normativitätserfahrungen miteinander verknüpft sind. Thibaut beginnt dabei mit der Schilderung der geläufigen Ansicht Caesars über das Wesen der Analogie, die auf dem Ähnlichkeitsurteil besteht:

*„Analogia est simlium simlis declinatio. [...] Eius haec vis est, ud id, quod dubitum est, ad aliquid similie, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.“*¹⁹⁷

„Analogie [...] die meisten [...] bezeichnen dadurch den Schluss von einem entschiedenen ähnlichen, auf einen anderen, nicht entschiedenen ähnlichen Fall.“¹⁹⁸

Dem fügt er aber seine kritischen Bemerkungen¹⁹⁹ hinzu:

„Solange man bloß von Ähnlichkeiten schließt, lässt sich nie mit Gewissheit sagen, dass die Unähnlichkeit, welche in dem neuen Fall liegt, der Ausdehnung nicht im Wege steht.²⁰⁰ [...] Die Ähnlichkeit der Gründe, und die Ähnlichkeit der Fälle sind offenbar ganz verschieden. [...] es ist genug, wenn in ungleichen Fällen ein gleicher Grund eintritt. Durch diese Gleichheit des Grundes wird dann der Fall ein casus similis, und auf solche ist denn jedes Gesetz auszudehnen.²⁰¹ [...] Ein Schluss von Fällen auf andere Fälle ist mithin nur insofern zulässig, als die in Ansehung jener Fälle angenommenen Entscheidungsgründe auf die übergangenen Fälle passen.²⁰² [...] Allein nach dem, was ich oben § 17 weitläufig ausgeführt habe, ist ja ein bloßer Schluss von Fällen auf Fälle nur insofern zulässig, als die dort Statt findende Gründe hier ebenfalls zutreffen. Alle Ausdehnung geschieht wegen Gleichheit der Gründe.²⁰³ [...] das alles ist sonderbar, und noch sonderbarer, wenn man sieht, wie die, welche sich der Analogie bedienen, immer nur nach Aehnlichkeit der Fälle schließen, ohne gerade den Gründe ihre Hauptaufmerksamkeit zu widmen.²⁰⁴ [...] Ich weiß [...] nichts anders zu antworten, als, dass [...] die Analogie mit der logischen Interpretation [des Gesetzes], welche von der Gleichheit der Gründe schließt, ganz und gar coincidiert.²⁰⁵ [...] aber sieht man auf den Grund der Sache, so geschieht doch nichts weniger, als

¹⁹⁷ Thibaut, Auslegung, S. 117 f.

¹⁹⁸ Thibaut, Auslegung, S. 114.

¹⁹⁹ Thibaut, Auslegung, S. 117 f.

²⁰⁰ Thibaut, Auslegung, S. 72.

²⁰¹ Thibaut, Auslegung, S. 73.

²⁰² Thibaut, Auslegung, S. 77.

²⁰³ Thibaut, Auslegung, S. 122.

²⁰⁴ Thibaut, Auslegung, S. 123.

²⁰⁵ Thibaut, Auslegung, S. 123.

dass man die eine Entscheidung ohne Rücksicht auf den Grund derselben auf einen anderen Fall wegen einer gewissen Aehnlichkeit desselben überträgt.²⁰⁶ [...] Wird ein Grundsatz aufgestellt, welche durch Raisonement gefunden ist, so bemüht sich jeder gute Ausleger, die Gründe, welche hin bis zu diesem Grundsatz hinauf geführt haben, anzugeben, und für andere überzeugend zu machen.²⁰⁷

er hier von Thibaut geschilderte Grund, durch den sich ein singuläres Handlungsgebot und -verbot mit den anderen verbinden lässt, betrifft in der Tat das Wesen des praktischen Prinzips, das aus der Notwendigkeitserfahrung des Urteilenden selbst hervorgegangen ist. Wie hier angedeutet, kann ein solcher Grund nicht direkt sprachlich ausformuliert werden, sondern lässt sich eventuell durch Fallgestaltungen mittelbar andeuten – eine Methode, die den römischen Juristen sehr gefiel. Obwohl Austin und Thibaut nicht scharf zwischen dem Ähnlichkeitsurteil und dem Urteil der Gleichheit des Grundes, d.h. der Gleichheit der Fälle anhand eines praktischen Prinzips, unterscheiden, äußert Austin im Wesentlichen die gleiche Ansicht wie Thibaut:

„[...] two cases, therefore, in their common relation to its reason, are equal, analogous, or like.²⁰⁸ [...] In the former case [bastard extensive interpretation of statute] the reason or principle of the statute is itself erected into a law and is applied a species or case which the lawgiver has manifestly overlooked. [...] [they say] The law should be applied uniformly to all the cases which come within its principle.²⁰⁹ [...] They are resembling cases, with reference to that common principle, in spite of the differences by which they are distinguished when viewed from other aspects.²¹⁰ [...] But though the reasoning in question is styled analogy or proportion, it is styled more commonly reasoning by analogy or else analogical reasoning: *rationcinatio per analogam* or *argumentatio analogica*. It is styled also reasoning by parity, and since equality or equiety is tantamount to analogy or parity, it might be styled moreover reasoning by equality or aequity.“²¹¹

²⁰⁶ *Thibaut*, *Auslegung*, S. 139.

²⁰⁷ *Thibaut*, *Auslegung*, S. 139.

²⁰⁸ *Austin*, *Lectures*, S. 994.

²⁰⁹ *Austin*, *Lectures*, S. 578.

²¹⁰ *Austin*, *Lectures*, S. 579.

²¹¹ *Austin*, *Lectures*, S. 1006. Austin beschreibt in seinem Werk auch das Wesen des Analogieschlusses in den naturwissenschaft-

2.5 Analogisches Denken aufgrund des gleichen praktischen Gefühls

Um zu erkennen, auf welche Weise Thibauts und Austins Ansichten auf das Wesen der praktischen Analogie zutrifft, sei das Argument des englischen Richters Wilberforce angeführt. Er als Richter im House of Lords, dem höchsten Gericht in England, äußerte in den 1980er-Jahren auf eine Rechtsfrage seine eigene Ansicht auf die Frage, ob der Klägerin aufgrund der Nachricht von einem Verkehrsunfall, bei dem ihr Mann und zwei Söhne schwer verletzt wurden und ihre dreijährige Tochter umgekommen waren, ein Schadenersatzanspruch wegen „seelischen Schocks“ zusteht. Die Klägerin war zwei Stunden nach dem Unfall ins Krankenhaus

lichen Bereichen mit einem sehr anschaulichen Beispiel, Lectures, S. 1007: „But such analogical arguments as are grounded on specific resemblance, and such analogical arguments as are grounded on generic resemblances, are not unfrequently by the following antithesis of phrases. An inference from singulars of a sort is grounded, it is said, on experience. An inference from singulars of a sort which is parcel of a given kind, to singulars of another sort which is parcel of the same kind, is grounded, it is said, on analogy. For example: It is said that a physician would reason from experience in case he reasoned thus: ‘Some men have died or have suffered some other harm, on taking a certain drug; therefore, other men will die, or will suffer a like harm, if the drug be taken by them.’ It is said that he would reason from analogy, in case he reasoned thus: ‘Some animals of one of the lower sorts have died of a certain drug; therefore men will die of the drug, if it be taken by them.’ But such analogical arguments as are grounded on specific resemblances and [...] on generic resemblances, are vaguely divided by a difference which is a merely a difference of degrees. There is not the opposition of natures between the two classes of arguments, which seems to be expressed or intimated by the foregoing antithesis of phrases. For, [...] an argument raised on a likeness rests upon two antecedents: first, the likeness between the objects from which we reason or infer, and the objects to which we argue; secondly, the given and further something which we know or assume of the former, and which, by analogy or parity, we input or ascribe to the latter.“ Diese Bemerkung entspricht gerade dem oben angeführten Zitat von Gellius: „*Eius haec vis est, ut id, quod dubitum est, ad aliquid similitudinis, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.*“

geeilt und hatte dort ihre Angehörigen noch lebend in einem furchtbaren Zustand gesehen. Nach der bisherigen *ratio decidendi* im Common Law über Schockschäden Dritter, d.h. nicht unmittelbarer Unfallopfer, stand ein solcher Schadenersatzanspruch nur denjenigen engen Blutsverwandten von Unfallopfern zu, die sich zum Unfallzeitpunkt entweder direkt am Unfallort befanden oder bei den direkten Nachwirkungen anwesend waren. Vor diesem Hintergrund erinnert er an jenen Punkt wie folgt:

„Throughout these developments, as can be seen, the courts have proceeded in the traditional manner of the common law from case to case upon a basis of logical necessity. If a mother, with or without accompanying children, could recover on account of fear for herself, how can she be denied recovery on account of fear for her accompanying children? If a father could recover had he seen his child run over by a backing car, how can he be denied recovery if he is in the immediate vicinity and runs to the child's assistance? If a wife and mother could recover if she had witnessed a serious accident to her husband and children, does she fail because she was a short distance away and immediately rushes to the scene? I think that unless the law is to draw an arbitrary line at the point of direct sight and sound, these arguments require acceptance of the extension above under 4 in the interest of justice.“²¹²

Der im Argument von Wilberforce angeführte Ausdruck „from case to case upon a basis of logical necessity“ erhellt gerade die Gleichheit des Wesens der praktischen Analogie noch einmal, die schon im Fall zur Regel der Etikette in der Kirche gesehen worden ist. Eine gleiche Normativitätserfahrung in Reflexion, die durch die Darstellung konkreter Sachverhalte in einer Form der Handlungsgebote oder Verbote verkörpert wird, bildet das Wesen des analogischen Denkens im praktischen Sinne. Auch im Rechtsdenken leistet es zur Herstellung der richterlichen Rechtsüberzeugung einen wesentlichen Beitrag. Diese Methode der praktischen Analogie durch das anschauliche Appellieren an die Notwendigkeitserfahrung

²¹² McLoughlin vs. O'Brian (1983), 1 A.C. 410, S. 8.

kommt allerdings viel häufiger in der englischen als in der deutschen Rechtspraxis vor, weil diese noch die begriffliche Begründung aus dem etablierten abstrakten System den anschaulichen und lebendigen Begründungen vorzieht.

2.6 Überschneidung von praktischer Analogie und extensiver Gesetzesauslegung

Überdies werden aus den Zitaten von Thibaut und Austin über das Wesen der praktischen Analogie zwei wichtige Einsichten gewonnen. Erstens, im richterlichen Denken treffen zwei Rechtsgewinnungsmethoden – also die Analogie und die extensive Gesetzauslegung – in der Tat aufeinander. Sie teilen den gleichen Geist in Bezug auf die Notwendigkeitserfahrung im Konkreten. Derjenige Richter, der generell unter und nach dem Gesetz seinen Fall zu beurteilen hat, macht sich in den sogenannten „hard cases“ zur extensiven Gesetzesanwendung im Wesentlichen von der gleichartigen Notwendigkeitserfahrung abhängig wie der Common-Law-Richter bei Durchführung der praktischen Analogie.

Bei Geltendmachung extensiver Gesetzauslegung dieser Art beurteilt er nämlich seinen Fall, obwohl er unter den gesetzlichen Tatbestand semantisch nicht subsumierbar oder dies fragwürdig ist, nach dem Geist jenes Gesetzes, weil außer Zweifel steht, dass sich der Fall im normativen Anwendungsbereich befindet. Anschaulich erklärt, ist ein Fall A, auch wenn dieser außerhalb des semantischen Anwendungsbereichs des betreffenden Gesetzes liegt, auf gleiche Weise zu beurteilen wie ein Fall B, der eindeutig im semantischen Gel-

tungsbereich desselben Gesetzes liegt, sofern sie sich auf die gleiche Linie der Normativitätserfahrung beziehen.²¹³

Zweitens, in der praktischen Analogie im weiteren Sinne, d.h. derjenigen, die sowohl Analogie im engeren Sinne wie auch die Methode extensiver Gesetzauslegung enthält, tritt die Aequitas als allgemeine Idee derselben in den Vordergrund.²¹⁴ Die Aequitas ist nämlich unter dem methodologischen Gesichtspunkt nichts anderes als eine normative Auffassung, die durch eine richterliche Notwendigkeitserfahrung in einer Kette von Handlungsgeboten bzw. -verboten miteinander verknüpft sind. Der Gesetzestext ist ein besonderer Fall solcher Handlungsgebote und -verboten, die schon durch die normative Reflexion des Richters innerlich bearbeitet worden sind. Austin schildert die Verknüpfung von Aequitas und extensiver Gesetzauslegung wie folgt:

„Of the numerous equivocal terms which the language of jurisprudence comprises, equity perhaps is the most equivocal and perplexing. Now, of the many and disparate meanings given to this slippery expression, some are connected inseparably with a kind of spurious interpretation: namely, with the so-called extensive interpretation, *ex ratione legis*, of a statute unequivocally worded. Where a defective statute is thus adjusted to its reason, there lies an equality or equity (or a parity, analogy, or likeness) between the cases which the statute includes and the cases to which it is extended. A case to which it is extended, as well as a case which it

²¹³ Bei restriktiver Auslegung schließt der Richter einen Fall, der klar und eindeutig unter dem gesetzlichen Tatbestand semantisch subsumiert ist, aus dem betreffenden Gesetz aus, und zwar deshalb, weil er nicht zur Ratio des Gesetzes passt. Sowohl in extensiver als auch in restriktiver Gesetzesauslegung weicht der Richter als Gesetzesanwender aufgrund der Notwendigkeitserfahrung im Konkreten von dem durch die Gesetzessprache semantisch vorbestimmten Geltungsbereich bewusst ab. Im nächsten Kapitel wird dargestellt, dass Austin und Thibaut als Rechtspositivisten die Einförmigkeit der Rechtsanwendung und restriktiven Auslegung ablehnten, obwohl sie, wenn auch unter Vorbehalt, nach derselben Theorie die extensive Auslegung bejahten.

²¹⁴ Die über den methodologischen Aspekt hinausgehende politische Bedeutung der Aequitas, die sich stets mit ihrem Gegenstück, der Utilitas, verstehen lässt, wird im dritten Abschnitt dieses Kapitels näher betrachtet.

includes, is embraced by its reason; and the two cases, therefore, in their common relation to its reason, are equal, analogous, or like.²¹⁵

2.7 Die Überschneidung von extensiver und restriktiver Gesetzauslegung

Hierzu werden nachfolgend zwei Musterbeispiele der extensiven Gesetzgebung angeführt, die in Deutschland und in den Vereinigten Staaten stattgefunden haben. Zunächst der Fall²¹⁶ in Deutschland, mit dem der BGH konfrontiert war:

2.7.1 *Ein deutscher Fall*

Eine Ehefrau hatte am August im Jahr 1946 bei der Geburt ihres ersten Kindes in einem Krankenhaus eine Bluttransfusion erhalten. Im darauf folgenden Jahr, also im Oktober 1947, brachte sie ihr zweites Kind zur Welt. Später erwies sich, dass es schon seit der Geburt an Lues erlitt. Es stellte sich heraus, dass sich die angeborene Krankheit auf eine fehlerhafte Blutübertragung des Krankenhauses zurückführen ließ. Im deutschen Deliktsrecht gab es damals für derartige Fälle, in denen eine geschädigte Klägerin im Zeitpunkt der widerrechtlichen Handlung des Beklagten nicht einmal als Leibesfrucht in der Welt existierte, keine klare Regulierung. Der Fall stellt nämlich einen typischen „hard case“ in dem Sinne dar, als es keine Regulierung gab, die für die Rechte der Klägerin sprach, die im Zeitpunkt der widerrechtlichen Handlung nicht einmal als irgendeine biologische Substanz, also als fixierte Basis für menschliches Leben, existierten. In dem Sinne, als in einem solchen Fall generell angenommen wird, dass sich der Gesetzgeber eine derartige Situation nicht im Voraus vorgestellt hat, repräsentiert dieser

²¹⁵ *Austin, Lectures*, S. 994.

²¹⁶ BGHZ 8, 243.

Fall auch eine Gesetzeslücke.²¹⁷ Angesichts dessen hat der BGH das Argument der Revision angefochten und wie folgt argumentiert:

„Die Revision macht [...] in erster Linie geltend, im vorliegenden Falle sei die Anwendung des § 823 Abs 1 BGB begrifflich ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt der [...] schädigenden Handlung bei der Klägerin ein unversehrter Zustand nicht bestanden habe, der durch die Schadenzufügung hätte verletzt werden können. [...] Habe ein solcher Zustand [...] niemals bestanden, [...] so sei ein Eingriff in den Gesundheitszustand des ... Kindes überhaupt nicht erfolgt. [Zwar] ist es z.B. begrifflich unmöglich, daß das Eigentum verletzt wird, vor Eigentum entstanden ist. [...] [Aber] Der Unterschied zwischen diesen Lebensgütern und jenen subjektiven Rechten ist vom Reichsgericht [...] schon [...] hervorgehoben worden. Diese Lebensgüter stellen in keinem Fall selbst subjektive Rechte dar, vielmehr kann nur davon gesprochen werden, daß jeder Mensch ein Recht auf sie besitzt. [...] Abzulehnen sind daher auch die Ausführung von Rudolf Schmidt [...], worin bei der Gesundheitsschädigung dem Verletzungstatbestand die gleiche einschränkende Bedeutung beigelegt wird. Der entscheidende Grund gegen diese [...] Auffassung ist darin zu erblicken, dass sie dem besonderen Wesen der in § 823 [...] geschützten Lebensgüter nicht gerecht wird. Sie [also, solche Lebensgüter] sind der Rechtsordnung vorausgegeben. Sie sind Ausdruck der Personhaftigkeit des Menschen, ein Teil der Natur und ein Teil der Schöpfung. [...] Ein jeder Mensch hat ein Recht auf diese Lebensgüter und damit darauf, daß nicht von Menschenhand das organische Wachstum gestört oder beeinträchtigt werde. Jede [...] Störung, die von einem Menschen herrührt und das natürliche Wachstum [...] hindert oder beeinträchtigt, ist eine Verletzung dieser Rechtsgüter. [...] Die Rechtsordnung ist in dieser Hinsicht an das Phänomen der Natur gebunden. Sie kann und darf nicht an dieser Naturgegebenheit vorbeigehen. Was danach eine Verletzung [...] der Gesundheit ist, kann nicht mit logischen Begriffen der Rechtstechnik bestimmt

²¹⁷ Diese Ansicht war den römischen Juristen nicht fremd, D.1.3.3 Pomponius libro 25 ad Sabinum: „iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae epi to pleiston accidunt, non quae ek paralogou.“ – „Recht muss gesetzt werden, wie Theophrast gesagt hat, nach dem, was in der Regel, nicht nach dem, was ausnahmsweise geschieht.“; D.1.3.4: Celsus libro quinto digestorum: „Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.“ – „Nachdem, was in irgendeinem Fall vielleicht einmal gesehen werden kann, wird Recht nicht geschaffen.“; D.1.3.5 Celsus libro 17 digestorum: „Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.“ – „Denn das Recht muß eher auf das ausgerichtet sein, was häufig und leicht einmal vorkommt, als auf das, was nur sehr selten geschieht.“

werden. [...] Nach alledem ist es nicht möglich, auf die in § 823 [...] geschützte Gesundheit des Menschen die auf formaler Rechtstechnik beruhenden Rechtsgrundsätze [...] anzuwenden.²¹⁸

Diese Betrachtungs- und Begründungsweise aus der Ratio der Rechtsordnung als Ganze, die zwar aus der reflexiven, nachträglichen Betrachtung gemäß § 823 BGB erfolgte, aber darüber hinausgeht, hängt innerlich mit der folgenden Analogie zusammen. Angenommen, das Kind selbst hätte nach seiner Geburt aufgrund eines Fehlers des Krankenhauses das infizierte Blut bekommen, müsste es selbstverständlich Schadenersatz erhalten. Die Rechtslage wäre gleich, wenn die Mutter zwar vor der Geburt des Kindes, aber nach der Gestaltung der Leibesfrucht, nämlich nach der Befruchtung, die Bluttransfusion erhalten und diese Erkrankung erlitten hätte. Denn es gibt keinen Grund, wie schon breit akzeptiert worden ist, hinsichtlich des Rechts auf Gesundheit zwischen dem Menschen in der äußeren Welt und der Leibesfrucht in der Gebärmutter zu unterscheiden.

2.7.2 *Ein amerikanischer Fall*

Dieser Fall passierte Ende des 19. Jahrhunderts in New York State, USA.²¹⁹ Mr. Francis Palmer, ein reicher alter Mann mit drei Töchtern, dessen Frau verstorben war, errichtete sein Testament, in dem er statt seiner Töchter sein 16-jähriges Enkelkind, Elmer Palmer, als Haupterbe bestimmte. Sodann heiratete er eine junge Frau. Sein Enkelsohn, der bereits den Inhalt des Testaments kannte, befürchtete nun, dass sein Großvater das Testament zugunsten seiner neuen Frau ändern könnte. Elmer vergiftete also seinen Großvater,

²¹⁸ BGHZ 8, 243.

²¹⁹ Riggs vs. Palmer, 22 N.E., S. 188. Dieser Fall ist insb. durch die Zitierung in Dworkins „Taking Right Seriously“ weltweit bekannt geworden.

um die Verwirklichung jenes Testaments zu beschleunigen. Nach dem damals geltenden Erbrecht von New York State gab es keine Vorschrift, die dem verbrecherischen Erben wegen des Mordes am Erblasser das Erbe versagt hätte, obwohl eine Vorschrift existierte, nach welcher ein Erbe etwa wegen Körperverletzung gegen den Erblasser enterbt werden konnte. Überdies herrscht im Bereich des Erbrechts, wo die Interessen der Nachkommen nicht selten miteinander kollidieren dürften, ein strenger Formalismus bezüglich der reibungslosen Durchführung des letzten Willens des Erblassers. Er fordere nämlich, dass die Veränderung des Testamentsinhalts nur nach den vorgeschriebenen gesetzlichen Bedingungen und Prozessen stattfinden kann. Das impliziert, dass die Buchstaben des Erbrechts möglichst streng eingehalten und ggf. möglichst eng interpretiert werden sollen. Vor diesem Hintergrund wurde der Fall von den damaligen Richtern als „hard case“ erkannt, der im Spannungsverhältnis zwischen dem Formalismus und der Aufforderung zur Gerechtigkeit steht. Es bestand also nach dem Formalismus schon ein Rechtsschein, der für die Erbschaft Elmers spreche, obwohl dieser seinen Großvater vergiftet hatte.²²⁰ Aber es bestand im Richterkollegium die starke Gegenauffassung, dass eine solche beharrliche Gesetzanwendung aus der praktischen Aufforderung zur Gerechtigkeit grundsätzlich ausgeschlossen werden soll. Diese Gegenstimme wurde Richter Earl präsentiert, und sie gewann die Mehrheit. Er argumentiert wie folgt:

„The defendants say that the testator is dead; that his will was made in due form, and has been admitted to probate; and that therefore it must have effect according to the letter

²²⁰ Die hier vertretene Ansicht über das Gesetzesprimat im Bereich des Erbrechts erinnert an die allgemeinere positivistische Bemerkung von *Thibaut*, Auslegung, S. 42 f., zum gleichen Thema: „[...] weil es ja allgemeines Princip ist, dass willkürliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts die aus der Natur der Sache folgenden Regeln in ihrer Wirksamkeit aufheben.“

of the law. It is quite true that statutes [...] if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer. [...] It was the intention of the law-makers that donees in a will should have the property given to them. But it never could have been their intention that a donee who murdered the testator to make the will operative should have any benefit under it. If such a case had been present to their minds, [...] it cannot be doubted that they would have provided for it. It is a familiar canon of construction that [...] a thing which is within the letter of the statute is not within the statute unless it be within the intention of the makers. The writers of laws do not always express their intention perfectly, but either exceed it or fall short of it, so that judges are to collect it from probable or rational conjectures only, and this is called 'rational interpretation'. [...] where it was held that matters embraced in the general words of statutes [...] They were taken out of the statutes by an equitable construction. [...] In order to form a right judgement where a case by within the equity of a statute, it is good way to suppose the law-maker present, [...]: Did you intend to comprehend this case? [...] the learned author, speaking of the construction of statutes, says: 'if there arise out of them collaterally any absurd consequences manifestly contradictory to common reason, they are with regard to those consequences void. Besides, all laws, all well as all contracts, may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity[...] These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes.'²²¹

Dieses Argument, das sich grundsätzlich an die Aufforderung der natürlichen Aequitas anlehnt, enthält im Wesentlichen den gleichen Aspekt des Blutsübertragungsfalls, namentlich den Bezug auf die Analogie: Wenn ein Erbe enterbt werden kann wegen Beschimpfung oder Körperverletzung, die er am Erblassers begangen hat, kann kein Grund dafür gefunden werden, eine Erbschaft auf den Erben, der den Erblasser ermordet hat, normal übergehen zu lassen.²²² Das, was die

²²¹ Riggs vs. Palmer.

²²² Corpus Iuris Civilis, Novelle 115, Chapter 3: „What are just causes for the disinheritance of children? We have considered it necessary to mention them explicitly in this law, in order that no one, relying upon some other enactment, may be permitted to

Mehrheit des Richterkollegiums im Fall durch dieses Argument erreichte, ist unter einem anderen Blickwinkel nichts anderes als eine extensive Auslegung derjenigen Vorschrift, die neben der im Argument von Richter Gray erwähnten Vorschrift des Erbrechts²²³ bereits vorhanden war. Es handelt sich hier um einen kuriosen Aspekt bei der Gesetzesauslegung,

state instances of ingratitude which are not included in this Constitution. Hence We decree that the following shall be just reason for alleging ingratitude. (1) Where a child has laid violent hands upon his parents. (2) Where he has heaped gross and opprobrious insults upon them. (3) Where he has brought criminal accusations against them, for offences which do not involve either the Emperor or the government. (4) Where he is a malefactor, and habitually associates with criminals. (5) Where he has attempted the life of his parents, either by poison or in some other way. (6) Where a son has had criminal intercourse with his stepmother, or his father's concubine. (7) Where a son has acted as informer against his parents, and, by so doing, has subjected them to great expense.“ Zu dieser Rechtsquelle macht *Thibaut*, Auslegung, S. 83 f., eine sehr interessante Bemerkung. Als Rechtspositivist besteht er darauf, dass der Richter auf die weite Auslegung verzichten muss, wo der Gesetzgeber sie ausdrücklich verboten hatte: „Die Nov. 115 ist in dieser Hinsicht vorzüglich merkwürdig. [...] Nur das, was nach den Worten, und dem juristischen Sprachgebrauch unter die Novelle subsumiert werden kann, gehört unter dieselbe. In dieser Rücksicht lässt es sich wohl mit Köchy vertheidigen, dass der Sohn enterbt werden kann, welcher seinen Vater durch einen Dritten verwunden liess; aber nicht, ‚weil jedes Gesetz aus seinem Grunde zu erklären, und dahin auszudehnen ist, wohin die Raison desselben offenbar führt‘: sondern weil nach dem juristischen Sprachgebrauch die Handlung des Dritten als Handlung des Sohnes zu betrachten, und also der Fall unter den Worten der Novelle gegriffen ist.“; Austin, Lectures, S. 631: „cessante ratione legis, cessat lex ipsa‘ – applies solely to precedents, and does not apply to statute law. For in statute law, the law is one thing, the reason is another; the law, as a command, may continue to exist, although its reason has ceased [...] there it is, the solemn and unchanged will of the legislator, which the judge should not take upon himself to set aside, though he may think it desirable that it should be altered.“; Thibaut, Auslegung, S. 102: „Ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne dass gerade der erste Grund desselben fort dauert: und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muss der Richter ein solches Gesetz so betrachten, wie eine Vorschrift, deren Gründe ihm unbekannt sind. [...] Denn ein Gesetz erhält seine Verbindlichkeit nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanction. Es muss also durch eine entgegenstehende Sanktion aufgehoben werden.“

²²³ Die betreffende Vorschrift lautet: „No will in writing except in the cases hereafter mentioned, nor any part thereof, shall be revoked or altered otherwise.“

nämlich eine Überschneidung von extensiver und restriktiver Auslegung. Diese scheinbare Aporie in der Dimension der Gesetzanwendung, wie im nächsten Kapitel erörtert wird, verschwindet, sobald einzelne Gesetzesvorschriften nicht als eine separat und per se abgeschlossene Auslegungseinheit betrachtet werden, sondern als diejenigen, die zu einem einheitlichen Rechtsinstitut gehören und darin mit anderen Vorschriften organisch zusammengestellt sind.²²⁴

2.8 Die Erscheinung und Bedeutung der Rechtsprinzipien im Argument

An den hier vorgestellten Musterfällen lässt sich ablesen, wie Rechtsprinzipien in der richterlichen Argumentation zum Vorschein kommen und sich zur Rechtsüberzeugung generieren. Angesichts der starken Normativitätserfahrung, die sich dem Geist des Richters im konkreten Sachverhalt lebendig vergegenwärtigt, versucht er Rechtsprinzipien zu konzipieren und auszuformulieren, die diese innere Erfahrung treu darstellen und rechtfertigen. Dazu trägt die praktische Analogie – sei sie ihm bewusst oder nicht – als Denkwerkzeug im Wesentlichen bei.

Die richterliche Rechtsprinzipiengewinnung bei der Gesetzesanwendung, die sich in Gestalt der extensiven bzw. restriktiven Gesetzesauslegung aus der *ratio legis* durchführen lässt, wandelt sich – wie hier gezeigt worden ist – zur natürlichen Gerechtigkeit im Konkreten, der *Aequitas*. Vor diesem Hintergrund soll das ursprüngliche Thema dieses Kapitels, namentlich das Wesen der Rechtsgewinnung im

²²⁴ Die These des Rechtsinstituts, nicht des Gesetzestextes, wurde als Ausgangspunkt zur Gesetzesauslegung und -anwendung vor allem von Savigny vertreten und mit Nachdruck betont, vgl. Kapitel 5.

Common Law, von Fall zu Fall ohne offiziell sanktionierten Normentext untersucht werden.

2.9 Die Methode der Gewinnung *der ratio decidendi*

Nach der oben erfolgten Darstellung der Common-Law-Praxis von Hart kann diese nun mit der Ansicht Austins verglichen werden:

„The direct [...] purpose of its immediate author [also Richter] is, the decision of the specific case to which the rule is applied, and not the establishment of the rule. Inasmuch as the grounds of the decision may serve as grounds of decision in future and similar cases, its author legislates substantially or in effect [...] He legislates as properly judging, not as properly legislating.²²⁵ [...] Rules of judiciary law are not decided cases, but the general grounds or principle (also *ratio decidendi*) whereon the cases are decided.²²⁶ [...] Before we can arrive at the rule, we must abstract the ratio decidendi (which is really constitutes the rule) from all that is peculiar to the case through which the rule was introduced.²²⁷ [...] For those general propositions being thrown out by the tribunals with a view to the decision of a specific case, they must be taken in conjunction with, and must be limited by, the specific or individual peculiarities.²²⁸ [...] Although the judicial legislator may see at the very time a variety of analogous cases, which he might provide for by a complete law, he is obliged to confine himself to the narrowest possible generalization.²²⁹ [...] In order to an induction of the rule [...] their literal meaning should be modified by the other indices to the rule, from the very commencement of the process. From the very beginning of our [...] endeavor to extricate the implicated rule, we should construe or interpret the terms of entire decision and discourse, by the nature of the case.²³⁰ [...] The general propositions which occur in a judicial decision, must always be taken with reference to the specific peculiarities of the case. For, [...] any general propositions which does not properly concert it is extrajudicial and unauthoritative. [...] The inaccurate expressions [...] must [...] be enlarged or restricted by the scope of his entire discourse. And the scope of his entire discourse cannot be known with assurance, unless the cases [...] is known in all its details.²³¹ [...] But a

²²⁵ *Austin*, Lectures, S. 621.

²²⁶ *Austin*, Lectures, S. 666.

²²⁷ *Austin*, Lectures, S. 650.

²²⁸ *Austin*, Lectures, S. 622.

²²⁹ *Austin*, Lectures, S. 676.

²³⁰ *Austin*, Lectures, S. 625.

²³¹ *Austin*, Lectures, S. 626.

rule of law established by judicial decision, exists nowhere in precise expressions. The terms or expressions employed by the judicial legislator, are rather faint traces from which the principle may be conjectured than a guide to be followed inflexibly in case their obvious meaning be perfectly certain.²³² [...] But the application of a decided case to the solution of a similar case, is the direct application of the judiciary law itself. [...] For, here, the law cannot be extended agreeably to the reason, insomuch as the reason of the decision [...] is itself the law. The application, therefore, of the decided [...] resembling case, is the direct subsection of a case.²³³ [...] a judiciary law (or a rule of judiciary law) exists nowhere in fixed or determinate expressions.²³⁴ [...] I am not aware that there is any test by which the validity of a rule made judicially can be ascertained. [...] We can never be absolutely certain [...] that any judiciary rule is [...] valid law, and will certainly be followed by future judge in cases resembling the cases by which it has been introduced. Here then is a cause of uncertainty which seems to be of the essence of judiciary law.²³⁵ [...] In performing the process of induction [...] by which a judiciary rule is extracted from particular decision, the interpreting judge is not tied to the expressions which his legislation predecessor has actually employed.²³⁶ [...] The exposition may be just as well constructed as the code, but the essential difference will remain, that the one is authorized and judge is bounded to abide by it; the other is no expression of the will of the sovereign, and the judge is not obliged to follow it: which makes all the difference between uncertain and certain law.²³⁷ [...] Supposing that the rule is judiciary, the difficulty implies that the existence of the rule is questionable: or at least, has been disputed by the judges who have refused to apply it. For the rule itself is made by decisions (if it exists at all).²³⁸

²³² *Austin*, Lectures, S. 630.

²³³ *Austin*, Lectures, S. 631.

²³⁴ *Austin*, Lectures, S. 649.

²³⁵ *Austin*, Lectures, S. 655.

²³⁶ *Austin*, Lectures, S. 661.

²³⁷ *Austin*, Lectures, S. 678.

²³⁸ *Austin*, Lectures, S. 999. Wie hier klar wird, ist die Art und Weise, wie der Richter anhand von Präjudizen die Lösung seines aktuellen Falls die *ratio decidendi* konstruiert, vom Geist der Beziehung zwischen Befehlsgeber und Befehlsnehmer weit entfernt, weil der Richter an den Wortlaut des Textes gar nicht gebunden ist. *Austin*, Lectures, S. 627 f., zeigt aber die Verbindung zwischen seiner „Command Theory of Law“ und der hier geschilderten Ansicht über die Common-Law-Rechtsgewinnung: „Ratio decidendi is itself a law [...] For want of a statute law, it performs the function of a general rule, or of a guide of conduct. Though not a rule in form, it is tantamount to a general command preceeding from the sovereign. For, since it is its known will that the general reason of a decision or a particular [...] case shall govern decisions in future resembling cases, the subjects receive from the state [...] an [...]

2.10 Krasser Kontrast zwischen Austin und Hart

Wie weit der in den oben angeführten Zitaten von Austin ausgedrückte Geist in Bezug auf die Rechtsgewinnung im Common Law von dem des Hart entfernt ist, bedarf keiner zusätzlichen Erklärung. Es dürfte genügen, noch einmal an das oben angeführte Zitat Harts zu erinnern:

„[...] there is no single method of determining [...] the rule for which a given [...] precedent is an authority. Notwithstanding this, in the vast majority of decided cases there is very little doubt. The head-note is usually collect enough[!]. [...] There is no authoritative [...] correct formulation of any rule to be extracted case. On the other hand, there is often very general agreement, [...] that a given formulation is adequate.“²³⁹

Austin bekennt, selbst wenn er sich als strenger Rechtspositivist darstellte, sehr offen und ehrlich, dass in der Common-Law-Praxis keine rein konventionell gegebene Instanz vorhanden ist, mit der der Richter ohne sein eigenes aktives und umständliches Engagement in der vergangenen Rechtspraxis das Gesetz in konventioneller Weise, d.h. bequem und ohne Reflexion, auf den aktuellen Fall anwenden kann. Dagegen wollte Hart, dass seine Grunddoktrin der „rule of recognition“ sowohl bei der Gesetzesanwendung als auch in der Common-Law-Praxis als allgemein geltender kognitiver Erklärungsrahmen konsequent angewandt wird. Als Folge davon wurde sein Grundbild über die Common-Law-Rechtsgewinnung verzerrt.²⁴⁰

intimation of its sovereign will, that they shall shape their conduct to the reason or principle thereof.“

²³⁹ Hart, CL, S. 134 f.

²⁴⁰ Seiner sog. „Rule of Recognition“ liegt die sog. „Practice Theory of Rules“, die grundsätzlich aus der wertneutralen, äußeren Position des Beobachters die Existenz von in der Gesellschaft befindlichen Handlungsregeln erklären will. Aber wie in den vorigen Kapiteln schon ausführlich dargestellt wurde, ist jene Prämisse des deskriptiven Rechtspositivismus zur Erklärung der Regelexistenz in der eigenen Lebenswelt des Beobachters im Grund ohnmächtig und als solche krankhaft.

2.11 Austins Ansatz zur Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis als unmittelbare subversive Subsumtion von Fall zu Fall

In Austins Ansicht war stark impliziert, dass „the law“ stets aus dem praktischen Interesse des jetzigen Richters, d.h. aus der konkreten normativen Umgebung des aktuellen Sachverhalts selbst, nachträglich in die Vergangenheit hinein zu rekonstruieren sei. Hierbei spielt seine eigene Normativitätserfahrung am aktuellen Sachverhalt eine wesentliche Rolle. Also dort, wo eine solche aktuelle Normativitätserfahrung ähnliche Normativitätserfahrungen in vergangenen Fällen hervorruft, beginnt das, was Austin den Subsumtionsprozess in der Common-Law-Praxis nannte.²⁴¹ Hierbei geht der Subsumtionsprozess gerade umgekehrt zu dem vor sich, was darunter bei der Gesetzanwendung konventionell verstanden wird. Der aktuelle Fall also nicht unter dem schon davon getrennten und per se in Präjudizen verkörperten Rechtsprinzip subsumiert, sondern der aktuelle Fall lässt – gemäß der aktuellen Notwendigkeitserfahrung sich nach der Vergangenheit hin bewegend – das Rechtsprinzip (the law) zum aktuellen Fall finden und sodann sich selbst darunter subsumieren.

Damit wird vor allem der richterliche Rechtspragmatismus impliziert: Also, obwohl ein Richter hic et nunc eine Rechtsregel mit Bindungskraft für künftige Richter ausstatten will, scheitert diese Bemühung tatsächlich. Die Wirksamkeit einer

²⁴¹ *Austin*, Lectures, S. 631: „But the application of a decided case to the solution of a similar case is the direct application of the judiciary law itself. [...] For, here, the law cannot be extended agreeably to the reason, insomuch as the reason of the decision [...] is itself the law. The application, therefore, of the decided [...] resembling case, is the direct subsection of a case.“

Rechtsregel hängt nämlich nicht vom richterlichen Willen im Voraus ab, sondern davon, ob sie von seinen Nachfolgern akzeptiert wird oder nicht. Die Geltung einer Rechtsregel in der Common-Law-Praxis ergibt sich daher – wie schon Austin klar gesagt hat – grundsätzlich nicht aus irgendeiner Autorität und einem Willen, sondern aus der nachträglichen normativen Akzeptanz der jetzigen Richterkollegen. Die stabile und fixierte Rechtsgeltung in der Common-Law-Praxis muss dieser Ansicht nach schicksalhaft schwanken, und zwar je nachdem, welche innere Perspektive der Richterstand in der Gegenwart aktivieren lässt. In den folgenden Stellen tritt Austins diesbezügliche Skepsis am deutlichsten hervor:

„I am not aware that there is any test by which the validity of a rule made judicially can be ascertained. [...] We can never be absolutely certain [...] that any judiciary rule is [...] valid law, and will certainly be followed by future judge in cases resembling the cases by which it has been introduced. Here then is a cause of uncertainty which seems to be of the essence of judiciary law.²⁴² [...] Supposing that the rule is judiciary, the difficulty implies that the existence of the rule is questionable: or at least, has been disputed by the judges who have refused to apply it. For the rule itself is made by decisions (if it exists at all).“²⁴³

Diese subversive Subsumtion in der Common-Law-Praxis ist dem herrschenden Verständnis über das Wesen der Subsumtion als quasi mechanische und konventionelle Rechtsanwendungsmethode entgegengerichtet. Der Subsumtionsgedanke, nach dem die Rechtsgewinnung bei der Gesetzesanwendung rein semantisch, bei der Common-Law-Justiz der herrschenden Ansicht der Richter folgend scheinbar sicher und konventionell durchgeführt wird, steht gerade auf dem Gegenpol zur Idee solcher subversiven Subsumtion. Die Idee der subversiven Subsumtion, aus der die Grundhal-

²⁴² *Austin*, Lectures, S. 655.

²⁴³ *Austin*, Lectures, S. 999.

tung der Common-Law-Richter zum Rechtspragmatismus entstanden ist, klingt hier stark an.

3. Doppelte Rekonstruktion als allgemeine Methode der Rechtsgewinnung des Hermeneutismus

Aus diesem Grundsatz in der Ansicht Austins ergibt sich eine neue Idee zur Rechtsgewinnung, die zunächst im Rechtskreis des Common Law allgemein gültig ist: Die Idee zur synchronisierenden Rechtsgewinnung. Die *ratio decidendi* (the law) ist nämlich von dem jetzigen Richter im aktuellen Fall anhand der Synchronisierung seiner aktuellen Notwendigkeitserfahrung am konkreten Sachverhalt mit den vorher in Präjudizien kritisch gesammelten Normativitätserfahrungen stets kontextgemäß und nachträglich zu gewinnen. Das Recht muss also dabei aus jenem geistigen Prozess immer rekonstruiert werden.

Da diese Idee zur Rekonstruktion anhand der Notwendigkeitserfahrungen einen Kern dieser Arbeit darstellt, soll dieser Vorgang zunächst in drei Phasen dargelegt werden. Zunächst ist aber daran zu erinnern, dass die Einteilung nur für den analytischen Zweck vorgenommen wird, d.h. in der aktuellen Praxis kommen solche Denkphasen in der hermeneutischen Perspektive des Richters ungetrennt und gleichzeitig vor.

Als erstes stellt sich hier die Frage, wie es überhaupt möglich ist, dass der Richter in zahlreichen vergangenen Fällen ausgerechnet bestimmte Fälle auswählt, derer er sich zur Lösung seines aktuellen Falls bedient. Um darauf antworten zu können, ist der Prozess der Ausbildung zum Richter, in dem er zum professionellen Juristen trainiert wird, näher zu

betrachten. In jener Phase beschäftigt er sich durch die Lektüre von Lehrbüchern und Rechtsprechungen intensiv damit zu erfassen, welche normativen Ansichten in den Präjudizen in den Teilbereichen des Common Law in seinem Land aktiviert sind.

Jene aus der Vergangenheit gewonnenen normativen Ansichten akzeptiert er aber weder konventionell noch rein wertneutral, d.h. ohne Engagement seiner eigenen kritischen Reflexion darüber. Er akzeptiert nämlich jene Regeln nicht, so als ob er sie – quasi wie der sogenannte wertneutrale Beobachter in Harts Welt – entweder von einem äußeren, wertneutralisierten und objektivierten oder dem Standpunkt des passiven Teilnehmers aufnimmt. Stattdessen versteht er sie in seiner eigenen normativen Perspektive; und zwar in der Betrachtung darüber, wie sie in seiner Lebenswelt als normative Gegebenheit von Bedeutung sein können. Er kann den Grund für diese Gegebenheiten also immer aus seinem eigenen Denken angeben, indem er sie nach außen als normative Gegebenheit praktisch rechtfertigt.²⁴⁴ Die folgenden Zitate von Austin lassen sich daher auch als aufschlussreicher Hinweis für Richteranwälter verstehen:

„But a rule of law established by judicial decision, exists nowhere in precise expressions. The terms or expressions employed by the judicial legislator, are rather faint traces from which the principle may be conjectured than a guide to be followed inflexibly in case their obvious meaning be perfectly certain.²⁴⁵ [...] In order to an induction of the rule [...] their literal meaning should be modified by the other indices to the rule, from the very commencement of the process. From the very beginning of our [...] endeavor to extricate the impli-

²⁴⁴ Schon diese Mentalität zum kritischen Pragmatismus unterscheidet die englischen vom dominierenden Typ der deutschen Richter, die in solcher propädeutischen Phase des Regelverständnisses eher vom bereits objektivierten – also quasi rein theoretischen – Standpunkt des Systems selbst beherrscht werden. Im nächsten Abschnitt dieses Kapitels wird konkret auf die aktuelle Fallanalyse eingegangen.

²⁴⁵ *Austin*, Lectures, S. 630.

cated rule, we should construe or interpret the terms of entire decision and discourse, by the nature of the case."²⁴⁶

Bereits in dieser prodädeutischen Phase zur Falllösung zeigt die richterliche Aufgabe schon ihren rekonstruktiven Charakter. Der Richter ist nämlich am Anfangspunkt an die Reden seiner Vorgänger sprachlich nicht gebunden. Stattdessen muss er selbst versuchen, eine solche Rede gemäß seinem eigenen Gerechtigkeits- bzw. Bedürfnisgefühl prüfend zu verstehen. Die Einsicht, dass die richterliche Regelakzeptanz auf diese Weise ursprünglich nicht von irgendeiner Autorität bzw. Konventionalität,²⁴⁷ sondern von seinem eigenen Verständnis über die inneren Werte von normativen Gegebenheiten abhängig ist, trifft gerade auf den Kernaspekt des in dieser Arbeit repräsentierten prinzipiellen Denkens zu. Die in dieser Phase des prinzipiellen Denkens rekonstruktiv gewonnenen *rationes decidendorum* bilden dabei die normativen Vorräte, die der normativen Grundlage der richterlichen Falllösung in der Zukunft eventuell dienen.

Anschließend tritt er in die zweite Phase ein, in welcher er mit der aktuellen Falllösung befasst ist. Er wählt aus den in der ersten Phase gesammelten *rationes decidendorum* diejenigen aus, die auf den ersten Blick mit der Notwendigkeitserfahrung des aktuellen Falls eng zusammenhängen. Hierbei ergibt sich ein entscheidendes Moment. Die so ausgewählten normativen Vorräte einerseits, die aus der Reflexion über die Vergangenheit hervorgegangen sind, und andererseits die lebendige Normativitätserfahrung am aktuellen Fall per se, wirken gegenseitig aufeinander. Durch diese Wechselwirkung der beiden unterschiedlichen Normativitätsträger bildet sich schließlich die richterliche Rechts-

²⁴⁶ Austin, Lectures, S. 625.

²⁴⁷ Also das, was Hart in seiner Regeltheorie als zentralen Daseinsmodus einer sozialen Regel angenommen hat.

überzeugung zum aktuellen Fall. Aus diesem Wechselwirkungsprozess entsteht im Richter ein normatives Verständnis für den aktuellen Fall selbst, das aber darüber hinaus auf das gesamte Verständnis der Rechtsordnung als Ganzes wirkt. Richterliche Rechtsgewinnung ist in diesem Sinne nichts anderes als das Erkennen der normativen Stelle des aktuellen Falls in der gesamten Rechtsordnung.

Mit der auf diese Weise gewonnenen Rechtsüberzeugung geht er schließlich in die dritte Phase, in der er im aktuellen Diskurs mit seinen Kollegen – also denjenigen, die eventuell eine abweichende oder zwar ähnliche, aber keine gleiche Rechtsüberzeugung geäußert haben – versucht, sie sprachlich darzustellen und über das Recht am Fall diskuriert. Der pragmatische Sinn eines solchen Diskurs besteht darin, dass sich die innere Ebene der Beteiligten dadurch immer mehr vertiefen lässt.²⁴⁸ Das auf diese Weise hergestellte Rechtsprotokoll in der Common-Law-Praxis, welches grundsätzlich nichts anderes ist als ein lebendiger, aktueller Bericht über den Diskurs unter Richtern. Dieser ist mit ihren Voten und ihren eigenen argumentativen Begründungen ausgestattet und repräsentiert per se auf authentische und lebendiger Weise den aktuellen Rechtszustand. Jenes richterliche Protokoll in der Common-Law-Praxis wird dabei in der Regel in „plain spoken English“ geschrieben, so dass es einen guten Kontrast zur grundsätzlich monologisch und in hoch technifizierter Sprache erfassten Rechtsprechungen in kodifizierten Civil-Law-Ländern, einschließlich Deutschland und Südkorea, bildet.²⁴⁹ Es steht dabei außer Zweifel, dass die Rechtsüber-

²⁴⁸ In diesem Sinne stellt das diskursive Protokoll von englischen Richtern einen Musterfall dar, in welchem die Idee der Habermas'schen Diskusethik verwirklicht wurde.

²⁴⁹ Vgl. die oben dargestellten Fälle von Elmer und McLoughlin.

zeugungen einzelner Richter in einem solchen pragmatischen und diskursiven Moment ggf. noch modifiziert werden.

4. Der Rekonstruktionsprozess in der Common-Law-Rechtsgewinnung

Der gesamte Prozess der richterlichen Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis lässt sich unter dem Stichwort der Rekonstruktion in vier Phasen zusammenfassen:

1) Der Richter als professioneller Jurist rekonstruiert zunächst Rechtsprinzipien in vorangegangenen Fällen, also *rationes decidendorum*, und zwar nicht aus irgendeinem konventionellen Denkmodus heraus, sondern aus prinzipiellem Denken. Der Nebenzweck ist dabei die Gewinnung eines Gesamtbildes der Rechtsordnung. Die auf diese Weise rekonstruktiv gewonnenen Rechtsprinzipien stellen sich ihm als Normativitätsträger dar. (Erste Rekonstruktion – Der Normativitätsträger auf der ersten Linie) – 2) Dem Richter, der jetzt mit seinem aktuellen Fall konfrontiert wird, strahlt eine Normativitätserfahrung im Nackten entgegen; manchmal ist ein solches Licht so stark, dass es sich – wie oben im Blutübertragungs- und Elmerfall gezeigt worden ist – natürlich auf den Fall gerichtet wird. (Das Dasein des Normativitätsträgers auf der zweiten Linie) – 3) Durch die Wechselwirkung der unterschiedlichen Normativitätsträger – also *rationes decidendorum* einerseits und aktuelle Normativitätserfahrung andererseits – bildet sich im Richter die Rechtsüberzeugung zum aktuellen Fall, die aber darüber hinaus auf das Grundverständnis der Rechtsordnung als Ganzes einwirkt. (Die Entstehung von richterlicher Rechtsüberzeugung – zweite Rekonstruktion) – 4) Indem er die so gewonnene Rechtsüberzeugung im Diskurs mit seinen Kollegen sprachlich darstellt und einlöst, verfeinert sich seine Rechtsansicht und als

Folge davon entsteht schließlich das Recht am Fall. (Diskursive Einlösung richterlicher Rechtsüberzeugung) – 5) Entwicklung II: Die verschiedenen Quellen der Normativitätsträger auf erster Linie: *rationes decidendorum*, *rationes legum*, *rationes prudentium et rationes morum* – *ius in argumento als ius non scriptum*.

4.1 Das „judiciary law“

Dieser Prozess der doppelten Rekonstruktion betrifft aber nicht nur die Rechtsgewinnung in der Common-Law-Praxis, sondern darüber hinaus generell alles, wobei es auf die richterliche Gewinnung normativer Maßstäbe ankommt, insbesondere derjenigen, die unter dem Begriff *ius non scriptum* – also dem unsichtbaren Recht – verstanden werden.

Einer der einfachsten und leichtesten Wege zum klaren Verständnis des Begriffspaares von *ius scriptum* und *ius non scriptum* – eines der schwierigsten und problematischsten in der ganzen Geschichte der Jurisprudenz – ist hierbei der Gedanke der Rechtspositivisten Austin und Thibaut, die dazu eine klare Ansicht geäußert haben. Nach der Ansicht Austins stellt die *ratio decidendi* im Common Law zwar kein positives Recht dar, trotzdem fungiere sie in der Wirklichkeit als ein positives Recht, und zwar im folgenden Sinne:

„*Ratio decided* is itself a law [...] For want of a statute law, it performs the function of a general rule, or of a guide of conduct. Though not a rule in form, it is tantamount to a general command preceeding from the sovereign. For, since it is its known will that the general reason of a decision or a particular [...] case shall govern decisions in future resembling cases, the subjects receive from the state [...] an [...] intimation of its sovereign will, that they shall shape their conduct to the reason or principle thereof.“²⁵⁰

²⁵⁰ Austin, Lectures, S. 627 f.

Darin liegt die folgende Logik: Sofern normative Gesichtspunkte, die entweder im Gesetz nicht enthalten sind oder zu denen, wie im Common Law, eigentlich gar kein offizieller Text besteht, im richterlichen Argument als Urteilsmaßstäbe aufgestellt worden sind und diese von ihren Nachfolgern weiter angewendet werden, haben die in argumentum erschienenen inoffiziellen Maßstäbe gegenüber den allgemeinen Bürgern tatsächlich eine normative Kraft, und zwar als ein positives Recht, also als eine Art Handlungsmaßstab in tatsächlicher Sanktion.

Dieses durch Rechtsprechungen in der Rechtsordnung neben den offiziellen Rechtsnormen in Gestalt des Rechtsarguments mittelbar hinzugefügte positive Recht nennt Austin pauschal „judiciary law“. Es handelt sich hierbei eine pauschale Bezeichnung dessen, was neben den in den Gesetzen befindlichen Rechtsregeln durch die Rechtsprechung in Form von Argumenten den Rechtsadressaten über die *ratio decidendi* im obigen engeren Sinne hinaus sowohl allgemeinen Rechtsadressaten als auch besonderen wie Richtern als tatsächliche Handlungs- bzw. Urteilsmaßstäbe gegeben ist. Nach Austin gliedert sich das „judiciary law“ im Hinblick auf seine eigene Quelle in drei Arten, und zwar in das Gewohnheitsrecht, das wissenschaftliche Recht und das richterliche Ermessen (*arbitrium iudices*):

„[...] with reference to its suggesting cases, it consists mainly of:
1 Rules which have grown up by custom or usage, and which become law by judicial adoption. Rules which are formed from these by consequence or analogy. 2 Rules which are established by judges ex proprio arbitrio: i.e. according to their own notion of what ought to be law; whether the standard be utility or any other.²⁵¹ The use of decided cases as a source of law,

²⁵¹ Die Quelle der *ratio decidendi* im engeren Sinne – also das von Fall zu Fall übergehende analogische Denken unter der Idee der Aequitas – ist immerhin ursprünglich darauf zurückzuführen. Vgl. etwa mit den folgenden Bemerkungen von *Austin*, Lectures, S. 621, 556: „The first decision on each point must have been ar-

having rendered to a great degree unnecessary by those pre-terminations of the Praetors which were contained in their Edicts. In the English Law, it has no peculiar name; the whole of the judiciary law being confounded together. 3 Law fashioned on opinions and practices which obtain amongst lawyers; and which naturally have a great effect upon the decisions of judges. In Rome, the Jus Civile, strictly so called, was entirely formed in this manner. 4 Law formed by judicial decisions upon questions which arise out of the statute law. The judge applies the law the fact according to [...] the meaning or (by a process generally confounded with interpretation or construction, but which in truth is legislation) he decides according to his own notion of what the legislator ought to have established. By this extensive or restrictive interpretation *ex ratione legis* much judiciary law grows up.²⁵² [...] The law introduced by judges on the authority of private juriconsults, and the law which they make and mould upon pre-existing custom, are merely species of the same kind. Both are judiciary law, or law introduced obliquely: and the only difference between them lies in their causes; the opinions and authority of juriconsults being a cause of the one, as pre-existing custom is a cause of another.²⁵³ [...] before [...] with the legal sanction, it is merely a rule of positive morality: a rule generally observed by the citizens; but deriving the only force, which it can be said to possess, from the general disapprobation falling on those who transgress it.²⁵⁵ [...] Now when judges transmute a custom into a legal rule (or make a legal rule not suggested by a custom), the legal rule which they establish is established by the sovereign legislature. [...] when customs are turned into legal rules by decision of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature.²⁵⁶

Nach Austin stellt das „judiciary law“ – jener durch richterliche Gewalt etablierte Handlungs- bzw. Urteilsmaßstab des positiven Rechts – als *ius non scriptum* eine der zwei Grund-

bitrary, but not those which followed it. [...] the first Praetor Peregrines must have begun with judging arbitrarily.“ Allerdings lässt sich das von Austin geäußerte richterliche Arbitrium im Anfangspunkt durch die hier aufgestellte Begrifflichkeit der „Notwendigkeitserfahrung im Nackten“ ersetzen.

²⁵² Austin, Lectures, S. 634.

²⁵³ Austin, Lectures, S. 545.

²⁵⁵ Austin, Lectures, S. 102.

²⁵⁶ Austin, Lectures, S. 102. Wie hier nahegelegt wird, musste nach Austin die ursprüngliche Quelle der Common-Law-Praxis das reine Arbitrium der (hypothetisch gesehenen) ersten Generation des Richterstands sein, das an keinen offiziell verkündeten Text wie ein Gesetz gebunden gewesen wäre; insofern hätte er Fälle entweder nach den Gewohnheitsregeln oder nach seiner eigenen normativen Vorstellung entschieden, sodass die Macht dieses hypothetisch vorgestellten Richterstands tatsächlich von der des Gesetzgebers nicht zu unterscheiden wäre.

achsen dar, die mit dem *ius scriptum* – also die durch Gesetz dem Volk offiziell gegebenen normativen Maßstäbe des positiven Rechts – die Rechtsordnung weiter rollen lassen. Erst aufgrund dieser Rechtsordnung erscheint das positive Recht den Bürgen als Grundvorstellung der wirklichen Ordnung in Aktion.

Hieraus geht ein wichtiger Punkt hervor: Die *ratio decidendi* im engeren Sinne – also die Rechtsprinzipien, die der Richter von Fall zu Fall in der Vergangenheit durch die praktische Analogie in seinem Argument als normative Maßstäbe ausgedrückt oder impliziert hat – stellt zwar eine dominierende Gestalt des „judiciary law“ dar, deckt sich aber im Prinzip mit ihr nicht. Nach Austins Ansicht lässt sich nämlich unter dem „judiciary law“ neben der *ratio decidendi* auch das subsumieren, was Savigny unter Gewohnheits- und wissenschaftlichem Recht verstanden hatte. Wie in den obigen Zitaten von Austin impliziert wird, stellen sich die Gesetze und Präjudize zwar als die wichtigste und einredefreieste Quelle für die richterliche Argumentation dar, nicht aber als exklusive Quelle. Daneben dürften noch zwei weitere Quellen in Betracht kommen, die von Austin und Savigny erdacht wurden: die normativen Meinungen bzw. Gesichtspunkte der Juristen bzw. der allgemeinen Bürger.²⁵⁷

²⁵⁷ Es kommt dabei – wie oben in Kapitel 3 dargestellt – nach dem Standpunkt des Hermeneutismus grundsätzlich nicht darauf an, zu erkennen, welche normativen Ansichten die Mehrheit der Juristen bzw. die Menge überhaupt objektiv aktiviert hat, sondern darauf, welche Ratio darin versteckt ist und ob sie unter dem allgemeinen praktischen Gesichtspunkt des Richters selbst akzeptiert werden können.

4.2 Das „statute law“ und das „judiciary law“

Die Quelle des richterlichen Arguments besteht aus dem Gesetz, den Präjudizien und den übereinstimmenden normativen Meinungen bzw. Gesichtspunkten von Juristen und allgemeinen Bürgern, an denen sich der Richter selbst aus seiner eigenen normativen Überzeugung beteiligt. Diese Elemente bilden nämlich die normativen Topoi, durch die sich die richterliche Notwendigkeitserfahrung im Konkreten im rechtlichen Ausdruck rechtfertigen lässt.

Nach dem Standpunkt des Hermeneutismus nimmt das Gesetz dabei allerdings keinen besonderen Status ein, durch den es sich von den anderen Quellen qualitativ unterscheiden lässt. Bei der richterliche Rechtsgewinnung im Konkreten müssen Gesetz und Ratio des Richters immer im Einklang stehen. Gerade auf diesem Punkt geht der Hermeneutismus aber seinen eigenen Weg, indem er sich vom Positivismus verabschiedet. Denn der Positivismus teilt dem Gesetz als Rechtsquelle von Natur aus anhand seiner eigenen Trennung von *ius scriptum* und *ius non scriptum* im positiven Recht einen besonderen, erhöhten und per se exklusiveren Status als den anderen Quellen zu. Die beiden Rechtspositivisten Austin und Thibaut teilten im Wesentlichen dazu dieselbe Ansicht. Austin sagt:

„[...] ‘*cessante ratoine legis, cessat lex ipsa*’ – applies solely to precedents, and does not apply to statue law. For in statute law, the law is one thing, the reason is another; the law, as a command, may continue to exist, although its reason has ceased [...] there it is, the solemn and unchanged will of the legislator, which the judge should not take upon himself to set aside, though he may think it desirable that it should be altered.²⁵⁸ [...] Defects in the provisions of law may be supplied from its manifest reason with little or no inconvenience. But if judges might abrogate laws, wholly or in part, whenever their actual provisions were not consistent

²⁵⁸ Austin, Lectures, S. 631.

with their grounds, all statute laws would be abandoned to the arbitrium of the tribunals: ‘*cessane ratione leges cessat lex ipsa*’ is a maxim which sounds well, but which tends directly to tyranny.²⁵⁹ [...] if the general rule be good in the main, the equity which affects to correct its particular evil consequences is clearly mischievous.²⁶⁰ [...] The literal meaning of the words [...] (or their grammatical, customary, or obvious meaning) is the primary index to the sense which the author of the statute annexed to them: Or [...] the primary index to the intention with which the statute was made [...] ²⁶¹ [...] If the literal meaning of the words were not the primary index, [...] all the advantages (real or supposed) of statute legislation would be lost. For the purpose is, to give an index more compendious, compact, and therefore less fallible than is that to a judiciary rule.²⁶² [...] if those terms (of a statute law) be not doubtful, the certain sense of those terms must be followed by the judge, although it may conflict with the scope of the statute as collected from other indicia. *Ratio legis* [...] is the scope or determine cause [...] The end or purpose which determines the lawgiver to make it, as distinguished from the intention or purpose with which he actually make it.²⁶³ [...] a statute law is expressed in general or abstract terms which are parcel of the law itself. [...] the proper end of interpretation is the discovery of the meaning which [...] annexed by the legislator to those very expressions. For if judges could depart *ad libitum* from the meaning of those expressions [...] they would desert a more certain, for a less certain guide. [...] a rule of law established by judicial decision exists nowhere in precise expression. [...] The terms or expression employed by the judicial legislator, are rather faint traced from which the principle may be conjectured, than a guide to be followed inflexibly in case their obvious meaning be perfectly certain.”²⁶⁴

Zum Vergleich die Ansicht Thibauts:

„Ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne dass gerade der erste Grund desselben fort dauert; und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muß der Richter ein solches Gesetz so betrachten, wie eine Vorschrift, deren Gründe ihm unbekannt sind. [...] Denn ein Gesetz erhält seine Verbindlichkeit nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanction. Es muss also durch eine entgegenstehende Sanction aufgehoben werden. [...] Da nun aber der Richter, vermöge des Begriffs

²⁵⁹ *Austin*, Lectures, S. 580.

²⁶⁰ *Austin*, Lectures, S. 581.

²⁶¹ *Austin*, Lectures, S. 624.

²⁶² *Austin*, Lectures, S. 625.

²⁶³ *Austin*, Lectures, S. 629.

²⁶⁴ *Austin*, Lectures, S. 630.

der richterlichen Gewalt, unbedingt verpflichtet ist, die Gesetze genau ihrem Inhalt nach anzuwenden [...].²⁶⁵

Aber in Bezug auf die *ratio decidendi* im „judiciary law“:

„Denn alles, was durch blosses Urtheil gefolgert ist, muss verschwinden, sobald der Grundsatz, worauf die Folgerung beruht, vernichtet wird.²⁶⁶[...] zum Theil durch die Vermengung einer ratio legis und ratio decidendi (§ 16) verleitet, von dem Hauptgrundsatz aus: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.²⁶⁷ [...] 1) Der Wortverstand ist dasjenige, worauf der Jurist zunächst verwiesen ist, und nur dann kann ausnahmsweise die logische Auslegung angewandt werden, wenn alle Bedingungen derselben eintreten. Sind aber diese vorhanden, so ist das Resultat, welches der Geist der Gesetze ergibt, unbedingt dem Resultat des Wortverstandes vorzuziehen. 2) Kollidiert die spezielle erkannte Absicht des Gesetzgebers mit dem, was in Rücksicht der Absicht desselben vorauszusetzen ist, so geht jene vor, weil das erwiesene Factische demjenigen, was im Zweifel präsumiert wird, überall vorgeht.“²⁶⁸

4.3 Entwicklung III – erste Rekonstruktion

Schließlich ist der allgemeine Prozess der richterlichen Rechtsgewinnung im Hermeneutismus darzustellen, der unabhängig davon, ob es sich um den Common- oder Civil-Law-Rechtskreis handelt, generell gilt. Dieser Prozess lässt sich in Reinkultur also durch dynamisches prinzipielles Denken des Richters bestimmen, das sich zwischen den zwei Polen zur Rekonstruktion bewegt. Auf einem Pol denkt der Richter nämlich über die normativen Gegebenheiten nach, die ihm als Vorräte zur reflexiven Rekonstruktion zur Verfügung stehen. Er muss als ein ausgebildeter Jurist dort, wo sich sowohl Gesetze und Präjudizien, wie auch Meinungen und Gesichtspunkte wissenschaftlicher Juristen und allgemeiner Bürger bereits befinden, *rationes* derselben auffassen, (erste Rekonstruktion) und dann sie in einem Fokus sam-

²⁶⁵ Thibaut, Auslegung, S. 102.

²⁶⁶ Thibaut, Auslegung, S. 60.

²⁶⁷ Thibaut, Auslegung, S. 101.

²⁶⁸ Thibaut, Auslegung, S. 124 f.

men, damit er sich ihrer zur Lösung seines eigenen Falls bedienen kann. Die auf diese Weise in einem Fokus rekonstruierten normativen Gegebenheiten wirken sich wiederum auf den Normativitätsträger aus, welcher aus dem konkreten Sachverhalt unmittelbar hervorgeht. Das heißt, indem er sich mit der Rekonstruktion der ersten Art befasst, eröffnet sich dem mit seinem Fall konfrontierten Richter parallel und spontan ein geistiger Horizont einer ursprünglichen Art, der ihm den Sachverhalt selbst offenbart – die Notwendigkeits-erfahrung im Nackten. Eine solche geistige Erfahrung nach praktischer Notwendigkeit im Konkreten bildet nämlich einen anderen Pol des prinzipiellen Denkens, der mit dem oben erwähnten ersten Pol in irgendeinem inneren – einem gespannten oder entsprechenden – Verhältnis steht. Dabei ergibt sich die normative Kraft des zweiten Pols grundsätzlich aus dem Reflexionspotenzial des Richters selbst, das er nicht aus seiner Berufsbildung, sondern aus der Position des allgemeinen praktischen Subjekts in seiner Lebenswelt schon verinnerlicht hatte.

4.4 Entwicklung III – zweite Rekonstruktion

Aus dieser Wechselwirkung von zwei Normativitätsträgern – also zwischen den rekonstruierten Gegebenheiten von *ratio legis, decidendi, moris, et prudentis* und der Objektivitätserfahrung im Nackten – generiert sich die zweite Rekonstruktion, die letztendlich zur Bildung richterlicher Rechtsüberzeugung am aktuellen Fall führt. Die doppelte Rekonstruktion durch den synchronisierenden Prozess dieser beiden Normativitätsträger²⁶⁹ charakterisiert das Wesen des prinzipiellen Denkens im Hermeneutismus, der hier

²⁶⁹ Siehe Exkurs I.

eingeteilt in zwei Dimensionen – also in eine metaphysische und eine politische – betrachtet wird.

Der methodologische Grundaspekt des prinzipiellen Denkens besteht nämlich darin, dass der Richter hierbei – wie der neuzeitliche Rationalismus in seinem eigenen Vorurteil annimmt – keineswegs als *res fungible*²⁷⁰ dient. Vielmehr zeigt er sich bei seiner Rechtsgewinnung und Rechtsdarstellung stets als ein allgemeines und praktisches Subjekt in seiner Lebenswelt, an der er sich durch sein reflexives Denken konstant beteiligt. Gerade aus diesem Grund muss er von seiner aktuellen Normativitätserfahrung im konkreten Lebenssachverhalt das sagen, was er durch seine Reflexionen über die normativen Gegebenheiten raffiniert hat. Das argumentative Moment solcher zweiter Rekonstruktion, also das, was der Richter aus dem Ausbalancieren zwischen zwei Polen gezogen hat, ist hierbei noch einmal zu betonen. Denn die Grunderfahrung im Nackten, auf welcher die zweite Rekonstruktion aufgebaut wird, geschieht keineswegs solipsistisch, also nur in dem Betrachtenden und für ihn selbst, sondern vielmehr nach ihrem Wesen grundsätzlich gemeinschaftlich. Da ihre Kraft und Gestalt je nach den Lebenserfahrungen des einzelnen Betrachtenden eventuell sowohl in der Orientierung als auch in der Intensität verschieden sein dürften,²⁷¹ kommt es sogar zu der notwendigen pragma-

²⁷⁰ Siehe Exkurs II.

²⁷¹ Sofern er in seiner Lebenswelt dadurch als allgemein teilnehmendes Subjekt gelebt hat und leben wird, dass er ihr den Sinn aktiv gibt, kann diese geistige Normativitätserfahrung im Nackten selbst ihm in keinem Augenblick entgehen; würde dies aber passieren, würde es für ihn nichts anderes als Selbstentfremdung von seiner eigenen Lebenswelt bedeuten, wie in Teil I dieser Arbeit erörtert wird. Die Tatsache, dass den Richter ursprünglich schon irgendeine Normativitätserfahrung im Konkreten beherrschte, stellt keineswegs ein Kennzeichen eines krankhaften – also von irrationalen Vorurteilen angesteckten – Zustands des Geistes, son-

tischen Aufgabe, dass jeder Betrachtende seine eigenen Erfahrungen im öffentlichen Diskurs argumentativ darstellt. Vor diesem Hintergrund bemüht sich der Richter als Teilnehmer an einem solchen Diskurs gemeinsam mit seinen Kollegen naturgemäß um eine bessere Lösung, indem der lebendige Diskursvorgang dem Publikum parallel transparent protokolliert wird.²⁷²

4.5 Exkurs I: Eine kleine Kritik an der Hermeneutik

Dworkins

Vor allem muss Ronald Dworkin als der erste Protagonist für den politischen Hermeneutismus gelten. Er hat das Grundpotenzial des hermeneutischen Denkens zur politischen Dimension über seinen metaphysischen Sinn hinaus dargestellt. Erst durch ihn bekleidet der Hermeneutismus zum ersten Mal seine eigene Theorie zur richterlichen Rechtsgewinnung, die sich völlig entwickelt hat. An dieser Stelle soll prägnant gezeigt werden, worin Dworkins kleiner Fehler in seiner Darstellung über den richterlichen Rechtsgewinnungsprozess liegt, obwohl sein Grundgedanke im Wesentlichen in die richtige Richtung geht:

„A judge who follows the right conception of the rule of law will try, in a hard case, to frame some principle that strikes him as capturing, at the appropriate level of abstraction, the moral rights of the parties [...] raised by case. But he cannot apply such a principle unless it is, as a principle, consistent with the rule book [...] in the following sense. The principle

den einen Beweis dafür dar, dass er in seiner Lebenswelt in reifender Persönlichkeit als aktiv sinngebendes Subjekt gelebt hat.

²⁷² Es steht außer Zweifel, dass das Common Law der Idee der doppelten Rekonstruktion des prinzipiellen Denkens viel näher steht als das Civil Law. Das liegt grundsätzlich daran, dass sich der Common-Law-Richter – wie erwähnt – zur Begründung seiner Rechtsüberzeugung viel häufiger als der Civil-Law-Richter der praktischen Analogie bedient, während dieser noch heutzutage zur Falllösung auf eine systematische Schablone – also eine Art rein wissenschaftlich hergestellte Juristendenkregel der Gewohnheit – angewiesen ist.

must not conflict with other principle that must be presupposed in order to justify the rule he is enforcing. [...] the rule book continues to exert an influence on the question of what rights the parties have, under the right model, even when background moral rights also exert an influence. [on the same question]²⁷³ [...] So a decision that takes background rights into account will be superior, from the point of view of that ideal, to a decision that instead speculate on, for example, what the legislation would have done if it had done anything.²⁷⁴

In der vorliegenden Arbeit wurde der Leser bereits mit einigen Arten der Normativitätserfahrungen im Nackten konfrontiert, die aus den konkreten Lebenssachverhalten selbst hervorgegangen sind. Im oben dargestellten Elmer-Fall besteht die Normativitätserfahrung im Nackten darin, dass der Erbe, der seinen Erblasser ermordet hat, keineswegs berechtigt ist, die daraus entstandene Erbschaft anzutreten. Im Fall der Übertragung infizierten Blutes ist es die Tatsache, dass der Mensch das Recht auf körperliche Unversehrtheit – noch exakter gesagt, das Recht auf unversehrtes organisches Wachstum – hat, obwohl er im Zeitpunkt der schuldhaften widerrechtlichen Handlung noch nicht in der Gestalt irgendeiner biologischen Lebenseinheit existiert hatte. Daher hat Dworkin vor allem darin Recht, jene normativen Grundüberzeugungen in dieser ursprünglichen Instanz als „background moral right“ anzusehen. Anlässlich dessen hat er zwei Auslegungsmodelle aufschlussreich unterschieden: einerseits das Kommunikationsmodell zwischen dem Normgeber und dem Normanwender, andererseits das darüber hinausgehende Background-Rights-Modell. Bisher ist sein Grundentwurf vom Standpunkt des Hermeneutismus aus einwandfrei und per se sauber.

Sein kleiner Fehler besteht aber darin, dass er das Verhältnis des „background moral right“ im Konkreten – also das, was

²⁷³ Dworkin, MP, S. 17.

²⁷⁴ Dworkin, MP, S. 16.

hier als Normativitätserfahrung im Nackten bezeichnet wird – zu *rationes* von normativen Gegebenheiten wie Gesetze und Präjudizien so eingestellt hat, als wäre es von diesem einseitig beschränkt. In diesem Bild gibt es keinen Spielraum, worin jenes auf dieses gleichzeitig und umgekehrt einwirken kann. Etwas streng interpretiert, müssen nach dieser Denklinie die moralischen Rechte der Rechtsparteien im Prinzip immer im und durch den Rahmen der Ratio der Gesetze und Präjudizien bedingt sein:

„But he cannot apply such a principle unless it is, as a principle, consistent with the rule book [...] in the following sense. The principle must not conflict with other principle that must be presupposed in order to justify the rule he is enforcing.“²⁷⁵

Hier werden zweiartige Normativitätsträger per se als in sich geschlossene, voneinander getrennte, quasi ohne Wirkungen aufeinander stehende Einheit behandelt. In einem sol-

²⁷⁵ *Dworkin*, MP, S. 16; *Savigny*, Beruf, S. 28 ff.: „Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen. Wenn sich nun die Wissenschaft des Rechts von diesem ihrem Objecte ablöst, so wird die wissenschaftliche Thätigkeit ihren einseitigen Weg fortgehen können, ohne von einer entsprechenden Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst begleitet zu seyn; die Wissenschaft wird alsdann einen hohen Grad formeller Ausbildung erlangen können, und doch alle eigentliche Realität entbehren. [...] Aber gerade von dieser Seite erscheint die Methode der Römischen Juristen am vortrefflichsten. Haben sie einen Rechtsfall zu beurtheilen, so gehen sie von der lebendigen Anschauung desselben aus, und wir sehen vor unseren Augen das ganze Verhältniß Schritt vor Schritt [daraus] entstehen und sich verändern. Es ist nun, als ob dieser Fall der Anfangspunkt der ganzen Wissenschaft wäre, welche von hier aus erfunden werden sollte. So ist ihnen Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geädelt. In jenem Grundsatz sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel, wodurch er bestimmt wird, und in der Leichtigkeit, wodurch sie vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen, ist ihre Meisterschaft unverkennbar. Und in dieser Methode, das Recht zu finden und zu weisen, haben sie ihren eigenthümlichen Werth, [...] daß ihre Kunst zugleich zu wissenschaftlicher Erkenntniß und Mittheilung ausgebildet ist, doch ohne die Anschaulichkeit und Lebendigkeit einzubüßen [...].“

chen Bild ist nämlich kaum vorstellbar, dass zwischen beiden stets eine wechselwirkende Synchronisierung stattfindet, die letztendlich zur richterlichen Rechtsüberzeugung führt. Es stellt sich hier die Frage, ob die richterliche Anschauung bezüglich der moralischen Rechte von Rechtsparteien per se mit seiner Rechtsüberzeugung identisch ist. Die hier entwickelte Theorie der doppelten Rekonstruktion durch Synchronisierung bietet dabei eine wohlbegründete, verfeinerte Antwort darauf: Sie stellt zwar einen Keim für dieselbe dar, aber sie ist per se damit nicht zu identifizieren, denn es muss immer ein dynamischer Faktor davon ausgehend hieinspielen, der auf jene wiederum einwirken kann.

4.6 Exkurs II: Savignys Topos vom Richterbild als *res fungible* und das Problem des Systemdenkens

Einer der schwierigsten Teile bei dem Verstehen Savignys Denkens ist ohne Zweifel derjenige, wo er in seiner Hermeneutik über das systematische Element zu sprechen kommt. Der Grund dafür liegt grundsätzlich darin, dass der Begriff des Systems selbst eine der problematischsten Begrifflichkeiten darstellt, die in der Geschichte der Jurisprudenz bisher verwendet worden sind. Sie scheint aber per se keinen universalen Status einzunehmen, der überall gilt. In der Tat stand und steht diese Begrifflichkeit im Common-Law-Rechtskreis kaum im Vordergrund, während sie im Civil-Law-Rechtskreis sowohl in der Theorie wie auch in der Praxis quasi als Keim des juristischen Denkens behandelt worden ist.²⁷⁶ Gerade deswegen kann vermutet werden, dass der

²⁷⁶ Die Behauptung, dass gerade dadurch jene zwei großartigen Rechtstraditionen voneinander abweichen, ist nicht abwegig. In der Tradition des Common Law tritt nämlich im Rechtsargument die Persönlichkeit des Richters klar und eindeutig hervor, während der Richter des Civil Law in der Regel (mit der kleinen Ausnahme verfassungsrechtlicher Praxis) anonym bleibt.

Systembegriff an sich seine eigene historische Wurzel hat. Aber hier ist nicht der Ort, die Geschichtlichkeit und den Ursprung des Systembegriffs ausführlich darzustellen, denn das würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Daher ist hier daran zu erinnern, dass der folgende Diskurs grundsätzlich den Charakter einer Arbeitshypothese trägt.

4.6.1 Die Geschichtlichkeit des Systembegriffs in der Jurisprudenz

Vorbehaltlich dessen fragt sich, ob die oben in Fußnote 44 zitierte Bemerkung von Savigny,²⁷⁷ die er in seinem Werk „Beruf“ in Bezug auf die Arbeitsmethode römischer Juristen geäußert hatte, mit der in demselben Werk später vorkommenden Äußerung über das gleiche Thema überhaupt verträglich ist.²⁷⁸ Diesbezüglich ist vor allem einzurechnen, dass der Begriff des Systems als Denkkategorie und hier dargestellter Topos des Richterbildes als *res fungible* miteinander in einem notwendigen Zusammenhang stehen. Es ist der Rationalismus der Neuzeit, der diesen begrifflichen Zusammenhang geprägt hat. Die Ansicht der Rationalisten über das innere Verhältnis von Systemdenken und Richterbild wurde bei Austin klar und eindeutig repräsentiert:

„Leibnitz [...] had remarked, that of forty jurisconsults [of Roman Juristen], [...] the passages from anyone are so like those from all the others in manner and in style, that it is impossible from internal evidence to distinguish them. Leibnitz expressed this by rather an odd phrase, borrowed from

²⁷⁷ Nämlich die: „Haben sie [die Römischen Juristen] einen Rechtsfall zu beurtheilen, so gehen sie von der lebendigen Anschauung desselben aus, und wir sehen vor unseren Augen das ganze Verhältnis Schritt vor Schritt [daraus] entstehen und sich verändern. Es ist nun, als ob dieser Fall der Anfangspunkt der ganzen Wissenschaft wäre [...].“

²⁷⁸ Nämlich die: „[...] weil ihre [römische] gesamte juristische Literatur selbst ein organisches Ganzes war: man könnte (mit einem Kunstausdruck der neueren Juristen) sagen, daß damals [also zur Zeit der klassischen Epoche] die einzelnen Juristen *fungible Personen* waren.“

the Roman Law itself, calling them fungible persons. [...] Each (Roman Writers) had the whole of its principles constantly present to his mind, and could argue down from them and apply them with the greatest certainty. [...] Now if the production of a succession of jurisconsults [...] possesses perfect coherency, a fortiori it is possible that a body of law may be equally coherent if produced by a number of persons working in concert.²⁷⁹ [...] he (Savigny) himself proposed that a complete and systematic expositions of German law should be executed by the jurisconsults; and anticipates great advantage from this work [...] But the difficulty of systematically expounding the law is evidently equal to the difficulty of codifying it. A code is merely an exposition sanctioned by the supreme legislator and by his will converted into law.²⁸⁰ [...] I will venture to affirm, that what is commonly called the technical part of legislation is incomparably more difficult than what may be called the ethical.²⁸¹

4.6.2 *Res fungible als metaphorischer Charakter der Juristen*

Res fungible ist also ein bestimmter Charakter von Juristen, der nicht in der Dimension des Einzelnen, sondern in der der Gattung in Betracht kommt. Wie im obigen Zitat von Austin klar geworden ist, war Leibniz der Meinung, dass die römischen Juristen damals das Selbstverständnis gehabt hätten, dass sie kollektiv zu einer Denkeinheit gehören. Um diese sehr problematische Aussage von Leibniz zu verstehen, muss vor allem zwischen zwei im Systembegriff verkörperten intellektuellen Momenten – nämlich zwei Grundfunktionen desselben – unterschieden werden, und zwar der reinen Erkenntnisfunktion einerseits und der normativen und ideologischen Funktion andererseits. Jene bildet den ideologischen Erkenntnisrahmen, in dem die Gegenstände, d.h. die normativen Gegebenheiten im positiven Recht, quasi wie ein abgeschlossenes Ganzes behandelt werden. Erst dadurch konnten die neuzeitlichen Juristen, wie die Rationalisten angenommen hatten, das große Volumen des Corpus Iuris Civilis,

²⁷⁹ Austin, Lectures, S. 677.

²⁸⁰ Austin, Lectures, S. 680.

²⁸¹ Austin, Lectures, S. 660.

das ihnen in der Gestalt von autoritativen Texten geliefert worden war, quasi als ein Ganzes behandeln, und zwar in einem besonderen Sinne, wie unten zu zeigen ist.

4.6.3 Die technische Rekonstruktion und die Rechtserkenntnis

Durch diese reine Erkenntnisfunktion des Systemdenkens wurde es insbesondere möglich, die Rechtsregeln im gelieferten Text des Corpus Iuris Civilis nicht nur auf dem Niveau des Textes selbst – also auf der Ebene konkreter Rechtsregeln – wiederzugeben und zu erörtern, sondern darüber hinaus das darin verkörperte Rechtsdenken zu abstrahieren.²⁸² Die wichtigste Folge davon besteht nämlich darin, dass dadurch aus dem C.I.C. eine hoch abstrahierte, künstlich hergestellte Ebene destilliert wurde, die zwar im ursprünglichen Text nicht sichtbar, den Römern selbst aber präsent war.

Unter dem starken Einfluss des Rationalismus glaubten Juristen der Neuzeit, dass der ursprüngliche C.I.C. – also das, was nach Austins Ansicht nichts anderes als eine bloße Anhäufung separater Regelsammlungen war – in einer hoch künstlich abstrahierten Form mittels künstlicher Begrifflichkeiten wiedergegeben werden kann. Bei einer solchen künstlichen Rekonstruktion verändert sich der Inhalt selbst gar nicht. Die Endstation der Erkenntnisfunktion des Systemdenkens ist also nichts anderes als eine formelle Rekonstruktion des positiven Rechts auf einer künstlich hoch abstrahierten Plattform. Austins Ausdruck „difficulty of systemically expounding

²⁸² *Thibaut*, Auslegung, S. 133: „Wenn z.B. die Wirkung eines Irrtums nur in den speziellen Entscheidungen über den Kauf, den Gesellschafts- und Pacht-Contract angegeben ist; so lässt sich durch Abstraktion [...] schlechterdings kein Grundsatz für alle Arten der Contracte aufstellen.“

the law“ spiegelt gerade jene intellektuelle Schwierigkeit bei der Herstellung dieser technisch abstrahierten Ebene wider.²⁸³

²⁸³ Die rein kognitive Funktion des Systemdenkens, die sich ihrem Wesen nach an die technische Rekonstruktion des positiven Rechts richtet, kommt – wie Austin richtig gesehen hat – nicht nur zur Rekonstruktion des römischen Rechts in Betracht, sondern überall dort, wo die Kodifikation des positiven Rechts zweifelhaft ist. Insofern kann festgestellt werden, dass die Kodifikation ihrem Wesen nach die Möglichkeit der technischen Rekonstruktion voraussetzt. *Austin*, Lectures, S. 1093, S. 1095: „That they shall have constantly before their mind a map of the law as a whole. [...] it tends to fix in the mind a map of law, so that all its acquisitions made empirically in the course of practice, take their appropriate places in a well-conceived system. [...] there is a wide difference between the practical tact which suffices for the mere application of rules to practice [...] and the adequate and clear perception of the legal system as a whole and of the relations of its part, [...] which is necessary to the legislator, to him who is concerned, not with the mere application of rules, but with the reconstruction of such rules, their expression and arrangement.“ – Es darf aber nicht vergessen werden, dass die Erkenntnisfunktion des Systemdenkens mit seiner praktischen Funktion in einem sehr engen inneren Zusammenhang steht, wie die folgende Aussage von Austin über die sog. technische Analogie zeigt. Zweifellos sind die hier verwendeten Termini „technische Rekonstruktion des positiven Rechts“ als abgeschlossenes Ganzes und Austins „technische Analogie“ miteinander verwandt. Austin ist nämlich der Ansicht, dass der Richter (oder Jurist) in seinem Fall eventuell nach den jeweiligen Bedürfnissen aus den normativen Gegebenheiten des positiven Rechts rein technisch neue Rechtsregeln zieht, ohne dabei an deren aktuellen Wirkungen in der Realität Interesse zu haben. Dementsprechend liegt es nahe, dass die Methode der technischen Analogie voraussetzt, dass alle (möglichen) Regeln des positiven Rechts (unsichtbar) an eine geschlossene Einheit geknüpft sind, was gerade auch die Erkenntnisfunktion des Systemdenkens voraussetzt. Vgl. *Austin*, Lectures, S. 639: „But it often (perhaps, most commonly) happens, that he [the judge] derives the new rule, by a consequence built on analogy, from a rule or rules actually part of system. And it is to creation of law thus derived from pre-existing law, that the competition of opposite analogies [...] is peculiarly, if not exclusively, incident [...] By others it is styled law built upon technical grounds; i.e. upon grounds like those of the rule from which it is derived, rather than on considerations of utility which regard the actual state of the community.“

4.6.4 Gleichheit der Denkweise durch dogmatische Denkschemata

Andererseits gibt es im Systembegriff aber eine bestimmte normative – und im gewissen Sinne auch ideologische – Funktion, die von der oben dargestellten Erkenntnisfunktion im Prinzip zu unterscheiden ist. Durch den Systembegriff erreicht man also eine gewisse Idee zu den (hypothetisch vorgestellten) methodologisch abgeschlossenen Denkschemata, die zur konkreten Rechtsgewinnung von großer Bedeutung ist.

Hierbei kommt der Ausdruck *res fungible* in den Vordergrund. Als Leibniz und (der von ihm stark beeinflusste) Savigny durch jene Begrifflichkeit die innere Beschreibung dessen vorgenommen hatten, wie die römischen Juristen auf ihre Antworten zu den Rechtsfällen gekommen sein könnten, waren die beiden der Ansicht, dass römischen Juristen einige bestimmte Denkschemata mit regulierender Funktion schon innerlich miteinander geteilt hätten. Dadurch seien sie im Prinzip in der Lage gewesen, in sich einen bestimmten Gedankengang zu aktivieren und aufgrund dessen möglichst dieselbe Antwort auf die ihnen gelieferten Rechtsfälle zu geben. Dies stellt nach Ansicht der vorliegenden Arbeit tatsächlich den einzigen Grund für ihre fast törichte Behauptung dar, dass die römischen Juristen sich in ihren Werken nicht voneinander unterscheiden.

Was die Rationalisten darin aber zu sehen glaubten, ist nichts anderes als eine ideologische Retroprojektion ihres Wunsches an die Vergangenheit, den sie auf ihre eigene Epoche projiziert haben. Durch die Bildung dieser kollektiven Denkeinheit des Juristenstandes wünschten sie nämlich, das positive Recht zu einer besonderen Stätte zu machen, worin

instabile Lebenserfahrungen des allgemeinen Volks nicht vorkommen. Aber gerade dadurch – so meinten sie – lasse sich die Grundstruktur einer Gesellschaft vor irgendwelchen politischen bzw. moralischen Strömungen gut bewahren.

Aufgrund dieser Betrachtung ist es nicht mehr überraschend, dass die Rationalisten in der Regel hinsichtlich der wichtigen Thesen der Rechtsphilosophie, etwa die der inneren Verknüpfung des positiven Rechts und der Moral bzw. der Politik, sehr antagonistisch waren. Die geistige Anforderung des Rationalismus an den Juristen, sich bezüglich der rechtlichen Antwort und Begründung im jeweiligen Fall im Prinzip der formellen Kontrolle unterzuordnen und dadurch qualitativ in ein und derselben Beschaffenheit zu urteilen, wirkt also wie ein großer Damm, der verhindert, dass die Richter in ihren Fällen ihre eigenen Rechtsüberzeugungen transparent äußern und den inneren Weg dazu offen darlegen. Denn fast zwangsläufig verrät dies dem Volk, auf welche Art und Weise das positive Recht mit der dahinter stehenden Background-Moralität in einem notwendigen Zusammenhang steht.

Somit wurde die zweite, d.h. die normative und ideologische, Funktion des Systemdenkens von der ersten Erkenntnisfunktion unterschieden. Es ist jetzt auf Savignys erste Aussage zurückzukommen²⁸⁴ und zu fragen, ob sie mit dem in Einklang steht, was hier als Grundfunktionen des Systemdenkens dargestellt ist.

4.6.5 Das experimentelle Denken und der Anspruch auf *aequitas* in konkreten Lebenskontexten

Hierbei ist ersichtlich, dass die durch Induktion von Juristen selbst vorweggenommene Konzeption des rechtlichen Gan-

²⁸⁴ Siehe Fn. 46.

zen keineswegs mit der des dogmatisch schon gegebenen, abstrahierten Regelkomplexes bestimmter Denkschemata zu identifizieren ist. Vielmehr bedeutet diese Konzeption etwas, was von dem Denkenden selbst innerlich zu bilden, d.h. zu konstruieren, ist, obwohl er eventuell dazu seinerseits quasi als Rohstoff irgendwelche normative Gegebenheiten benötigt. Es kann festgestellt werden, dass die römischen Juristen aus ihrer eigenen normativen Anschauung über irgendwelche normative Gegebenheiten im Konkreten induktiv zur Bildung irgendeines Ganzen geführt wurden. Das bedeutet aber keineswegs, dass sie innerlich schon ein abstrahiertes Regelsystem mit konventionellen Denkschemata geteilt hatten.

Daher ist zu fragen, wie das grundlegende Interesse der römischen Juristen an dem rechtlichen Ganzen, das in keinem dogmatischen Sinne steht, erklärt werden kann. Immerhin ist nicht zu leugnen, dass ein solcher holistischer Denkansatz bei den englischen Juristen im Common Law in relativ schwacher Form vorkommt. Immerhin hat diese im Grunde nicht vom Rationalismus angesteckte, gesunde Behauptung über die römischen Juristen, dass sie innerlich ein großes Bild des rechtlichen Ganzen im nicht dogmatischen Sinne zur Verfügung gehabt haben müssen, eine gewisse Plausibilität. Diesbezüglich sagt Austin über den Charakter des „praetorian law“:

„[...] since the law which they [Praetor] introduced through the medium of their general edicts, eclipsed the law which they established by their decisions on specific cases, general attention was fixed on the former, whilst the existence of the latter was generally forgotten. [...] Insomuch the *jus praetorium* grew gradually, or was formed by successive edits of many successive Praetors, it was not a formal system or digested body of law, but an incondite collection or heap of single and insulted rules. No Praetor thought of legislating systemically.²⁸⁵ [...] The use of decided cases as a source of law, having rendered to a great degree unnecessary by

²⁸⁵ Austin, Lectures, S. 597.

those predeterminations of the Praetors which were contained in their [general] Edicts.²⁸⁶

Der intellektuelle Unterschied zwischen den römischen und den englischen Juristen ist demnach hauptsächlich darin zu suchen, dass sie vor allem als Berater der Prätores deren allgemeinen Edikte, also eine Art allgemeiner Rechtsregeln in der Form von Handlungsgeboten und -verboten für das allgemeine Volk zu bearbeiten hatten, während sich die Prätores grundsätzlich den unmittelbaren Lösungen für konkrete Rechtsfälle zuwandten. Vor diesem Hintergrund fällt es leicht zu supponieren, dass jene sich dafür interessiert haben mögen, die Kollektion von Regelsammlungen vom holistischen Standpunkt aus und damit den gesamten Regelkomplex zu überblicken, was für die englischen Juristen keine dringende Aufgabe dargestellt haben dürfte.

Angesichts dessen wäre auch zu fragen, ob es denn nicht auch sein könnte, dass sich die Römer immerhin, wie die Rationalisten angenommen haben, solcher Regelsammlungen von generellen prätorischen Edikten als Rohstoff zur Bildung jenes dogmatischen Ganzen, also des technisch abstrahierten Regelsystems mit den bestimmten Denkschemata, bedient haben. Auf diese Frage ist hier keine präzise, sondern nur eine suggestive Antwort zu finden. Neben den Regelsammlungen von allgemeinen prätorischen Edikten, bei denen die römischen Juristen quasi wie Gesetzeskommentatoren eine Rolle gespielt haben mochten, aktivierte sich in ihnen ohne Zweifel auch eine ganz andere Art der geistigen Tätigkeit von ganz freiem Charakter, die in sich den Kern der römischen Rechtstradition bildet, nämlich das kasuistische und experimentelle Denken sowohl in reiner Spekulation bezüglich der Rechtsinstitute, wie auch in konkreter

²⁸⁶ *Austin*, Lectures, S. 634.

Anwendung von Gesetzen in der Wirklichkeit. Die römischen Juristen sprengten – wie Savigny und Thibaut gemeinsam bemerkt haben – den geistigen Rahmen des Richters über den neuzeitlichen Sinn hinaus, d.h. sie dachten sich die Lösung nicht in Anlehnung an irgendeine gegebene Autorität aus, sondern als wäre sie selbst der Gesetzgeber im konkreten Fall. Über diese Methode des Rechtsdenkens hinterließen Austin und Thibaut einige prägnante Bemerkungen. Zunächst Austin:

„But most of those writings were casuistical [...] They consisted of applications of actual law to specific cases: or of applications to specific cases of law anticipated by the writers.²⁸⁷ [...] Now most of the modern civilian who have treated of interpretation, have applied to the statute law contained in Justinian's compilations, and to the decisions and casuistical solutions which the compilations also comprise, the same rule of interpretation or construction.“²⁸⁸

Hieran lassen sich die Bemerkungen Thibauts gut anschließen:

„Der größte Theil der Materialien, welche sich in beiden [Pandekten und Codex] finden, enthält kein System allgemeiner rechtlicher Grundsätze, sondern Entscheidungen nach diesen Grundsätzen, welche selten das Prinzip, worauf sie beruhen, vollständig ausdrücken. [...] sieht man unser *Corpus Iuris Civilis* an, so wird man bald finden, daß es kaum unter hundert Stellen ein Gesetz enthält, und daß der, der eine Stelle aus dem Römischen Recht anführen will, meist erst das Gesetz aus dieser Stelle aussuchen und selbst finden muß. [...] das Reduzieren auf Grundsätze war nie die Stärke, nie das Lieblingsgeschäft der Römischen Juristen, deren größtes Verdienst besonders in Klarheit der Ideen, Consequenz und feiner Unterscheidungsgabe bestand.²⁸⁹ [...] Das Hauptgeschäft des Auslegers des Römischen Rechts muss also darauf gerichtet seyn, durch Reflexion über die einzelnen gegebenen Entscheidungen die Grundsätze, von welchen die Römischen Juristen ausgingen, zu entdecken, und so, rückwärts schreitend, das Ganze vervollständigen. Dies ist eine Eigentümlichkeit des Römischen Rechts, welche sich wohl nicht leicht in einer anderen Gesetzgebung findet [...] weil jede andere Gesetzgebung dabei gefährdet ist, wenn sie [...] eben so behandelt wird,

²⁸⁷ Austin, Lectures, S. 623.

²⁸⁸ Austin, Lectures, S. 631.

²⁸⁹ Thibaut, Auslegung, S. 130.

wie man das Römische Recht zu behandeln pflegt.²⁹⁰ [...] Wenn z.B. die Wirkung eines Irrtums nur in den speziellen Entscheidungen über den Kauf, den Gesellschafts- und Pacht-Contract angegeben ist; so lässt sich durch Abstraktion [...] schlechterdings kein Grundsatz für alle Arten der Contracte aufstellen.²⁹¹

4.6.6 Der abstrakte Regelkomplex durch die technische Rekonstruktion vs. die innere Kette der Rechtsprinzipien im Licht der Aequitas im Konkreten

Jene ausgeprägte Neigung der römischen Juristen zur Methode des kasuistischen, experimentellen Denkens zeigt klar und eindeutig, wie nah ihre Grundidee zur Rechtsgewinnung dem steht, was Dworkin „Consistency Test“ an konkreten Rechten nannte:

„On any plausible theory of rights, moreover, questions of speculative consistency [...] are likely to be of importance in an argument about particular rights, because no claim of right is sound if it cannot stand the test of hypothetical counter-example. But the technique of examine a claim of right for speculative consistency is a technique far more developed in judges than in legislatures.“²⁹²

Die innere Verwandtschaft des Denkens der Römer mit dem von Dworkin soll nicht hier, sondern erst im letzten Kapitel dieser Arbeit behandelt werden, wo der politische Sinn des Hermeneutismus erörtert wird. An dieser Stelle genügt es, anklingen zu lassen, wie unterschiedlich die Grundkonzeptionen über das rechtliche Ganze je nach den Grundeinstellungen über das Wesen des positiven Rechts aussehen können. Der rationalistische Rechtspositivismus in der Neuzeit versteht darunter das Bild eines gesamten Regelkomplexes, das den Richtern, die schon mit irgendwelchen Denkschemata ausgestattet worden sind, durch die technische Rekonstruktion innerlich erscheint. Dagegen zeigt sich den

²⁹⁰ Thibaut, Auslegung, S. 132.

²⁹¹ Thibaut, Auslegung, S. 133.

²⁹² Dworkin, MP, S. 24.

hermeneutischen Juristen die Konzeption des rechtlichen Ganzen als etwas, was durch die zwar lockere, aber dichte Kette von einigen Rechtsprinzipien die Objektivitätserfahrung im jeweiligen Sachgestalt erhellt und erklärt, die im Hinblick auf die Aequitas – also durch die Gleichheit der menschlichen Würde in konkreten Sachverhalten – durch gemeinschaftliche Grundüberzeugungen aufstellt worden ist.

4.6.7 Resultat: Ambivalenz von Savignys Denken und das systematische Element der Rechtsauslegung

Aus den oben entwickelten Betrachtungen kann schließlich festgestellt werden: Savigny war von dem damals herrschenden Rationalismus auf dem Kontinent geistig nicht befreit, obwohl er selbst durch seine Betonung auf das Moment der Anschaulichkeit des (experimentellen) Rechtsdenkens im Konkreten gegen die lebensfremde, rein wissenschaftliche Methode zur technischen Abstraktion eingestellt war. Dementsprechend blieben in seinem Denken zwei Elemente vermischt, die jeweils aus dem Empirismus und aus dem Rationalismus entstanden waren. Savigny war es nämlich nicht gelungen, sie innerhalb seines Denkhorizontes, insbesondere innerhalb seiner allgemeinen Rechtstheorie, die als Volksrechtslehre bekannt ist, in Einklang zu bringen.²⁹³

²⁹³ *Austin*, Lectures, S. 679: „Bentham belongs to [...] the historical school of jurisprudence.[...] The proper sense of that term [...] is, that the jurists [...] think that a body of law cannot be spun out from a few general principles assumed a priori, but must be founded on experience of the subjects and objects with which law is conversant. He has again and again declared [...] that the reports [...] of the English Courts are an invaluable mine of experience for the legislator. [...] The meaning of their being called the historical school is simply this, that they agree with Bentham in thinking that law should be founded on an experimental view of the subjects and objects of law, and should be determined by general utility, not drawn out from a few arbitrary assumptions a priori called the law of nature. A fitter name for them would be the inductive and utilitarian school.“ – Allerdings spiegelt diese Ansicht nur einen Aspekt von Savignys Denken wider. Insbesondere ist

Am deutlichsten tritt dies bei Savignys Auslegung des positiven Rechts hervor, wo er ein rein kognitives Moment betont. Es handelt sich nach seiner Ansicht dabei um die Erkenntnis des durch die Geschichte dogmatisch gelieferten, systematischen Ganzen der Rechtsinstitute, und zwar in erster Linie bei der Auslegung des C.I.C., in zweiter und darüber hinausgehender allgemeiner Linie bei der generellen Gesetzesauslegung. Ein solches kognitives Moment der systematischen Erkenntnis des positiven Rechts auf der historischen Ebene wurde von ihm endgültig als der letzte Zweck der Gesetzesauslegung aufgestellt:

„Das systematische Element endlich bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft (§ 5). Dieser Zusammenhang, so gut als der historische, hat dem Gesetzgeber vorgeschwebt, und wir werden also seinen Gedanken nur dann vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältnis dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht, und wie es in das System wirksam eingreifen soll. [...] Es sind also nicht vier Arten der Auslegung [also die grammatische, die logische, die historische und die systematische], unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Tätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. [...] Von zwey Bedingungen [...] hängt der Erfolg jeder Auslegung ab, und darin lassen sich jene vier Elemente kurz zusammenfassen: [...] zweytens, daß wir die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann, in hinlänglicher Bereitschaft haben [...].“²⁹⁴

4.7 Exkurs III: Innere Kritik *des* Systemdenkens *bei* Savignys Gesetzauslegungslehre

Bei dem oben gezogenen Vergleich der zwei Stellen in Savignys „Beruf“ wurde die Arbeitshypothese aufgestellt,

Austins Ansicht, dass Savigny lediglich das Denken an die reine *utilitas* hervorgehoben hat, schlechtin falsch, wie in Kapitel 6 zu zeigen ist.

²⁹⁴ Savigny, System, S. 214.

dass es in seinem Denken zwei Elemente gibt, deren Missverhältnis er nicht aufgelöst hat. Dieses Missverhältnis zwischen dem prinzipiellen, experimentalen und anschaulichen Denken und dem abstrahierenden Systemdenken wurde dabei zunächst als Gegensatz von Empirismus und Rationalismus ausgedrückt. Hiernach ist in der Erörterung des systematischen Elements bei der Gesetzesauslegung eine Verifizierung der Gültigkeit jener Problematik zu entwickeln. Dies soll nicht aus der Perspektive jenes philosophischen Gegensatzes geschehen, sondern aus dem inneren Horizont der von Savigny selbst entwickelten allgemeinen Rechtslehre, die er unter dem Titel des Volksrechts erörtert hatte. Auf diese Weise lässt sich jenes geistige Spannungsverhältnis zwischen Rationalismus und Empirismus erneut bestimmen, und zwar als dasjenige zwischen dem Systemdenken bei seiner Gesetzauslegungslehre und dem allgemeinen Wesen des positiven Rechts in seiner Volksrechtslehre.

Im ersten Teil dieser Arbeit wurde der neue Begriff des metaphysischen Hermeneutismus eingeführt. Damit ist gemeint, dass es bei der Beobachtung der normativen Gegebenheiten keinen rein äußeren Beobachtungsposten gibt, von dem aus ein Beobachter einer gemeinschaftlichen Anschauung in seiner eigenen Lebenswelt völlig getrennt über dieselbe eine reine wertneutrale Aussage machen kann. In dem Sinne, dass der Beobachter zur Beobachtung derartiger geistiger Gegenstände schon innerlich eine Stelle voraussetzen muss, die sich nicht aus dem Denken des Einzelnen selbst, sondern aus der schon vorhandenen gemeinschaftlichen Lebenswelt ergibt, wurde dieser unsichtbare Ort „hermeneutischer Raum“ und ein solcher Beobachter „hermeneutischer Beobachter“ genannt. Der Denkansatz selbst wird pauschal als „metaphysischer Hermeneutismus“ bezeichnet, weil diese Grundanschauung über die Kategorie des Sicht-

baren hinausgeht. Dort galt Savigny mit seiner Theorie des Volksrechts als dessen Begründer.

Im zweiten Teil wurde anschließend, ausgehend von der Perspektive des metaphysischen Hermeneutismus, die geläufige Konzeption der Gewohnheitsregel dekonstruiert. Es wurde festgestellt, dass sich die Existenz einer sozialen Regel, anders als die gewöhnliche Ansicht, aus der sozialen Tatsache von Handlungsgewohnheiten des Kollektivs mit der Sprachgewohnheit des normativen Vokabulars ergibt. Sie hängt grundsätzlich davon ab, ob der Beobachtende jener Handlungsgewohnheit darin eine Ratio, d.h. einen allgemeinen Befolungsgrund, sieht und wie er sie konstruiert bzw. sie als seinen eigenen normativen Maßstab verinnerlicht. Unter der Voraussetzung, dass bei der Existenzfeststellung solcher sozialen Gewohnheitsregeln unter dem logischen Gesichtspunkt vor einer solchen Handlungsgewohnheit bereits eine normative Perspektive im Nackten aktiviert gewesen sein soll, wurde die Begrifflichkeit der Gewohnheitsregel dekonstruiert. Dabei war diese hermeneutische Einsicht in der Tat eine Weiterführung dessen, was Savigny in seiner Volksrechtslehre als Gestalt des Keims schon entwickelt hatte. Dort rechnet er nämlich die Ratio einer sozialen Gewohnheitsregel in eine notwendige Existenzbedingung derselben ein, indem er sich des Ausdrucks der Offenbarung bedient.

4.7.1 Die ratio legis als Existenzmodus und ihr eigener Verstehensmodus?

Bei der vorliegenden Problematik eröffnet sich die Frage, wohin eine solche Betrachtung des metaphysischen Hermeneutismus führt, wenn jener Denkansatz konsequent auf die juristische Auslegungslehre angewandt wird. Das Gesetz, die

prominenteste Quelle des positiven Rechts fast aller Zeiten und fast überall, stellt zweifellos eine Art der normativen Gegebenheiten dar, die von dieser Betrachtungsweise beherrscht wird. Es schließt nämlich eine bestimmte Menge sozial anerkannter Regeln ein. Die Grundeinsicht des metaphysischen Hermeneutismus, dass der Existenzmodus und der Verstehensmodus einer normativen Gegebenheit sich ineinander einschließen, und die daraus folgende Einsicht, dass die normativen Gegebenheiten im prinzipiellen Denken nur dort existieren, wo ihr Adressat sie nicht passiv, sondern aktiv aufnimmt, indem er es weder aus irgendeiner Autorität noch aus einer Konventionalität, sondern aus seiner eigenen normativen Reflexion tut, müssen deshalb grundsätzlich auf dem Feld der Gesetzesauslegung angewendet werden. In diesem Sinne spiegelt die folgende Aussage von Savigny eine solche Grundeinstellung des metaphysischen Hermeneutismus wohl wider, und zwar auf sehr prägnante Weise:

„Soll diese Regel [vom Gesetz] in das Leben übergehen, so ist es nötig, [...] daß wir sie auf bestimmte Weise in uns aufnehmen. Diese Aufnahme kann zu den verschiedensten Anwendungen führen.²⁹⁵ [...] Die hierin enthaltene freye Geistesthätigkeit [...] daß wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen, das heißt, so wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird.“²⁹⁶

Dabei wird das Moment der aktiven Aufnahme vom Adressaten durch die Überzeugung von der Wahrheit klar hervorgehoben. In der Tat steht diese Aussage mit Savignys Volksrechtslehre in Einklang.

4.7.2 Der Anfang des Missverhältnisses

Nachdem er jenes aktive, hermeneutische Moment eines Regeladressaten betont hat, schließt er aber schnell – und ausgerechnet – aus dem Feld der allgemeinen Auslegung

²⁹⁵ Savigny, System, S. 206.

²⁹⁶ Savigny, System, S. 207.

eines Gesetzes²⁹⁷ das Moment der Akzeptanz von der *ratio legis* aus und spricht quasi wie ein ernsthafter Rechtspositivist:

„Ist es nun die Aufgabe der Auslegung, uns den Inhalt des Gesetzes zum Bewußtseyn zu bringen, so liegt alles, was nicht Theil dieses Inhaltes ist, wie verwandt es ihm auch seyn möge, streng genommen außer den Grenzen jener Aufgabe. Dahin gehört also auch die Einsicht in den Grund des Gesetzes (*ratio legis*).²⁹⁸ [...] Der Begriff dieses Grundes ist auf sehr verschiedene Weise aufgefasst worden, indem man ihn bald in die Vergangenheit gesetzt hat, bald in die Zukunft. Nach der ersten Ansicht gilt als Grund die schon vorhandene höhere Rechtsregel, deren consequente Durchführung das gegenwärtige Gesetz herbeigeführt hat. Nach der zweiten Ansicht gilt als Grund die Wirkung, die durch das Gesetz hervorgebracht werden soll, so daß der Grund, von diesem Standpunkt aus, auch als Zweck [...] des Gesetzes bezeichnet wird.²⁹⁹ [...] Die Kenntnis des Gesetzgrundes kann mehr oder weniger gewiß seyn. Die höchste Sicherheit erhält sie dadurch, daß der Grund in dem Gesetz selbst ausgesprochen wird. Aber selbst in diesem Fall bleibt der Grund von [dem] das Recht bestimmenden Inhalt des Gesetzes ge-

²⁹⁷ Als allgemeine Erfolgsbedingung oder Erfolgszeichen der Auslegung von Gesetzen bestimmt Savigny nämlich einen geistigen Zustand, in dem der Richter bei seiner Gesetzesanwendung vier Elemente ineinander integriert sieht. Das vierte und wichtigste systematische Element wurde bereits in Fn. 57 erwähnt. Die übrigen drei Elemente finden sich bei *Savigny*, System, S. 213 f.: „Soweit ist die Auslegung der Gesetze von der Auslegung jenes anderen ausgedrückten Gedankens [...] nicht verschieden. Das Eigentümliche derselben zeigt sich aber, wenn wir sie in ihre Bestandtheile zerlegen. So müssen wir in ihr vier Elemente unterscheiden: ein grammatisches, logisches, historisches, und systematisches. [...] Das grammatische Element [...] hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermitteln. Es besteht daher in der Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze. Das logische Element geht [...] auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile desselben [des Gedankens] zu einander stehen. Das historische Element hat zum Gegenstand den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältnis durch Rechtsregeln bestimmten Zustand. In diesem Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen.“

²⁹⁸ *Savigny*, System, S. 216 f.

²⁹⁹ *Savigny*, System, S. 217.

trennt, und darf nicht etwas als Bestandtheil desselben angesehen werden.³⁰⁰

4.7.3 Zwei Modelle zur normativen Kommunikation

Savignys innere Diskrepanz im Denken ließe sich folgendermaßen erklären: Er geht davon aus, dass der Zweck der Gesetzesauslegung sei, den Gedanken des Gesetzgebers zu begreifen. Dabei ist aber der Gedanke desselben etwas anderes als das, worauf der Wortsinn der Sätze den Leser bzw. dem Zuhörer direkt und offenkundig hinweist. Nach Savigny ist dies etwas, das hinter dem Schein des Textes innerlich da ist, sei es in klarer oder in dunkler Gestalt. Dies ist das Moment der intellektuellen Rekonstruktion im Sinne von Savigny, das insbesondere seinem Systemdenken zugrunde liegt.³⁰¹ Bildlich gesagt hielt Savigny das, was man in einer normativen Kommunikation als Zuhörer einer Rede eines Fremden (bzw. als ein Leser eines Textes) als dessen Gedanken objektiv aufgefasst hat, für das endgültige Produkt – also den endlichen Zweck – der Gesetzesauslegung. Hierbei tritt der (innere) Gedanke eines Fremden per se als die Wahrheitsinstanz ein, um den sich jeder Ausleger des Gesetzes bemühen muss.

Zur Präzisierung sei das folgende Beispiel angeführt: Auf einer Baustelle beginnt ein Meister mit seinem Lehrling Bauarbeiten. Der junge Lehrling, der erst vor kurzem vom Mei-

³⁰⁰ Savigny, System, S. 218.

³⁰¹ Siehe etwa Savigny, System, S. 212 f.: „Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, [...] irgendeinen Gedanken [...] auszusprechen. [...] so müssen die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Tätigkeit in sich künstlich wiederholen. [...] Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens.“

ster eingestellt wurde, ist bereit, die Weisungen des Meisters, etwa „Bring mir drei rote Ziegelsteine und die weiße Wandfarbe!“, auszuführen. Dies erledigt er tatsächlich treu und fehlerlos. Es stellt sich nun die Frage, was denn die Voraussetzung dafür ist, dass sich eine derartige normative Kommunikation von beiden Seiten erfolgreich vollenden – also verwirklichen – lässt. Im zweiten Teil dieser Arbeit wurde bereits der Grundcharakter von semantischer und pragmatischer Regel der Muttersprache dargestellt und als generative Regeln bezeichnet. Sie bieten dem Menschen als Gattungswesen die ursprüngliche Grundkonzeption der Normativität, aufgrund derer sich die Möglichkeit der Entstehung andersartiger sozialer Regeln ergibt. Dabei zeigte sich zwar die Relation zwischen der Objektsprache und dem Objekt selbst per se als reine Zufälligkeit, wurde aber denjenigen, welche die Muttersprache sprechen, zugleich als bedingungslose Notwendigkeit dargestellt. Den generativen Regeln liegt also die Einheit von Zufälligkeit und Notwendigkeit zugrunde. Danach sind die generativen Regeln der Muttersprache nämlich etwas, was unter Kommunikationspartnern in einer Lebenswelt als bedingungslose Notwendigkeit schon innerlich geteilt worden ist.

Die Antwort auf die Frage zum oben genannten Beispiel lautet also: Sofern der Meister und der Lehrling dieselben semantischen generativen Regeln beherrschen, kann der Lehrling im Prinzip die Weisungen bzw. die Befehle des Meisters gut ausführen. Hierbei kommt es irrelevant, welche Vorstellung der Lehrling von der ganzen Bauarbeit innerlich gehabt hat. Er muss also nicht in die Gedanken seines Meisters eingreifen. Dementsprechend wäre das Niveau des Befehls auf den elementaren Charakter beschränkt.

Hat aber der Lehrling bereits längere Erfahrung und ist er dabei dem intellektuellen Niveau seines Meisters näher gekommen, könnte er nicht nur bloß nach dem semantischen Inhalt des Befehls seines Meisters seine Arbeit ausführen, sondern wäre darüber hinaus in der Lage, den Sinn des Befehls aus der holistischen Perspektive seines Meisters aufzufassen. Das bedeutet, er kann den Befehl seines Meisters nicht nur auf der Oberfläche des Texts selbst, sondern auch in seinem Kontext verstehen. Er kann selbst dadurch den Befehl seines Meisters rekonstruieren, und zwar vor dem Hintergrund des ganzen Gedankens, so als hätte ob er schon den Bauplan gesehen. Dies ist zwar per se ein hoch intellektuelles Geschäft, das dem jungen Lehrling gar nicht möglich gewesen wäre. Trotzdem ändert sich nichts daran, dass eine solche intellektuelle Rekonstruktion, die sich nur nach dem Gedanken irgendeines Fremden richtet, im Prinzip funktionell bleibt.

Bei einem solchen inneren Verhältnis von Architekt und Bauherrn stellt sich die Frage, was eigentlich der Zweck der Bauarbeit sein könnte, der dem Bauherrn bzw. dem Architekten in der Kommunikation gegenwärtig wäre. Darin sind allerdings sowohl das umweltpolitische Interesse, etwa ob das neue Haus energieeffizient ist, wie auch das ästhetische, etwa ob es gut in die Umgebung passt, und freilich als das wichtigste einzurechnen, das Motiv des Bauherrn. Die Einsicht, dass der Architekt bei Ausführung seines Auftrags in seinen einzelnen Bauvorstellungen nicht nur bau-innere Gesichtspunkte, sondern auch – was viel schwerer wiegt – externe Gesichtspunkte von ganz verschiedenen Charakteren mitrechnet und mitrechnen muss, führt zu einer alternativen Ansicht darüber, was tatsächlich in der normativen Kommunikation passiert und passieren soll. Vor diesem synthetischen Hintergrund ist festzustellen, dass der Zweck der Auslegung nicht nur das objektive Ergreifen irgendeines Gedan-

ken anderer ist, sondern darüber hinaus aus der Perspektive der gesamten Lebenswelt selbst den ganzen Charakter der betreffenden Arbeit zu konzipieren.³⁰²

Dadurch, dass Savigny in seiner Gesetzesauslegungslehre das lebensweltliche Moment des Ergreifens der *ratio legis* bewusst beiseite lässt,³⁰³ indem er in jene Stelle das funktionelle Moment des systematischen Denkens legt, gerät er zweifellos in Selbstwiderspruch mit seiner Volksrechtslehre.

4.8 Exkurs IV: Thibauts These der Einheit von drei Grundelementen zur normativen Kommunikation

Thibaut war – wie schon von Austin hoch gelobt wurde – einer derjenigen, die in diesem Themenbereich ihre eigene Ansicht ohne Selbstverwirrungen und Selbstwidersprüche am klarsten und eindeutigsten dargestellt hatten. Sein Beitrag geht aber über diese Dimension noch hinaus: Er ist in der Tat derjenige, der als erster die allgemeine Gesetzesaus-

³⁰² In Bezug darauf hat *Thibaut*, *Auslegung*, S. 26 f., bereits seine vortreffliche Ansicht geäußert, wobei er die politische Auslegung in eine Art der logischen Auslegung aus der *ratio legis* einordnet: „Denn wenn ein Gesetz logisch interpretiert wird, so gehört ja, ausser der Kenntnis des Sinnes des Gesetzes, auch noch dies als *condicio sine qua non* dazu, dass man die Eigenschaften des Gegenstandes in Betracht zieht. Die politischen Rücksichten machen aber nur einen Theil dieses Geschäftes aus.“

³⁰³ Zwar betrachtet Savigny in seiner Dichotomie den gesunden und den mangelhaften Bereich des Gesetzes über die *ratio legis*, wobei er sie neben den oben erwähnten, über jenen Bereich waltenden vier Grundelementen zusätzlich in drei Hilfselemente – den inneren Zusammenhang von Gesetzgebungen, das Verhältnis zwischen *lege ipsa* und *ratio legis* und die Betrachtung über Nachwirkungen von Interpretationsalternativen – einteilt. Aber das ändert nichts an der Gültigkeit der hier entwickelten Kritik. Nach Savignys Ansicht ist diese Grundbestimmung mit nur vier Elementen möglich, was grundsätzlich falsch ist. Denn der Interpret eines Gesetzes würde bei richtigem Verstehen ohne kritische Prüfung seiner eigenen Perspektive auf die Lebenswelt auskommen, und zwar nur mit dem synchronen und historischen Verständnis von dessen semantischem Inhalt und dessen Einwirkungsgeschichte.

legungslehre in ihren Grundrissen aus der Perspektive des hier entwickelten Hermeneutismus geschildert hat. Allerdings klingt dies, angesichts dessen, dass Thibaut sich selbst ganz im Gegenteil als (politischer) Positivist dargestellt hatte, einigermaßen merkwürdig. Aber Thibaut beschränkt den Einwirkungsbereich seiner allgemeinen hermeneutischen Ansätze gemäß seiner politischen Idee des positiven Rechts nach der Idee der Vorrangstellung der Autorität des souveränen Regenten. Deswegen kann nicht behauptet werden, dass Thibaut bei der Gründung der juristischen Hermeneutik in seinem Denkhorizont inkonsequent war. Vor diesem Hintergrund soll seine Gesetzesauslegungslehre in zwei Etagen analysiert werden: in der ersten Etage im Hinblick auf seine allgemeinen hermeneutischen Grundansätze und in der zweiten Etage im Hinblick auf die Selbstbeschränkung derselben nach seiner politischen Idee des positiven Rechts.

4.8.1 Etage I: Allgemeiner Ansatz – ursprüngliche Einheit von drei Elementen

In seinem Werk über die Gesetzauslegung³⁰⁴ geht Thibaut von einer genialen Aussage aus, die das Wesen der normativen Kommunikation im Alltag präzise auffasst, gleichgültig, wo die Menschen in verschiedenen sozialen, institutionellen Kontexten durch sprachliche Kommunikation eine bewusste Handlung in der Zukunft miteinander koordinieren wollen.

Er spricht nämlich von drei Grundelementen, die eine derartige Kommunikation ursprünglich bestimmen: Der Wortsinn im Sprachgebrauch, die Absicht des Redners, und der Grund der Rede selbst. Jene Elemente werden aber – wie Thibaut im unteren Zitat richtig betont – zwischen dem Redner und

³⁰⁴ Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts (1806).

dem Adressaten nicht per se getrennt und isoliert kommuniziert. Vielmehr sind sie in eine aktuelle kommunikative Situation eingebettet und als solche im Ganzen aufgenommen, d.h. den Sinn einer solchen Rede fasst der Zuhörer nur in dem integrierten Zustand auf. Die Elemente sind in solchen kommunikativen Situationen so voneinander abhängig eingebettet, dass man ein Element ohne Berechnung der anderen nicht als per se getrennt behandeln kann. Thibaut sagt:

„Wer consequent denkt, und sich vollkommen ausdrückt, wird durch die Worte gerade dasjenige sagen, was er sagen will, und was er sagen sollte. Bey vollkommenden Gesetzen wird also dasjenige, was der Gesetzgeber nach den Gründen, worauf seine Vorschrift beruht (*ratio legis*), sagen sollte, mit dem, was er durch die Worte gesagt hat (dem Wortverständnis des Gesetzes) coincidieren, und mit diesem (d.h. mit den Ideen, welche der gesamte Redegebrauch des Volkes oder der besondere Redegebrauch [...] mit den Worten verbindet) wird wiederum dasjenige zusammenfallen, was der Gesetzgeber bey den Worten dachte, und wirklich dadurch ausdrücken wollte (Absicht des Gesetzgebers).“³⁰⁵

In dieser Aussage ist ein Punkt von gravierender Bedeutung: Eine normative Rede eines Fremden zu verstehen, d.h. das Gesetz vom Gesetzgeber zu verstehen, schließt in sich ein, dass der Adressat – also der Richter – den Gedankeninhalt im Gesetz in seinem eigenen inneren Horizont des Denkens an die *ratio* desselben, also nicht nur im Horizont des dahin objektiv stehenden Gedanken des Redners selbst, aktiv akzeptiert.

Es ist gerade der Achsenpunkt, auf dem Savigny vom Grundansatz Thibauts bewusst abweichen wollte. Denn Savigny wollte – wie schon gesagt – beim allgemeinen Verstehen des Gesetzes das Moment der Erkenntnis der *ratio legis* nicht als dessen Grundbestandteil behandeln. Diese Erkenntnis war nach der Ansicht Savignys nur ein besonderes Hilfsmittel, dessen sich der Richter im Bedarfsfall zur

³⁰⁵ Thibaut, Auslegung, S. 12.

Heilung von mangelhaften Gesetzten bedienen kann. Dagegen hielt Thibaut sie für den notwendigen und allgemeinen Bestandteil zum Gesetzesverständnis, was zwischen dem Richter und dem Gesetzgeber in Bezug auf die normativen Gegebenheiten, also den Gesetzestext, innerlich stattfinden soll. Nach Thibaut findet nämlich das, was man Interpretation nennt, dort statt, wo dieser integrale Zustand des kommunikativen Verstehens zwischen dem Gesetzgeber und dem Richter aus irgendwelchen Gründen, insbesondere wegen der unvermeidlichen Unvollkommenheit des menschlichen Gesetzgebers selbst, zerstört worden ist: „Es lässt sich aber auch denken, daß ein Gesetzgeber inconsequent bey Durchführung der Gründe seiner Vorschrift ist, und aus Versehen unrichtige Worte [...] wählte.“³⁰⁶

4.8.2 *Integrier Zustand des Verstehens und dessen Zerstörung*

Logischerweise erkennt der Zuhörer bzw. Richter, dass am kommunikativen Verständnis etwas fehlerhaft ist, nur dann, wenn er in einer solchen kommunikativen Handlungssituation auf dem Horizont seiner Lebenswelt, auf dem der Gesetzgeber auch gestanden hatte, den Sinn der Rede aus seiner inneren Perspektive insbesondere durch den Akzeptanzgrund derselben noch einmal reflektiert. Nur dann kann er sich selbst davon überzeugen, dass etwas fehlerhaft oder unbestimmt – also auslegungsbedürftig – an seinem Fall ist.

³⁰⁶ *Thibaut*, Auslegung, S. 12. Die dem Wortsinn widerstreitenden logischen Interpretationen seien streng untersagt, *Thibaut*, Auslegung, S. 41 f.: „Sie (die den Worten widerstreitende logische Auslegung) lässt sich also nicht ohne Ungereimtheit da anwenden, wo der Begriff einer menschlichen Unvollkommenheit nicht statt findet, und statt finden darf, nämlich nicht bey allen Gesetzen, denen man einen göttlichen Ursprung zuschreibt.“

4.8.3 Die Sens-Clair-Doktrin und das Verdampfen der zwei Elemente

Thibauts These des integren Zustands des kommunikativen Verstehens hat als solche enorme Bedeutung. Sie impliziert vor allem, dass die sogenannte Sens-Clair-Doktrin des Rechtspositivismus – also diejenige, dass der Richter im Bereich der semantischen Klarheit eines Gesetzes in der Tat keine Interpretation vornimmt und vorzunehmen braucht – im Grunde nicht mehr haltbar ist.

Die positivistische Grunddoktrin juristischer Hermeneutik erinnert an eine Situation, die im obigen Beispiel zur normativen Kommunikation zwischen dem Lehrling und dem Baumeister gezeigt worden war. Also, in einem Fall, wo der unerfahrene Lehrling nur einen elementaren Befehl seines Meisters ausführt, deutet dies darauf hin, dass solche Kommunikation – allerdings in der inneren Perspektive des Lehrlings – lediglich durch die semantischen generativen Sprachregeln bedingt ist. Dies ist gerade die Situation, worauf jene Doktrin den Richter hinweist. In einem solchen Sens-Clair-Bereich braucht er nämlich gar kein zusätzliches Denken auszuführen – etwa welche hintergründigen Gedanken sein Meister bei der Befehlsgabe wirklich gehegt hatte und welche Gründe dazu passen würden.

Also, die These, dass der Richter bei einem sogenannten „easy case“ im sogenannten Core-Bereich des semantischen Inhalts des Gesetzes – quasi eine „semantic rule“ befolgen und danach handeln soll, stützt sich auf das tief wurzelnde Vorurteil des Positivismus, dass in diesem Bereich der normativen Kommunikation nur eine einzige Schicht bleibt, die sich durch Sprache vollständig bestimmen lässt. Aber Thibauts Grundeinsicht erinnert keineswegs an solch ein ele-

mentares Modell der Kommunikation, worauf die Sens-Clair-Doktrin hinweist. Im Gegenteil, seine Hermeneutik bezieht sich klar und eindeutig auf eine Situation, in welcher der Bauherr und der Architekt über das gesamte Konzept der Bauarbeiten selbst kommunizieren, indem sie alle diesbezüglichen Faktoren einrechnen.

4.8.4 *Thibaut, Pionier der Gesetzauslegungslehre des Hermeneutismus*

Thibaut ist ohne Zweifel derjenige, der die Gesetzauslegungstheorie des Hermeneutismus am prominentesten angebahnt hat. Hierbei ist sehr bedeutsam, dass das innere Verhältnis des Denkinhalts im Gesetz und dessen Grund bei Thibaut und Savigny gerade umkehrt ist. Bei dieser Theorie greift nämlich der Richter durch den ersten Faktor – also den Denkinhalt im Gesetz – erst den zweiten Faktor – also den Gesetzesgrund auf, allerdings nur dort, wo es dessen bedarf. Bei jener Theorie dagegen kommt er nur durch den zweiten zu dem ersten Gesetzesgrund. Metaphorisch gesagt, fasst der erfahrene Lehrling bei Savigny nur durch den Bauplan seines Meisters das gesamte Baukonzept des Bauherrn auf, während er bei Thibaut nur durch das Grundkonzept der Bauarbeiten den Bauplan seines Meisters versteht. Thibaut hebt – anders als Savigny – in diesem Sinne eindeutig das reflexive Moment des Richters bei der Gesetzesauslegung mit Nachdruck hervor, und zwar nicht im Licht der systematischen Konsequenz, sondern in der allgemeinen Lebenswelt selbst.

4.8.5 *Savigny vs. Thibaut*

Bei Thibaut wirkt das reflexive Moment des Interpreten nicht nur auf die Fallgerechtigkeit, sondern auf die gesamte Rund-

schau des positiven Rechts. Der Gesetzesinterpret ist hier- nach nämlich derjenige, der bei einer solchen Sammlung von Regeldenken des Gesetzgebers in die Dimension der Aequitas umsetzend denkt, die in dieser Arbeit als Inbegriff von *rationum legum* vorgestellt wird.³⁰⁷ In der Tat erscheinen durch die vergleichende Betrachtung von Savigny und Thibaut in Bezug auf den Begriff des Ganzen zweiartige Wahrheitsinstanzen, die jeweils für sich beanspruchen, das Wesen der richterlichen Rechtsüberzeugung zu bestimmen. Also einerseits der in sich artikulierte, in Abgeschlossenheit miteinander innerlich verknüpfte Denkkomplex, andererseits die prinzipielle Konsequenz im positiven Recht als Ganzes, die unter dem Gesetzgeber und dem Richter im Licht der Lebenswelt selbst innerlich schon geteilt zu sein geglaubt wird.³⁰⁸

³⁰⁷ Thibaut, Auslegung, S. 47 ff., meint, es gebe bei der Gesetzesauslegung als Ganzes einige bestimmte Bereiche, in denen der Richter aus allgemeinen Rechtsprinzipien die (konkrete) Absicht des Gesetzgebers supponieren müsse. Er führt dabei nämlich drei Gruppen an: „[...] die besondere Absicht des Gesetzgebers [...] aus allgemeinen Grundsätzen erkannt werden. A) Alles, was an sich der Wortverstand [...] nicht befaßt, ist unter dasselbe zu ziehen, wenn Jemand eine, wörtlich nicht verbotene Handlung vornimmt, um dadurch arglistig der Zweck einer gesetzlichen Handlung indirekt zu erreichen. B) Verordnungen, welche auf die Begünstigung einer Person abzwecken, müssen, wenn nicht der Wille des Regenten bestimmt entgegen steht, immer so ausgelegt werden, daß der Begünstigte durch unbeschränkte wörtliche Anwendung derselben nicht vielmehr einen Nachtheil leide [...] C) Was erworbenen Rechten dritter Personen schadet, soll im Zweifel stets als erschlichen und unbeabsichtigt, mithin als nicht gesagt betrachtet werden. [...] daher ist jeder zweydeutige Vertrag wider denjenigen auszulegen, welcher sich wider einen Anderen einen Vortheil anmaßen und dessen Vermögen verringern will.“

³⁰⁸ Aber wie gesagt, war das aus innerer Reflexion des Richters in seiner Lebenswelt hervorgehende Wahrheitsmoment ursprünglich dasjenige, was Savigny selbst in seiner Volksrechtslehre entwickelt hatte; obwohl er diese Ansicht in seiner Gesetzesauslegungslehre nicht konsequent durchsetzen konnte. Hinsichtlich des Systembegriffs ist die Ansicht des Literaturkritikers *Michail Bachtin*, *Die Ästhetik des Wortes* (1979), S. 93, aufschlussreich: „Ein Ganzes wird dann mechanisch genannt, wenn seine einzelnen Elemente nur in Raum und Zeit durch äußere Verbindung vereinigt und nicht von der inneren Einheit des Sinns durch-

Am Ende dieser Etage ist klar: Thibauts Denkhorizont über die juristische Hermeneutik geht über den von Savigny weit hinaus, und zwar in seinem theoretischen Grundpotenzial. In dem Sinne, dass bei Thibaut als Grundkennzeichen der rechtlichen Wahrheit statt der Auffassung einer bloßen Absicht des Redner in irgendeinem System, die von Savigny als (objektiv vorhandener) Denkinhalt bezeichnet wurde,³⁰⁹ die Grundbezogenheit solcher prinzipiellen Konsequenz auf die Sinndeutung in der geteilten Lebenswelt (unter dem Gesetzgeber und dem Richter und dem allgemeinen Volk) dargestellt wird, leistet er einen theoretischen Beitrag, der heutzutage noch von wesentlicher Bedeutung ist, also das, was von Savigny zwar erwartet wurde, ihm aber nicht gelang.

4.8.6 Etage II: Thibauts positivistische Selbsteinschränkung bei seinen allgemeinen hermeneutischen Ansätzen

Thibaut und Austin hatten als Rechtspositivisten der Neuzeit – anders als beim sogenannten wertneutralen, rein deskriptiven Rechtspositivismus von Hart – in ihren Theorien einige bestimmte wertende und politische Orientierungen. Bereits zuvor kamen schon zwei Grundansätze jener Art von Austin zur Sprache, nämlich der aufklärerische Regelutilitarismus einerseits und der konservative Autoritarismus andererseits, die jeweils gekennzeichnet sind durch „long-term“ des rationalen Kalküls einzelner Handlungen auf der institutionellen

drungen sind. Die Teile eines solchen Ganzen sind, wenngleich sie nebeneinander liegen und einander berühren, einander in sich selbst fremd.“

³⁰⁹ Zur inneren Identität der Terminologie der Absicht und der des Gedankens siehe etwa *Thibaut, Auslegung*, S. 112: „Versteht man nun das Gesetz nicht von dem Gesagten, sondern von dem Gedachten, so ist nichts dagegen einzuwenden, weil die Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers ohne Einschränkung erlaubt ist.“

Ebene und durch das Verlangen des Volks nach Achtung der politischen Macht „as it is“. Ob sich bei Thibaut auch solche politischen Orientierungen finden, kann hier nicht ausführlich erörtert werden.

4.9 Gesetz als ein öffentliches Versprechen

Bisher wurde gezeigt, dass Thibaut derjenige ist, der zuallererst die allgemeine Grundlage der Gesetzauslegungslehre des Hermeneutismus erhellt hat. Aber als Rechtspositivist war er andererseits seiner politischen Idee treu, nämlich dem Primat der politischen Sicherheit einer Gesellschaft – sei es konservativ oder sei es sozial-kontraktisch liberal. Er legte auf die normative Gewissheit einer Gesellschaft, die durch die politische Macht des gerechten und autoritativen Regenten ermöglicht, dass allgemeine Staatsbürger ihr alltägliches Handlungsniveau genießen können, den allerhöchsten Wert. Das positive Gesetz stellt bei ihm vor allem nichts anderes als die rechtliche Form davon dar. Als eine Sammlung von allgemeinen Regeln einer bestimmten Art, die durch einen solchen souveränen Willen des Regenten in der Wirklichkeit aufgesetzt wurde, weist das Gesetz in diesem Sinne das allgemeine Volk sowohl auf den Inhalt als auch auf die Grenze solcher öffentlichen Handlungen hin, bei deren Überschreiten es öffentliche Schäden, wie etwa sichtbare Sanktionen verschiedener Arten, in Kauf nehmen muss. Nach Thibauts Ansicht sollen aus diesem Grund den Untertanen nicht irgendwelche zusätzliche Bürden außer den Gesetzen auferlegt werden, weil es in der Tat darauf hindeuten würde, dass der Regent durch zusätzliche, inoffizielle Befehle seine Untertanen fesseln möchte. Dieser allgemeine Umstand der souveränen Autorität mit dem Einschlag des Liberalismus ist bei den Juristen nicht weniger von Bedeutung, weil dies in Be-

zug auf die Gesetzesauslegung einige bestimmte praktische Implikationen hat.

„Wenn man von den [...] Grundsätzen ausgeht, dass der Untertan nur dasjenige als positives Gesetz zu befolgen hat, was ihm publiziert ist. [...] Geht man von dem Satz aus, dass auch aus historischen Datis der Umfang der Gesetze bestimmt werden könne; so ist eben dadurch die Gewissheit des Rechts untergraben [...] und die allgemeine Verbreitung desselben unmöglich gemacht. Die Entdeckung eines historischen Aufschlusses ist immer etwas Zufälliges.³¹⁰ [...] Würde also die Geschichte, auf welche ein einzelnes Gesetz nicht selbst zurückweist, zur Rechtsquelle erhoben, so wäre dies in Wahrheit ebenso viel, als wenn man jedem Untertanen ein besonders Recht gäbe.³¹¹ [...] Die ganze Idee löst sich ja in [...] die einfachen Sätze auf: den Untertanen bindet zunächst nichts, als was ihm publiziert ist. Sollte er schuldig seyn, aus der Geschichte den Geist der Gesetze zu lernen, so müssten diese die Gesetze vorgeschrieben haben.“³¹²

Der Gedanke, dass das Gesetz als öffentliches Versprechen des souveränen Regenten gegenüber dem allgemeinen Volk bei Juristen möglichst in sich zu erhellen und zu erläutern und ggf. von sich selbst zu heilen sei, findet konsequenterweise auch dort Anwendung, wo der Richter bei der Zerstörung des integren Verständniszustandes der normativen Kommunikation im obigen Sinne die Absicht seines Herrn bzw. den Grund der Gesetzesvorschriften selbst untersuchen muss. Insbesondere müssen nach Thibaut rein subjektive Spekulationen des Richters über die *ratio legis*, die nicht aus dem Gesetz selbst konstruiert ist, keineswegs zur Falllösung beitragen. Denn es wäre nichts anderes als ein Abschweifen von dem, was zwischen dem Herrn und dem Volk vereinbart worden ist. Um an der dunklen Stelle des Gesetzes solche Abwege zu vermeiden, spielt die richterliche Rundschau über den inneren Zusammenhang von Gesetzsschriften eine wesentliche Rolle:

³¹⁰ Thibaut, Auslegung, S. 29.

³¹¹ Thibaut, Auslegung, S. 30 f.

³¹² Thibaut, Auslegung, S. 35.

„[...] ebenso wenig [...] kann dies (der Grund eines Gesetzes, die besondere Absicht des Gesetzgebers) durch sogenannte conjecturen geschehen [...] und wohin würde unsere Gesetzverfassung gerathen, wenn alles, was man über die Gründe der Gesetze geträumt hat, wirklich zur Anwendung gebraucht würde! Ein weiser Regent kann dem Richter diese Willkür nie einräumen.³¹³ [...] Werke, in denen es auf jeder Seite von willkürlich ersonnenen Conjecturen über die Gründe der Gesetze wimmelt [...] und der Hang zu Vermuthungen [...] ist bey vielen so weit gegangen, daß man sich gar nicht einmal die Mühe gab, die in den Gesetzen selbst angegebenen Gründe zu Rathe zu ziehen, und gegen diese die erträumten Hypothesen aufzugeben.³¹⁴ [...] Auf welche Weise [...] in den Gesetzen die Gründe derselben, und die Absicht des Gesetzgebers aufgefunden werden können [...] entscheidet häufig der Zusammenhang, die Vergleichung aller einzelnen Theile desselben, sehr viel; [...] denn welcher Gesetzgeber war wohl je der Sprache genug gewachsen, um in Einem Satz auf Einmal seine ganze Absicht bestimmt auszudrücken?³¹⁵ [...] Da alles, was in den Gesetzen enthalten ist, zur Kenntnis des Untertanen kommt, so kann natürlich das eine Gesetz auch durch die einem Andern enthaltenen Äußerungen des Gesetzgebers aufgeklärt werden.“³¹⁶

Welche Einflüsse die Ansätze von Thibaut auf Savignys Gedanken über das logische bzw. das systematische Element der Gesetzesauslegung ausgeübt hat, muss hier offen bleiben. In der Tat scheint aber eine solche Objektivitätserfahrung im schwachen Sinne, die der Richter ohne Betrachtung über irgendwelche aktuellen Fälle durch die allgemeine Untersuchung des inneren (logischen) Zusammenhangs mehrerer Vorschriften auf institutionellem Niveau innerhalb eines Gesetzes hat, grundsätzlich etwas mit dem zu tun zu haben, was Savigny durch sein Systemdenken ausdrücken wollte. Insofern ergänzen sich die Gedanken Savignys und Thibauts.

Sofern nach Austins Denken das positive Recht nur durch die aktuelle Macht und den empirischen Willen des souveränen Gesetzgebers gebildet und gehalten wird, muss bei der

³¹³ Thibaut, Auslegung, S. 36.

³¹⁴ Thibaut, Auslegung, S. 37.

³¹⁵ Thibaut, Auslegung, S. 38 f.

³¹⁶ Thibaut, Auslegung, S. 39.

richterlichen Gesetzesauslegung, d.h. dort, wo ein solcher integrierter Zustand gestört worden ist, die Untersuchung des Willens seines Herrn allen anderen Punkten vorgezogen werden. Daraus ergibt sich eine wesentliche Einschränkung: Zwar muss der Wortsinn des Gesetzes im Sprachgebrauch – generell oder speziell – möglichst beachtet werden, weil es der erste Index ist und sein soll, durch den das allgemeine Volk von seinem Regenten seine Handlungsmaßstäbe zur Kenntnis nehmen kann. Aber er ist auf keinen Fall der letzte Index, bei dem der Richter innerhalb eines Gesetzes durch solche Untersuchungen daneben eventuell andere, stärkere Beweise gefunden hätte, durch die er sich selbst vom wirklichen Willen seines Herrn noch besser überzeugen kann:

„1) Der Wortverstand ist dasjenige, worauf der Jurist zunächst verwiesen ist. Und nur dann kann ausnahmsweise die logische Auslegung angewandt werden, wenn alle Bedingungen derselben eintreten, sind aber diese vorhanden, so ist das Resultat, welches der Geist der Gesetze ergiebt, unbedingt dem Resultat des Wortverstandes vorzuziehen. 2) Collidiert die speciell erkannte Absicht des Gesetzgebers mit dem, was in Rücksicht der Absicht desselben vorauszusetzen ist, so geht jene vor, weil das erwiesene Factische demjenigen, was im Zweifel präsumiert wird, überall vorgeht. 3) [...] die ausdehnende Erklärung, von der hier allein die Rede seyn kann, beruht ja, [...] auf der Hauptidee, dass der Gesetzgeber zugibt, er habe etwas gedacht, was er nicht hätte denken sollen, und der Jurist sey verpflichtet, aus seiner Erfahrung die beschränkte Ansicht der Gesetzgebung zu verbessern.³¹⁷ [...] Versteht man nun das Gesetz nicht von dem Gesagten, sondern von dem Gedachten, so ist nichts dagegen einzuwenden, weil die Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers ohne Einschränkung erlaubt ist.³¹⁸ [...] Die logische Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers [...] beruht auf dem unbedingten Prinzip: Was der Gesetzgeber dachte und sagen wollte, soll als sein ausdrücklicher Wille behandelt, stets dem Wortverstande vorgezogen [...] werden.“³¹⁹

Der Richter stellt sich bei Thibaut also klar und eindeutig als der Gehilfe des politischen Gesetzgebers dar, der dazu dient,

³¹⁷ Thibaut, Auslegung, S. 124 f.

³¹⁸ Thibaut, Auslegung, S. 112.

³¹⁹ Thibaut, Auslegung, S. 45.

die unvermeidliche Beschränkung bzw. den Mangel seines Herrn als Menschen zu korrigieren bzw. zu erfüllen. Aus diesem Grund muss der Richter sich eventuell dort enthalten, wo sein Herr diese Untersuchung ersichtlich verbietet. Die juristische hermeneutische Methode wird also drastisch von der politischen Idee des positiven Rechts eingeschränkt:

„Jede ausdehnende Erklärung ist unbedingt zu werfen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, oder auf andere Weise verboten hat.³²⁰ [...] Ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne dass gerade der erste Grund desselben fort dauert: und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muss der Richter ein solches Gesetz so betrachten, wie eine Vorschrift, deren Gründe ihm unbekannt sind. [...] Denn ein Gesetz erhält seine Verbindlichkeit nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanction. Es muss also durch eine entgegenstehende Sanktion aufgehoben werden.³²¹ [...] (Auslegung aus der *ratio legis*) [...] ein wahrer Act der gesetzgebenden Gewalt [...] welcher dem Richter nur insofern erlaubt werden kann, als ihn das positive Recht namentlich dazu befugt hat.³²² [...] Nur Vernunft oder positive Gesetze können die logische Auslegung begründen. [...] weil es ja allgemeines Princip ist, dass willkürliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts die, aus der Natur der Sache folgenden Regeln in ihrer Wirksamkeit aufheben.“³²³

Es gibt keine bessere Aussage als die oben zitierte Stelle von Thibaut, welche den Grundgedanken seines politischen Positivismus prägnant repräsentiert: Der Satz „weil es [...] allgemeines Princip ist, dass willkürliche Vorschriften des [...] Rechts die, aus der Natur der Sache folgenden Regeln in ihrer Wirksamkeit aufheben“, lässt erkennen, worin der Kern des neuzeitlichen Rechtspositivismus besteht. Thibaut stand als Pionier der Gesetzesauslegungslehre des Hermeneutismus in seiner politischen Überzeugung von der Grundfunktion des positiven Rechts auf der Linie Austins. Sie sind diejenigen, die die Stabilität einer Gesellschaft durch die bürgerrechtliche Form in ihrem Herzen gehegt hatten. In der Tat

³²⁰ Thibaut, Auslegung, S. 82.

³²¹ Thibaut, Auslegung, S. 102.

³²² Thibaut, Auslegung, S. 59.

³²³ Thibaut, Auslegung, S. 42 f.

waren die beiden Autoren geistige Zwillinge. Ihre gemeinsame Leidenschaft bezüglich der Kodifikation des positiven Rechts in ihren jeweiligen Ländern, also England und Deutschland, lässt sich nur auf dieser Ebene erklären.

Kapitel 5

Phänomenologie der Rechtsgewinnung in der aktuellen Rechtspraxis: Die Entdeckung normativer Topoi und Rechtsprinzipien

1. Begriffliche Bestimmung der Notwendigkeitserfahrung im Nackten als eine Art der Objektivitätserfahrung

Nach dem langen Exkurs zum Systemdenken und der *res fungible* als ein Richterbild soll nun mit dem Hauptargument des vorangegangenen Kapitels fortgefahren werden. Dort wurde der Grundriss der allgemeinen Methode der Rechtsgewinnung durch den Hermeneutismus dargestellt. Im Anschluss soll nun die Rechtsgewinnungslehre des Hermeneutismus betrachtet werden, die insbesondere in der aktuellen Praxis kritisch angewendet wird. Aufgrund der oben dargestellten Reflexion auf die richterliche Argumentationspraxis in verschiedenen Ländern kann in der Tat nicht geleugnet werden, dass er dabei als eine besondere Art der geistigen Erfahrung eine besondere Rolle spielt. Bei den oben erwähnten Fällen – Blutübertragungsfall in Deutschland und Erbmörderfall (Elmer-Fall) in den Vereinigten Staaten, wurden solche Grunderfahrungen sehr stark vergegenwärtigt. Dabei hatten die Richter – nach der hier vertretenen Ansicht des Hermeneutismus – gemäß solcher Erfahrung retrospektiv die Ratio aus dem Recht abgeleitet, die über die Einzelheiten des Falls hinaus auf die Rechtsordnung als Ganzes einwirkt.³²⁴

Nachfolgend soll ein aktueller Fall aus Deutschland vertieft und kritisch analysiert werden, insbesondere in Bezug auf

³²⁴ Die Rechtsprinzipien im Blutübertragungsfall und im sog. „Elmer Case“ sind von den Richtern aufgrund ihrer eigenen aktuellen Notwendigkeitserfahrungen holistisch konstruiert worden.

die Notwendigkeitserfahrung im Nackten. Denn dies trägt im Wesentlichen zur Veranschaulichung dessen bei, wie die Methode des prinzipiellen Denkens des Hermeneutismus im Konkreten vorgeht und wie sie von der Methode des aktuell in Deutschland geltenden, überlieferten kodifizierten Systemdenkens abweicht.

1.1 Die Grundmerkmale der Notwendigkeitserfahrung im Nackten

Zunächst soll das Eigentümliche an einer solchen Grunderfahrung im Nackten präzisiert werden, denn die Bejahung ihrer Existenz bildet den Anfangsgrund, durch den das prinzipielle Denken des Hermeneutismus überhaupt erst initiiert werden kann. Oben wurden bereits drei ihrer Merkmale dargestellt: Unmittelbarkeit, Selbständigkeit und Reinheit. Zum ersten Merkmal ergab sich die Möglichkeit einer solchen Erfahrung ursprünglich aus der unmittelbaren Reflexion des betrachtenden über seine Lebenswelt, der auf irgendeine Autorität bzw. Konventionalität nicht selbst angewiesen ist. Die ihm aus dieser Grundbedingung wirklich erscheinende unmittelbare geistige Erfahrung stellte sich zugleich aber aus einem anderen Blickwinkel bereits als eine Art normativen Denkens dar, das ohne irgendwelche äußeren Erwägungen rein und selbständig vorgeht. Der Inbegriff dafür wurde ebenfalls bereits erwähnt: die Aequitas. Austin beschreibt diesen Aspekt folgendermaßen:

„Equity often signifies judicial impartiality: [...] which is practised by judge, when they administer the law, agreeably to its spirits or purport, uninfluenced by extrinsic considerations.“³²⁵

Zu den oben genannten drei Hauptmerkmalen der Normativitätserfahrung im Nackten muss ein viertes – und vielleicht

³²⁵ Austin, Lectures, S. 580.

das wichtigste – addiert werden, das auf den ersten Blick von heteronomem Charakter sein dürfte, und zwar das gemeinsame Gefühl. Bei der Vergegenwärtigung der erwähnten beiden Rechtsfälle (Blutübertragungsfall und Elmer-Fall) wird festgestellt, dass das innere Gefühl irgendeiner normativen Gebundenheit so mächtig ist, dass es fast notwendig dazu führt, ihm das Prädikat der Gemeinsamkeit zuzuschreiben, obwohl es eventuell weder durch Konventionen noch durch physikalische Zwangskräfte institutionell anerkannt worden ist. In den Argumenten zu jenen Rechtsfällen kommt etwa ein solch ursprüngliches gemeinsames Notwendigkeitsgefühl zum Ausdruck.

Ein derartig starkes Notwendigkeitsgefühl, das sich grundsätzlich von seiner Sache aus auf die Gemeinsamkeit richtet, ist etwas, was aus dem Sachverhalt selbst hervorgeht. Dieser erscheint dem Betrachter nämlich quasi als eine Art der Welterfahrung, etwa wie sich ein Kunstwerk dem Betrachter als Welterfahrung zeigt. Es berührt, sobald der Sachverhalt im Konkreten entwickelt ist, ohne Weiteres das tiefste Innere des Menschen in Gemeinsamkeit, sodass diesem unmittelbaren und ursprünglichen Gefühl das Prädikat des Nackten zuzuschreiben ist.

Da eine solche Normativitätserfahrung im Nackten auf diese Weise sowohl mit dem normativen Denken in Reinkultur als auch mit dem praktischen Gefühl in Gemeinschaftlichkeit wesentlich zu tun hat, ist eine Warnung hinzuzufügen: Die Behauptung, dass die Notwendigkeitserfahrung im Nackten aus dem starken, unmittelbaren Notwendigkeitsgefühl besteht, ist keine Tautologie, sondern per se eine sinngebende Aussage. Denn die Kategorie der geistigen Erfahrung (des Einzelnen) ist hierbei einerseits sowohl kognitiv als auch emotional, andererseits nicht privat, sondern gemeinschaft-

lich zu verstehen. Nun können diese Grundbetrachtungen in die oben geschilderte Terminologie der *Aequitas* integriert werden, um die Grunderfahrung im Nackten vollständig zu bestimmen. Sie besteht aus der *necessitatis opinio*, die sich sowohl kognitiv als auch emotional auf die *Aequitas* richtet.

1.2 Drei Kategorien der Objektivität und der Begriff der starken Objektivitätserfahrung

Die Kategorie der geistigen Erfahrung einer besonderen Art kann darüber hinaus unter einem anderen Gesichtspunkt dem Grundprädikat der Objektivität zugeschrieben werden, und zwar aus dem folgenden Grund: Ein solches starkes Gefühl zur Notwendigkeit erscheint dem Menschen genauso unmittelbar, wie die äußere Welt bzw. die rein konventionelle Regel der Muttersprache ihm stets unmittelbar erscheint. So sind die Menschen aufgrund der drei ursprünglichen Grunderfahrungen – also die geistige Erfahrung des Daseins einer ihm dargestellten äußeren Welt, die des Daseins einer ihm dargestellten Sprache und letztendlich die des Daseins einer ihm dargestellten praktischen Notwendigkeit im Konkreten – *in communitio* dazu fähig, irgendein kollektives Unternehmen gemeinsam zu initiieren bzw. es in die Wirklichkeit umzusetzen.³²⁶

Da die vorliegende Arbeit auf diesem Grundansatz zum ursprünglichen Objektivitätsbegriff auf drei Ebenen basiert, wird der Begriff der Normativitätserfahrung im Nackten von nun an durch den Begriff der starken Objektivitätserfahrung ersetzt. Der Grund dafür findet sich darin, dass Austin und Hart als Positivisten glaubten, das Wesen des positiven

³²⁶ Die Geschichte vom Turmbau zu Babel (vgl. Kapitel 1) eignet sich am besten zur Veranschaulichung des hier vertretenen Gesichtspunkts des Pragmatismus beim Objektivitätsbegriff.

Rechts jeweils in zwei Instanzen der damit verknüpften Objektivitätserfahrung von Menschen gefunden zu haben, nämlich in der Objektivitätserfahrung des Daseins der äußeren Zwangskraft des positiven Rechts und in der des Daseins der kollektiven Ansicht in irgendwelchen Denkgewohnheiten dazu.³²⁷ Beide Autoren, aber insbesondere Hart, haben dabei die andere Ebene der Objektivität, die im Bereich des positiven Rechts in der Tat als einziger Normativitätsstifter im echten Sinne anzusehen ist – also die der normativen Überzeugung in Gemeinsamkeit in der Reflexion dazugehörigen Einzelnen – für irrational gehalten und aus dem Bereich der wissenschaftlichen Betrachtung ausgeschlossen. Dies geschah, obwohl sie nicht nur im positiven Recht, sondern auch in allen anderen Handlungsbereichen als unsichtbare soziale Kraft auf die kollektive Existenz des Menschen eine mächtige Wirkung ausübt. Verhielte es sich tatsächlich so, wäre zu fragen, ob die Quelle für solche Einseitigkeit des Positivismus nicht das rein quasi-szientifische Vorurteil ist. Wird die Sache ohne dieses fatale Vorurteil betrachtet, lässt sich bald erkennen, dass es keinen Grund gibt, dass die dritte Objektivitätsebene zur konkreten Notwendigkeit zu verachten. Ganz im Gegenteil: Nur darin liegt das Grundmotiv, die Jurisprudenz heutzutage – d.h. die Philosophie des positiven Rechts – erneut zu begründen.

³²⁷ Insbesondere Hart stellte in seiner sog. „Rule of Recognition“ über die normativen Gegebenheiten im ursprünglichen positiven Recht eine lange Spekulation an. Dabei bestand er darauf, dass eine solche Identifizierung bei jedem Betrachter rein wertneutral vor sich geht, weil sich ihm jene normativen Gegebenheiten ursprünglicher Art ohne bewertenden Akt schon quasi als ein schlichtes Faktum mechanisch darstellten. Allerdings wurde in dieser Arbeit bereits gezeigt, dass eine derartige rein wertneutrale Existenzidentifizierung eines Rechtssystems per se notwendig das Problem der Selbstentfremdung des Betrachters initiiert, was die Plausibilität der positivistischen Doktrin sehr fragwürdig macht.

2. Die starke Objektivitätserfahrung im Nackten

Im Jahr 1976 hatte ein 13-jähriges Mädchen einen Sportunfall erlitten und wurde an der linken Niere verletzt.³²⁸ Der damals untersuchende Arzt entfernte sie in einer Operation. Kurz darauf wurde aber bei einem akuten Nierenversagen festgestellt, dass das Mädchen in der Tat von Geburt an nur diese eine, jetzt entfernte Niere hatte. Vor diesem Hintergrund entschloss sich die Mutter des Mädchens nach der Beratung in einem anderen Krankenhaus, ihrer Tochter eine von ihren Nieren zu spenden. Zwar hatte das Mädchen für den Verlust seiner einzigen Niere vom schuldhaften Krankenhaus Schadenersatz erhalten, aber die Mutter, die durch die Transplantation eine von ihren Nieren zwangsläufig opfern musste, wollte durch Rechtsprechung sicherstellen, dass jenes Krankenhaus auch für die in Zukunft eventuell aus dieser Operation bei ihr auftretenden Nebeneffekte zu haften hat.

Auf die Frage, ob ihr jenes Recht zustehe, gab es im damaligen BGB keine klare Vorschrift. In der Tat ist auch im jetzigen BGB zu dieser marginalen Fallgruppe keinen direkten Hinweis, ob und welche rechtlichen Ansprüche ihm (oder ihr) möglicherweise zustehen. Im Deliktsrecht erließ der Gesetzgeber lediglich allgemeine Vorschriften, die sich auf jene Gruppe nur vage beziehen. Bei diesem Transplantationsfall handelt es sich um einen sogenannten unbestimmten Bereich des positiven Gesetzes. Hier taucht die Frage auf, wie und nach welchen normativen Maßstäben der Richter seinen Fall zu lösen hat und ob er etwa angesichts solcher Unklarheit des Gesetzes zugunsten des Beklagten, also für das Krankenhaus, sprechen kann, oder trotz solcher normativen

³²⁸ BGHZ 101, 215.

Vagheit dazu verpflichtet wäre, für die Mutter zu sprechen, die anlässlich der groben Nachlässigkeit des Krankenhauses hinsichtlich der Operation ihrer Tochter in Wut geraten war. Allgemein fragt sich, ob es in einem solchen mangelhaften Bereich des positiven Gesetzes noch eine bestimmte normative Orientierung gibt, der sich der Richter sich fügen soll.

2.1 Lücke, Unbestimmtheit und die sogenannte grammatische Gesetzauslegungskunst

Dieser und der oben erwähnte Fall der Blutübertragung spiegelt eine verdunkelte Seite des kodifizierten deutschen Bürgerrechts wider. Diese Gesetzesdunkelheit unterteilt die traditionelle Methodik grundsätzlich in Lückenbereich und Unbestimmtheit. Nach dieser Einteilung würde der Blutübertragungsfall zum (sogenannten) Lückenbereich und der Nierentransplantationsfall zur Unbestimmtheit gehören. Die Gesetzeslücke tritt in der Regel dann auf, wenn im Allgemeinen angenommen wird, dass sich der Gesetzgeber im Zeitpunkt seiner Normsetzung überhaupt nicht vorstellen konnte, dass der aktuelle Sachverhalt in der Realität zum Vorschein kommt. Dagegen kommt die Gesetzesunbestimmtheit dann in Betracht, wenn es eher auf die strategische Unbestimmtheit des Gesetzgebers selbst ankommt; d.h. er mag zwar die Möglichkeit der Entstehung solcher marginalen Fallgruppen im Voraus antizipiert haben, versagt aber aus irgendwelchen Gründen die sie regulierenden konkreten Hinweise bzw. Maßstäbe, indem er die Konkretisierungsaufgabe den Richtern überlässt. Freilich kann an diesen zwei deutschen Fällen nicht mit Gewissheit auf alternative Weise festgestellt werden, welcher Fall zur Gesetzeslücke und welcher zur Gesetzesunbestimmtheit gehört. Denn ein solches Urteil hängt grundsätzlich davon ab, wie sich der betrachtende Richter bei der

Lektüre des Gesetzestextes in die innere hermeneutische Perspektive des Gesetzgebers hineinversetzt.

Daher ist näher zu betrachten, inwiefern eine grundsätzliche Bezogenheit zwischen dieser Dunkelheit des Gesetzes und der sogenannten grammatischen Auslegung besteht und ob sich die sogenannte Lücke bzw. Unbestimmtheit eines Gesetzes eigentlich durch den möglichen Wortsinn – wie die herrschende Meinung behauptet, voneinander abgrenzen lässt. Um herauszufinden, ob die grammatische Auslegung den möglichen Wortsinn des Gesetzestextes bestimmt, muss zunächst festgestellt werden, ob dem Wort selbst überhaupt ein vom Redekontext getrennter per se objektiver Sinn innewohnt oder an jener Stelle nur die hermeneutische Betrachtung des Richters über das, was der Gesetzgeber in seinem Text maßgeblich, d.h. durch die darin klar enthaltenen Standardfallgruppen als normative Vorstellung aufgestellt hat.

Um diese Differenz der Perspektiven klar zu begreifen, ist zunächst noch konkreter darauf einzugehen, inwiefern mit Gewissheit festgestellt werden, dass der § 823 BGB „Wer [...] die Gesundheit [...] eines anderen [...] verletzt“ den Blutübertragungsfall überhaupt nicht subsumiert. Wird in diese Vorschrift beim Lesen etwas hineingelegt, z.B. „Wer [...] die Gesundheit [...] eines anderen im Ergebnis (oder tatsächlich) verletzt (hat)“, würde der Fall klar und eindeutig unter den Wortlaut jener Vorschrift subsumiert. Es käme damit kein „hard case“ aus den Gesetzeslücken in Betracht, sondern lediglich ein „easy case“, der sich in der zentralen Dogmatik befindet.

Statt dieser seltsamen hermeneutischen Vorstellung greift fast unbewusst eine andere, und zwar eine mit ihr widerstrebende, geläufige hermeneutische Perspektive. Es wird still-

schweigend vorausgesetzt, dass die widerrechtliche Handlung des Angeklagten grundsätzlich auf den Kläger unmittelbar oder zumindest zeitlich nicht weit entfernt und einwirken muss. Hinzu kommt die wesentliche hermeneutische Vorstellung, dass der Gesetzgeber bei der Konzipierung des Textes als Verletzungsobjekt, gegen das die widerrechtliche Handlung gerichtet war, nur die Person gemeint haben müsste, die (schon) in Fleisch und Blut in der Welt ist.

2.2 Kein Wortsinn, sondern Textsinn

Hierbei ist entscheidend, dass es bei den allgemeinen Auslegungen irgendeines fremden Denkens gar keinen Wortsinn gibt, der sich ohne diese vorangehenden hermeneutischen Vorstellungen im konkreten Kontext nur durch den Rekurs auf rein semantische Regeln im Sprachgebrauch selbst – quasi wie lexikalische Erklärung – erklären lässt. In diesem Sinne muss als Grundlage der Vorbestimmung der qualitativen Beschaffenheit eines Gesetzes zur Feststellung einer Lücke bzw. Unbestimmtheit darin statt eines möglichen Wortsinns der mögliche Textsinn benutzt werden, um sich jener Aspekte klar bewusst zu sein.

In der Tat wirft der positivistische Aberglaube, dass es ohne eine derartige hermeneutische Integration zwischen dem Richter und dem Gesetzgeber eine vom Text getrennte, per se objektiv da seiende semantische Regel gibt, die diesen Textsinn von außen her bestimmt, einen so großen Schatten auf das juristische Denken, dass es für die Juristen sehr schwierig ist, sich dessen im normalen Denkvorgang in der Praxis kritisch bewusst zu werden. Der Anschein semantischer Regeln, der sich grundsätzlich aus den generativen Regeln der Muttersprache quasi automatisch ergibt, ist nämlich das Grundwesen dessen, was der Positivismus als

grammatische Auslegung bezeichnet. Auch wenn die grammatische Auslegung nicht per se eine selbständige Instanz der Gesetzesauslegung darstellen kann, gerät dies häufig in Vergessenheit. Hierzu gibt es ein anderes klassisches Beispiel im deutschen Strafrecht, das durch Karl Engisch bekannt wurde.³²⁹ Es handelt sich dabei um zwei widerstreitende grammatische Auslegungen des höchsten Gerichts, die sich auf den Sinn des umschlossenen Raums des § 243 StGB beziehen. Bei einem früheren Urteil hatte das Reichsgericht die grammatische Auslegung „[...] umgrenzte Teile der Erd- oder Wasserfläche“, (RGSt 71, 198), verwendet. Bei dem zweiten Urteil des Bundesgerichtshofs aber die Formulierung „[es ist] das Raumgebilde, [...] das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit einer (mindestens teilweise künstlichen) Vorrichtung umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren soll (BGHSt 1, 158 ff.)“ eingesetzt. Allerdings lässt sich daran aber nur erkennen, wie unterschiedlich diese beiden Gerichte entschieden haben. Niemand würde ernsthaft daran zweifeln, dass es sich dabei gar nicht um reine Anpassung an den veränderten Sprachgebrauch handelt, sondern um den politischen Anspruch zur Regulierung der schnell wachsenden Anzahl von PKW-Diebstahlsfällen bzw. um den systematischen Status der betroffenen Regulierung in Bezug auf die §§ 242 und 244.

2.3 Grammatische Auslegung, Unsinn und Thibaut

Auf diese grundlegende Ansicht des Hermeneutismus über die Gesetzesauslegung ist schon Thibaut eingegangen. Er war nämlich der Ansicht, dass die grammatische Auslegung, anders als die Auslegung nach dem Willen des Gesetzge-

³²⁹ *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 66 f.

bers oder nach den Gesetzesgründen, von vornherein von sehr beschränkter, passiver Bedeutung ist, ausgenommen, der Richter wäre mit einem Gesetzestext in einer Fremdsprache konfrontiert, wie der neuzeitliche Richter beim C.I.C. Insofern kann ohne Übertreibung noch einmal gesagt werden, dass Thibaut ein echter Pionier der Gesetzesauslegungslehre des Hermeneutismus war:

„Denn offenbar beruht ja die ganze grammatische Auslegungskunst einzig und allein auf der Geschichte. [...] Wer uns das Römische Recht zum Studium gegeben hat, hat eben dadurch das Studium der Geschichte unvermeidlich gemacht.³³⁰ [...] Nur zum Zweck der grammatischen Auslegung haben sie das Studium der Geschichte zur Pflicht gemacht [...] aber hier der absoluten Nothwendigkeit wegen, weil [...] Kenntnis der Sprache durchaus nur allein aus der Geschichte hergenommen werden kann.³³¹ [...] Was begreift der Sprachgebrauch unter diesem Worte, oder was sollte nach dem ursprünglichen Sprachgebrauch darunter begriffen werden? [...] Dass wir mit dem Wort Analogie nicht einen Menschen, ein Tier, einen Stein bezeichnen, ist etwas ganz zufälliges.“³³²

Wie Thibaut hier andeutet, besteht der Grund, warum die sogenannte rein grammatische Auslegung keine echte Auslegung darstellt, darin, dass alle grammatischen Auslegungen, sofern sie aus dem generativen Netz der Regeln ihrer Muttersprache abgeleitet worden sind, den betreffenden Menschen spontan und schicksalhaft sowohl als Notwendigkeit wie auch als reiner Zufall erscheinen. Auch wenn der Richter dem Volk gegenüber den Sinn des Wortes aus seinem Sprachgefühl der Notwendigkeit erneut bestimmt hätte, wäre ein solches Resultat von keinem Erkenntniswert, weil sowohl der Richter wie auch jeder Einzelne im Volk grundsätzlich nicht in der Lage ist, dieses generative Sprachnetz von außen objektiv zu betrachten.

³³⁰ Thibaut, Auslegung, S. 34.

³³¹ Thibaut, Auslegung, S. 36.

³³² Thibaut, Auslegung, S. 116.

Das Resultat des bisher Erörterten weist in eine bestimmte Richtung. Der Voraussetzung der sogenannten Lückenproblematik im Gesetz, sofern sie – wie der Positivismus stillschweigend annimmt – als sich rein sprachlich ergebend verstanden wird, muss grundsätzlich als Pseudo-Problematik abgesagt werden. Es gibt nämlich keine Lücke in dem sich aus dem Sprachnetz ergebenden Rechtsnetz, sondern nur eine Unbestimmtheit dessen, was der Mensch in der Gegenwart durch die hermeneutische Kommunikation mit dem Menschen in der Vergangenheit auf sich bezieht.

Dworkin sieht in den „hard cases“, in denen der Richter heutzutage bei seiner Urteilsbegründung Schwierigkeiten hat, keine Porosität im Sprachgebrauch und die daran geknüpfte Gesetzeslücke, sondern die strategische Unbestimmtheit des Gesetzgebers selbst, die vom Richter durch sein hermeneutisches Unternehmen zu konkretisieren ist:

„In a modern legal system hard cases typically arise, not because there is nothing in the rule book that bears on the dispute, but because the rules that are in the book speak in an uncertain voice.“³³³

3. Der Sinn der Objektivitätserfahrung im Nackten

Im oben dargestellten Nierentransplantationsfall weist eine andere Normativitätserfahrung im Nackten stark auf eine bestimmte normative Orientierung hin. Der Anspruch, den die Mutter beim BGH geltend gemacht hatte, erregt ein starkes Notwendigkeitsgefühl einer ursprünglichen Art und führt sofort zu dem Gedanken, ihr Anspruch habe einen bestimmten Rechtswert, der keineswegs vom Gericht abzuschätzen

³³³ Dworkin, MP, S. 13.

sei.³³⁴ Es gibt nichts Besseres als die Existenz einer solcher geistigen Erfahrung im Nackten, die erkennen lässt, wie der sich darstellende hermeneutische Raum auf aktuelles Denken und Handeln auswirkt.

3.1 Der hermeneutische Raum und die Existenz der Normativitätserfahrung im Nackten

Wie schon im dritten Kapitel ausführlich gezeigt wurde, besteht das Wesen der Gewohnheitsregel bzw. des Gewohnheitsrechts auf keinen Fall in irgendwelchen kollektiven Handlungsgewohnheiten, sondern in der daran innerlich geknüpfte, stillschweigend fungierenden Ratio, also in der darin verkörperten gemeinschaftlichen normativen Überzeugung, in der die Willkür des Einzelnen keine Rolle spielt. Die geistige Erfahrung im Konkreten und Nackten eröffnet durch das aktuelle Eintreten des Sachverhalts einen normativen Horizont, in dem sie zugleich an das eigene starke Gefühl der Gerechtigkeit appelliert.

Die in Handlungsgewohnheiten verkörperte Ratio und die Objektivitätserfahrung im Nackten sind in der Tat einzigartige Normativitätsträger, die eine Gesellschaft zu einer geistigen Einheit in einem gemeinschaftlichen Leben unsichtbar verbindet. Deswegen erhebt sich dort, wo Handlungsnormen durch eine Gewohnheit bzw. Zwangskraft des Staats noch nicht etabliert sind, die Objektivitätserfahrung im Nackten in ihrer eigentümlichen Funktion.

Je mehr und häufiger die Mitglieder einer Gesellschaft durch die Teilnahme an einem Rechtsdiskurs über die inneren Normen ihrer Gesellschaft nachdenken können, desto größer

³³⁴ In der Tat wurde der Anspruch der Mutter in allen drei Instanzen anerkannt.

wird die Möglichkeit zur Regenerierung ihres eigenen normativen Selbstverständnisses.³³⁵ Durch den Begriff der Handlungsantizipation in der gemeinsamen normativen Überzeugung lässt sich nämlich ein wesentlicher Aspekt solcher Objektivitätserfahrung im Nackten erklären. Die Bedeutung der gegenseitigen Handlungsantizipation in gemeinsamer normativer Überzeugung wurde auch von Austin bemerkt, obwohl er mit der Stimme seiner Gegner spricht, die für das Gewohnheitsrecht plädiert haben:

„Now where a rule of judiciary law has been thus anticipated, it may not have the effect of an ex post facto law with reference to the case by which it is introduced. For though the parties to the case have not been forewarned by the legislature, they may have been forewarned by the opinion or practice of those [...] the tribunals commonly follow [...] They could not have guided their conduct by the actual law, but they might have guided their conduct by what it probably would be.“³³⁶

Es ist eine banale, heutzutage vom Schleier des sogenannten extremen Liberalismus bedeckte Grunderkenntnis, dass sich in der Lebenswelt kein Raum dafür findet, das eigene Interesse auf blinde und egoistische Weise wie in einem normativen Vakuum zu suchen, sofern dies den vereinbarten sozialen und rechtlichen Normen entgegensteht.³³⁷

3.2 Die normative Überzeugung im Nackten

Die Lebenswelt, die durch sinngebende Tätigkeiten ständig zu erfüllen ist und insofern für alle als die Gestalt des hermeneutischen Raums objektiv da ist, kennt im positiven Recht und in anderen normativen Gegebenheiten wie die

³³⁵ In den aktuellen Rechtsdiskursen ist eine Gemeinschaft nicht selten Herausforderungen ausgesetzt, die das Selbstverständnis einer Gesellschaft erschüttern.

³³⁶ Austin, *Lectures*, S. 651 f.

³³⁷ Die Bedeutung der im ganzen römischen Recht herrschenden Idee der *bona fide*, die in die Dogmatik des BGB übernommen worden ist, wurde vor allem von Cicero veranschaulicht.

Moralität keine sogenannte Lücke, in der frei von einer solcher anziehenden Kraft der gegenseitigen Handlungsantizipation rein willkürlich gehandelt werden kann.³³⁸

4. Der Anspruch auf Volksmäßigkeit von Rechtsprinzipien

Der Grundanspruch der normativen Antizipation in nackter Normativitätserfahrung bringt ihrem Wesen nach ein spezifisches Gefühlsmoment mit sich. Ein solches emotionales Moment ist, anders als das rein kognitive, systematische Moment, etwas, das sich über den Richterstand hinaus auf das allgemeine Volk universal auswirkt. Die in den oben dargestellten Fällen (Blutübertragung und Erbschaft) von Richtern ausformulierten Rechtsprinzipien sind diejenigen, in welche diese zwei Grundmomente – gegenseitige Handlungsantizipation und Gefühlsmäßigkeit unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Bürger – integriert sind. Sie werden im Folgenden einheitlich als volksmäßiger Charakter der Rechtsprinzipien bezeichnet.

In Bezug auf die Ausformulierung von Rechtsprinzipien betont Thibaut mit klarer Sprache jenes gefühlsmäßige, anschauungskräftige Moment der richterlichen Rechtsgewinnung. Überdies hat er vorausschauend das heutzutage in der deutschen Rechtspraxis herrschende rein intellektuelle Moment des Systemdenkens kritisiert, das vor allem auf die Deduktion aus technischen Begrifflichkeiten und künstlichen Rechtssätzen angewiesen ist:

³³⁸ Das Richterbild von Montesquieu (*la bouche de la loi*), das in der Neuzeit die herrschende geistige Strömung des optimistischen Rationalismus widerspiegelt, steht dem hier dargestellten Bild des Richters als Entdecker bzw. Verfechter der Bürgerrechte aus reflexiver Gemeinschaftlichkeit einer Gesellschaft entgegen.

„[...] Wenn man bey diesen verschiedenen Theorien sein Gefühl an einzelnen Beyspielen prüft.³³⁹ [...] Indes will ich damit keineswegs gesagt haben, dass alles Selbstdenken [...] nichts anders, als *a priori* geschehen kann. Ich bin vielmehr der Meynung, dass es in vielen Fällen äusserst vortheilhaft ist, wenn der Jurist zunächst nur sein Gefühl zu Rathe zieht, und von diesem gleichsam die allgemeinen Grundsätze abstrahiert. [...] Der Verstand wird in der Regel immer den Grundsatz, welchen das Gefühl in den Entscheidungen ausgedrückt hat, annehmen müssen, und vieles entdecken, worauf ihn ein blosses systematisches Raisonement nie geführt haben würde.³⁴⁰ [...] Aus diesem Grund wird [...] auch immer der gelehrte Civilist, welcher das Römische Recht in allen seinen Theilen kennt, und durch Zusammenhäufung vieler Wahrscheinlichkeiten Gewissheit zu schaffen im Stande ist, mehr Licht über seine Wissenschaft verbreiten, als der Mann von dem entschiedensten Genie, welcher sich auf keinen Apparat von Gelehrsamkeit stützen kann.“³⁴¹

5. Die volksmäßige Gewinnung von Rechtsprinzipien

Mit demselben Nachdruck wie bei Thibaut ist der volksmäßige Charakter der Rechtsgewinnung durch das prinzipielle Denken, welches durch technische Abstraktion zustande gebracht wird und insbesondere dem Systemdenken entgegensteht, zu betonen. Im Gegensatz zur Common-Law-Praxis in England, wo der Richter seine eigene Rechtsüberzeugung im Diskurs mit seinen Richterkollegen frei und argumentativ – vornehmlich durch praktische Analogie – darstellt und die daraus resultierende, im Votum beschlossene Rechtsentscheidung zusammen mit dem lebendigen Diskursvorgang in lebendiger Volkssprache („the spoken English“) in der Öffentlichkeit protokolliert wird,³⁴² lässt sich in Deutschland³⁴³ noch

³³⁹ Thibaut, Auslegung, S. 91.

³⁴⁰ Thibaut, Auslegung, S. 137.

³⁴¹ Thibaut, Auslegung, S. 138.

³⁴² Als Musterfall gilt der Argumentationsvorgang, der von englischen Richtern am „McLoughlin-Case“ lebendig dargestellt wurde, dazu ausführlich unten.

³⁴³ In England spricht bei Bürgerrechtsfällen in der Regel nur ein Richter, in der zweiten Instanz sprechen drei Richter und in der

heutzutage die starke Tendenz beobachten, die Entscheidung in einem argumentativen Stil darzulegen, der nur den Fachjuristen zugänglich und damit für Rechtslaien nur schwer verständlich ist. In der Folge geraten die Rechtsparteien sehr häufig in ein Unverständnis bezüglich ihrer dauerhaften und lebenswichtigen Streitigkeit.³⁴⁴

5.1 Zur Frage des Juristenformalismus

Ein Nebeneffekt dessen geht aber offensichtlich darüber hinaus: Ein solches hochtechnisiertes Argument in juristischem Stil hat nämlich auch einen Sinn, sowohl für die gegenwärtige Öffentlichkeit als auch für die zukünftige Rechtsentwicklung. Denn die normativen Topoi, die in der Notwendigkeitserfahrung im betroffenen konkreten Rechtsfall als Keim

dritten Instanz insgesamt fünf Richter Recht. Dabei bilden sie in allen Instanzen ein Richterkollegium, wo sie ihren Kollegen gegenüber ihre eigene Rechtsüberzeugung darstellen. Grundsätzlich geben alle Richter ihre eigenen Gutachten ab. Hauptsächlich dadurch lässt sich die englische Rechtspraxis von der deutschen unterscheiden. Die deutschen Gutachten unterscheiden sich auch darin, dass sie geschrieben werden, als sprächen die Richter noch aus dem aktuellen Diskurs. Diese Art und Weise der Rechtsprechung bringt nämlich einen großen Vorteil mit sich. Derjenige, der an dem Diskurs nicht teilgenommen hat, wird wohl nachvollziehen können, wie er tatsächlich verlaufen ist. Oben (s. „Idee der doppelten Rekonstruktion“) wurde dieser Punkt schon einmal kurz erwähnt. Dagegen liefert der Senat – also das Richterkollegium – sowohl in Deutschland als auch in Südkorea für einen Fall grundsätzlich nur ein Rechtsargument, allerdings mit Ausnahme des Verfassungsgerichtshofs. Daher lässt sich in einem Rechtsfall grundsätzlich keine Auseinandersetzung unter den Richtern beobachten. Dies führt dazu, dass dem Leser der Entscheidung die Chance entzogen wird, durch die Konfrontation mit der Gegenansicht den gesamten Sachverhalt noch einmal kritisch zu betrachten. Deswegen passt der Ausdruck „Rechtsargument“ besser als „Rechtsdiskurs“ auf die Justizpraxis in Deutschland.

³⁴⁴ Da das Rechtsargument übrigens in vielen Fällen durch die Anhäufung technischer Begrifflichkeiten aus dem formalen Denken künstlich erscheint, ist es für die betroffenen Parteien – meistens für die „kleinen Bürger“ – nicht selten schwer zugänglich. Infolgedessen wird die Entscheidung akzeptiert, ohne ihren Inhalt zu verstehen.

versteckt sind, können nämlich durch diesen Argumentstil in der Regel nicht aufgedeckt werden. Vielmehr verdunkelt er die Sache zusätzlich.

Im oben dargestellten Nierentransplantationsfall zeigt sich diese Verdunklung des formellen systematischen Denkens in Deutschland im Argument des BGH. Während es sich beim Blutübertragungsfall um ein positives Beispiel handelt, in dem die sich darin offenbarende Objektivitätserfahrung im Konkreten vom BGH gut erläutert worden ist, erscheint der anschließend ausführlich zu analysierende Nierentransplantationsfall dagegen als fragwürdig, und zwar unabhängig davon, dass der BGH aus dem Argument ein richtiges Resultat gezogen hatte, bei dem der Anspruch der Mutter³⁴⁵ in allen drei Instanzen akzeptiert wurde. Ihr Rechtsinteresse zur Feststellung, dass das Krankenhaus auch für die in Zukunft möglicherweise eintretenden Nebeneffekte aus der Nierentransplantationsoperation eintreten soll, wurde ohne Vorbehalt durchgesetzt. Zunächst hatte der BGH die Frage nach der sogenannten Problematik der rechtlichen Kausalität, worauf es gerade in diesem Fall ankommt, nach der konventionell akzeptierten Schablone erörtert. Er betrachtete sie also in zwei Phasen. In der ersten Phase geht es einerseits um die allgemeine Formel der *condicio sine qua non fit*, andererseits um den sogenannten adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne der Wahrscheinlichkeit.

Im geprüften Basisrahmen befasste sich der BGH mit der zweiten Phase, in der er sein Hautargument entwickelt, nämlich das, was schon in Schrifttum und Rechtsprechungen

³⁴⁵ Ursprünglich wurde dieser Anspruch in der Tat nicht von der Mutter, sondern von ihrer Tochter geltend gemacht, die anstelle der Mutter stand. Allerdings ändert sich dadurch an der BGH-Rechtsprechung nichts.

unter dem Titel der Herausforderungsdoktrin erörtert wurde. Dabei geht es grundsätzlich um die Zurechnung in zwei Fallgruppen, in denen sich ein Dritter mit seinem eigenen Willen in einer Notsituation eines Fremden helfend engagiert hat. Er versucht etwa, einen Verletzten bei einem Verkehrsunfall zu retten oder er verfolgt einen Taschendieb auf der Straße. In solchen Notsituationen eines Fremden erleidet er aber selbst einige Schäden, daher verlangt er vom Täter bzw. Unfallverursacher Schadenersatz. Die beiden Fallgruppen repräsentieren eine typische Handlungssituation, in der ein engagierter Dritter anlässlich seiner Aktivität bei der Hilfeleistung selbst Schaden erleidet. Der Richter hat festzustellen, ob der Anspruch zu rechtfertigen und der widerrechtlich Handelnde für die Folgen der auf eigene Gefahr ausgeführten Handlung des Dritten einzutreten hat oder nicht. Dabei muss er die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Handlungszweck und dem von dem Dritten in Kauf genommenen Risiko abwägen.

5.2 Das BGH-Argument

Im Konkreten argumentierte der BGH wie folgt:³⁴⁶

[I. Der Kausalzusammenhang im allgemeinen Rahmen der sogenannten Formel der *condicio sine qua non fit* und die Problematik von psychischer Kausalität]

„[...] Die Kausalkette wird [...] nicht [...] dadurch durchbrochen, daß die Nierenspende aus einem freiwilligen Entschluss der Mutter [...] beruht; dieser Entschluss beruht nur auf dem Aufforderungscharakter der von dem Beklagten zu verantwortenden Gefahrenlage. [...] Daß auch eine psychisch vermittelte Kausalität [...] ausreichen kann, entspricht der Rechtsprechung des erkennenden Senats.“

[II. Der Kausalzusammenhang im allgemeinen Rahmen der Adäquatheit im Sinne der Wahrscheinlichkeit]

„Ein haftungsrechtlich relevanter Ursachenzusammenhang zwischen der [...] Entfernung der einzigen Niere [...] und der Nierenspende steht außer Frage. Die Möglichkeit einer Nie-

³⁴⁶ BGHZ 101, 215-224. Die Darstellungsreihe des Argumentationsvorgangs wurde vom Verfasser dieser Arbeit rekonstruiert.

retransplantation [...] war bekannt und eine Nierenspende durch einen nahen Angehörigen keine so entfernte Möglichkeit, daß sie [...] rechtlich außer Betracht zu bleiben hätte. Entgegen der Ansicht der Revision ist es vielmehr nachvollziehbar, daß eine Mutter [...] zu einem solchen Opfer für ihr Kind bereit befindet.“

[Frage A – Hat die hier in Betracht kommende Kausalität durch den Willensentschluss der Mutter mit der in Abschnitt I erörterten „psychischen Kausalität“ überhaupt zu tun?]

[Frage B – Erste Fallvariation der weniger naheliegenden Möglichkeit: Wie wäre es, wenn der Nierenspender nicht die Mutter, sondern eine Nachbarin war, die mit dem Kind ohne irgendwelche Blutsbeziehungen immerhin seit langem engen persönlichen Kontakt gehabt hatte? Da sie keine nahe Angehörige jenes Kindes ist, ist für sie ungünstig zu entscheiden?]

[Frage C – Zweite Variation der viel entfernteren Möglichkeit: Wie wäre es, wenn der Nierenspender diesmal eine Frau war, die sich sogar ohne irgendwelche persönliche Beziehungen für das Kind entschlossen hat, weil sie eventuell aus einer Radiosendung von der Geschichte des armen Kindes erfahren hatte? Kann auch für sie ungünstig entschieden werden?]

[Frage D – Kommt es für diesen Fall, in dem sich ein Dritter bei der Lebens- bzw. Gesundheitsnotlage eines Fremden aus einem altruistischen Motiv entschlossen hat, diesem sein Organ zu geben, auf eine blutsverwandte oder persönliche Beziehung zwischen den Betroffenen überhaupt an?]

[Frage E – Von welchem Standpunkt aus ist das Urteil der Nachvollziehbarkeit erfolgt? Gibt es einen objektiv geltenden und wertneutralen Standpunkt, auf den der Beobachter als ein Urteilender angewiesen sein kann?]

[Frage F – Von welchem Standpunkt aus ist das Urteil der Wahrscheinlichkeit erfolgt? Gibt es einen objektiv geltenden und wertneutralen Standpunkt, aus dem der Richter sein Urteil fällt?]

[Frage G – Ist das Prädikat „nachvollziehbar“ mit dem Prädikat „wahrscheinlich“ austauschbar?]

[III. Zurechnung der Handlung an der Schadenfolge nach der Herausforderungsdoktrin: das Urteil der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Zweck und dem Risiko von Eingreifenden in Rettungs- und Verfolgungsfällen]

„Auch ist in der [...] Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß der Entschluss [des Retters] nicht [...] eine neue Zurechnung eröffnet, die [den Beklagten] aus der Einstandspflicht [...] entläßt. Vielmehr hat schon das Reichsgericht dessen Haftung [...] jedenfalls dann erstreckt, wenn die Rettungshandlung im Hinblick auf den drohenden [...] Schaden nicht unverhältnismäßig war (Bändigung durchgehender Kutschpferde; Rettung von Fahrgästen aus einem Bus; Rettung von Insassen aus einem brennenden Kraftfahrzeug). Der [...] Senat hat an diese Rechtsprechung in den so ge-

nannten Verfolgungsfällen angeknüpft. [...] [Zwar] Das gesellschaftliche Zusammenhang mit [...] zahlreichen Kontakten der Menschen führt zu vielfältigen Einflüssen des einen auf die Entschließung des anderen, ohne daß sie schon deshalb [...] mit zu verantworten wären. [Aber] erst wenn der Schädiger verantwortlich einen Gefahrenzustand geschaffen hat, [in dem] er den zu Rettenden in eine Lage gebracht hat, die das Eingreifen des Retters [...] mindestens verständlich und billigenswert macht, muß er [...] eintreten.“

[IV. Einschränkung jener Rechtsdoktrin]

„[Das Eingreifen des Retters bzw. Verfolgers] muß [aber] durch sie [die erste Tat] [...] ‚herausgefordert‘ worden sein.³⁴⁷ Darüber hinaus muß [...] die in Kauf genommene eigene Verletzung in einem angemessenen Verhältnis zum möglichen Erfolg des Eingreifens stehen und in ihrer Motivation nach [...] den gesellschaftlichen Verhaltensregel wenigstens zu billigen sein.“

[V. Subsumption des vorliegenden Falls unter der Doktrin]

„Diese Rechtsgrundsätze rechtfertigen es, im Streitfall die Nierenspende und die damit verbundene [...] Gesundheitsschädigung der Mutter [...] dem dieses Opfer nahelegenden [...] Verhalten des Oberarztes [...] haftungsrechtlich zuzurechnen. Die Nierenspende beruht gerade darauf, daß Dr. H. [also der Beklagte] die Mutter [also die Klägerin] durch Verletzung ihres Kindes in eine Lage gebracht hat, in der sie sich zu einem solchen Opfer aufgefordert fühlen durfte. [...] Der Zurechnungszusammenhang kann entgegen der Ansicht der Revision nun nicht deswegen verneint werden, weil die Mutter [...] ihren Entschluss [...] nicht unter dem unmittelbaren Eindruck der akuten Notlage gefaßt, sondern Zeit hatte, sich darüber mit Ärzten zu beraten und das Für und Wider reiflich zu überlegen. Wird ein Eingreifen des Retters nahegelegt, dann kann es nicht darauf ankommen, ob er sozusagen aus der Situation heraus spontan dazu gehalten war. An der ‚Herausforderungssituation‘ ändert das nichts. [...] Es ist auch nichts Außergewöhnliches, daß ein Retter genügend Zeit zur Überlegung hat. [Aussage 1] [...] Wann [aber] das Opfer desjenigen, der ein [...] Schaden mindern oder [...] eindämmen will, noch Rettung und Nothilfe ist, bedarf einer Wertung, die [...] sicherlich auch zeitliche und örtliche Zusammenhänge berücksichtigen muß. [Aussage 2]“

[Frage H – Ist Aussage 1 mit Aussage 2 verträglich?]

[VI. Resultat]

³⁴⁷ Zu dieser typischen Fallgruppe der altruistisch motivierten Verfolgung gehören die erwähnten Rechtsfälle, nämlich BGHZ 57, 31, 63, allerdings nicht. Es handelt sich um die Fälle, in denen Amtspersonen – Polizei oder Bahnhofsaufsicht – während der Ausübung ihres Amtes zu Schaden gekommen waren, vgl. BGHZ 63, 193.

„Die Nierenspende eines nahen Angehörigen – hier der Mutter – [...] ist bei solcher Betrachtung [...] als herausgeforderte Rettungsmaßnahme für das bedrohte Leben oder [...] Gesundheit des Kindes anzusehen.“

5.3 Die Entdeckung versteckter normativer Topoi durch das prinzipielle Denken

Wie gesagt, gibt es bei einer Situation, in der ein Bürger bei einem Verkehrsunfall einen Verunglückten unter Inkaufnahme der Gefahr für seine eigene Gesundheit zu retten versucht, und der anderen, in der ein Bürger³⁴⁸ einen Taschendieb verfolgt und sich dadurch selbst einigen Risiken aussetzt,³⁴⁹ eine wichtige Gemeinsamkeit. Darin liegt also ein altruistisches Motiv, das in der Form einer sehr positiven Handlung in die Wirklichkeit eintritt: All jene Leute wollten nämlich den in Not geratenen anderen positiv helfen, obwohl ihnen dies zumeist keine materiellen Vorteile eingebracht hätte.

5.3.1 Das prinzipielle Denken

Wäre der Retter am Unfallort nicht zugegen gewesen oder hätte er in der akuten Situation versagt, müsste der Verletzte mit sehr großer Wahrscheinlichkeit entweder im Auto umgekommen sein oder zumindest noch viel schwerere Verletzungen erlitten haben. Überdies kommt es in der Regel in einer akuten Notsituation nicht auf die Minute, sondern auf die Sekunde an, die über Leben oder Tod eines Menschen entscheidet. Hätte der Retter in einer solchen Situation noch einmal überlegt oder auf den Rettungsdienst gewartet, hätte

³⁴⁸ Etwa die Gefahr, dass der Verfolger wegen seiner erhöhten Laufgeschwindigkeit auf den Boden oder von der Treppe fällt, BGHZ 57, 25.

³⁴⁹ Eine Variation des Sachverhalts im oben angeführten Fall, BGHZ 63, 193. Der eingreifende Dritte ist hier kein Polizist, sondern ein Bürger.

der Verletzte keine Überlebenschance mehr gehabt. Diese Hypothese ist so attraktiv, dass schnell die Überzeugung gewonnen wird, dass der Anspruch des Retters vom Recht keineswegs geringzuschätzen bzw. zu ignorieren ist. Der amerikanische Richter *Cardozo* äußerte sich in einem ähnlichen Handlungskontext wie folgt:

„Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim; it is a wrong also to his rescuers.“³⁵⁰

Diese Grundanschauung erscheint dem Verfasser der vorliegenden Arbeit als eine Art der starken Notwendigkeitserfahrung, die im konkreten Sachverhalt versteckt ist. Hätte jener Bürger den Taschendieb nicht verfolgt, hätte die Polizei bei Durchsuchung und Verhaftung des Täters wahrscheinlich Probleme gehabt. Aber in diesem Fall scheint der Wunsch des mutigen Bürgers durch die Verfolgung zur sofortigen Festnahme des Taschendiebs am Tatort beizutragen, im Vergleich zum Rettungsfall nicht so stark und hell zu sein, obwohl die Erfüllung eines solchen Wunsches an sich sehr zu loben ist. Das unterschiedliche Gefühl zur normativen Anschauung besteht darin, dass es beim Verfolgungsfall nicht um das Leben oder andere wichtige Rechtsgüter wie den Schutz vor körperlicher Verletzung eines Menschen, sondern um das Vermögensinteresse geht. Der Unterschied zwischen den beiden Normativitätserfahrungen erscheint so selbstverständlich, dass es keiner zusätzlichen Erklärung bedarf.

Die oben exemplarisch dargestellte praktische Analogie, die sich von einer starken zu einer schwachen oder von einer schwachen zu einer starken Notwendigkeitserfahrung direkt

³⁵⁰ Im oben erwähnten Fall *McLoughlin vs. O'Brian*, S. 424, wurde Richter Edmund-Davies zitiert.

bzw. quer übergeht, erschließt den Gedankenweg, auf welchem der BGH zu dem Ergebnis kam, dass jene zwei Fallgruppen, die *prima facie* ohne vermittelnden Punkt zu sein scheinen, in der Tat miteinander verknüpft sind.³⁵¹ Dieser normative Ansatzpunkt, dass es bei bestimmten Fallgruppen, bei denen es um positive altruistische Handlungen von Fremden in Notsituationen geht, einen Rechtsweg zu Gunsten der Eingreifenden geben muss, stellt einen Fall des Topos dar, durch den die Notwendigkeitserfahrung im Nackten konstruiert wird.

5.3.2 *Praktische Analogie, versteckte normative Topoi, allgemeines Rechtsprinzip*

Durch die praktische Analogie als heuristische Methode der in konkreten Fällen versteckten normativen Topoi wird ein allgemeines Rechtsprinzip gewonnen: Die Rechtsordnung darf nicht dazu führen bzw. die Bürger zwingen, sich in Notsituationen Fremder selbst zu enthalten, ihnen altruistische Handlungen anzubieten.

Dieses allgemeine Rechtsprinzip minimiert das Risiko des Hilfeleistenden, später selbst einen ungerechten Schaden zu erleiden, der durch diese Hilfeleistung entstanden ist. Die Verweigerung des Anspruchs des Retters bzw. Verfolgers könnte bewirken, dass das moralische Motiv zur aktiven Hilfe in Not der Menge in Zukunft abhanden kommt.

³⁵¹ Allerdings spielt die innere Verknüpfung der Fallgruppen im BGH-Urteil, BGHZ 57, 25, keine Rolle: „Der Senat braucht nicht zu beurteilen, ob die damit geforderte Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und erkennbarem Risiko des Eingreifens für die verschiedenen Fallgruppen – etwa für die Fälle der Rettung und die der Verfolgung – einheitlich zu beurteilen ist oder nicht.“

5.4 Die Überschneidung des „policy argument“ mit dem Prinzipienargument

Diese pragmatische und noch im echten Sinne praktische Erwägung der möglichen Auswirkungen von Rechtsprechungen auf den zukünftigen normativen Zustand einer Gesellschaft als Ganze, gehört insbesondere wegen ihrer Zukunftsorientierung zwar zu einer typischen Art des „policy argument“ der utilitaristisch geprägten Juristen Bentham und Austin im englischsprachigen Raum. Zugleich repräsentiert sie per se ein typisches Argument aus Rechtsprinzipien, weil sie gerade auf das normative Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft zutrifft. Die interne Überschneidung der Erwägungen in einem Rechtsargument verdient besondere Beachtung. Denn dieses Rechtsargument repräsentiert die unsichtbare Existenzgrundlage des positiven Rechts, durch die Normativitätserfahrungen im Konkreten in der historischen Wirklichkeit eines Volks kollektiv gesammelt und zu der ursprünglichen Einheit entwickelt werden können, die in sich Vielfalt und Schichten enthält. Im Gegensatz dazu befindet sich dasjenige Argument, hinter dem lediglich die „policy“-Erwägung steht, welche unten im letzten Kapitel als *ius singularia* bezeichnet wird.

5.5 Ein allgemeines Rechtsprinzip für den Beklagten

Bisher wurde die Sache vornehmlich von der Klägerseite aus betrachtet. Allerdings hält die Rechtsordnung auch zugunsten des Beklagten eine grundlegende prinzipielle Erwägung bereit, die ein noch weiteres Spektrum hat als diejenige zugunsten des Klägers. Die grundlegende normative Anschauung des Gerichts besagt, dass niemand für denjenigen Teil seiner Handlungsfolge haften muss, der zwar aus seinem eigenen Fehler entstanden ist, den er im Zeitpunkt der be-

treffenden Tat nicht vernünftig voraussehen konnte. Dies trägt im Wesentlichen dazu bei, dass der Beklagte vor eventuellen rechtlichen Überforderungen geschützt wird.

Sowohl die Theorie des adäquaten Zurechnungszusammenhangs im Sinne der Voraussehbarkeit bzw. Nachvollziehbarkeit³⁵² des deutschen Bürgerrechts als auch des Common-Law-Standards der „reasonable foreseeability“ haben jenen grundlegenden normativen Ansatz gemein. Zu bemerken ist dies etwa am oben dargestellten BGH-Argument.³⁵³

Im Gegensatz zur englischen Rechtspraxis, wo die Zurechnung der Handlung des Beklagten nach dem Maßstab der „reasonable foreseeability“ vornehmlich aus der inneren Perspektive des Beklagten durch das Prädikat „reasonable“ nicht rein faktisch, sondern normativ eingestellt, allgemein anerkannt und vornehmlich in dieser Richtung erörtert wird,³⁵⁴ bleibt in der deutschen Rechtspraxis die Zurech-

³⁵² BGHZ 101, 215. Der in der Praxis häufig verwendete Begriff „adäquater Kausalzusammenhang“ ist sehr verwirrend, wenn nicht sogar falsch, vgl. den nächsten Abschnitt.

³⁵³ BGHZ, a.a.O.

³⁵⁴ Etwa Richter Russel im „McLoughlin-Case“, S. 429: „All members of the Court of Appeal conclude that that which happened to the plaintiff was reasonably foreseeable by the defendants as a consequence of their negligence on the road. (In some cases, and at all levels, a reasonable bystander seems to be introduced as a relevant mind: I do not understand why: reasonable foreseeability must surely be something to be attributed to the person guilty of negligence.). Richter Wilberforce bringt dort (S. 440) ein Argument des amerikanischen Richters Tobriner vor: „[...] Such reasonable foreseeability does not turn on whether the particular plaintiff as an individual would have in actuality foreseen the exact accident and loss; it contemplates that courts, on a case-to-case basis, analyzing all the circumstances, will decide what ordinary man under such circumstances should reasonably have foreseen. The courts thus mark out the areas of liability, excluding the remote and unexpected. [...] Surely the negligent driver who causes the death of a young child may reasonably expect that the mother will not be far distant and will upon witnessing the accident suffer emotional trauma. As Dean Prosser has stated: ‘when a child is endangered, it is not beyond contemplation that its mother will be somewhere in the

nungsfrage unter dem starken Einfluss des dogmatischen Rahmens. Der sogenannte adäquate Kausalzusammenhang wird so eklipsiert, dass der Grundunterschied zwischen dem Urteil, das wie eine naturwissenschaftliche Beobachtung grundsätzlich mit dem Ausschluss des Werturteils des Beobachters selbst, und andererseits dem Urteil, das aus der inneren Perspektive der Lebenswelt selbst stets wertbezogen auszuführen ist, in der Praxis kaum erkannt und erwähnt wird. Von dieser begrifflichen Verwirrung in einem systematischen Grundschema wird im nächsten Abschnitt die Rede sein.

6. „Wahrscheinlich“ und „adäquat“ als Prädikate des sogenannten Kausalzusammenhangs

Larenz bemerkte in seinem Lehrbuch des Schuldrechts zur Tendenz der Auffassung vom allgemeinen Verhältnis zwischen dem Urteil der Kausalität und dem der Zurechnung:

„Nachdem sich andere Versuche, den rechtlich noch erheblichen vom rechtlich nicht mehr zu beachtenden Kausalzusammenhang abzugrenzen, als unhaltbar erwiesen hatten, hat sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung [...] die besonders von Rümelin und Träger entwickelte Theorie des ‚adäquaten Kausalzusammenhangs‘ durchgesetzt. Sie war im Zivilrecht lange Zeit unangefochten, wenn auch ihr Charakter als einer Zurechnungstheorie erst verhältnismäßig spät erkannt wurde. [...] Sie gibt in Wahrheit eine Antwort nicht auf die Frage, wann ein Vorgang für einen anderen ursächlich ist, sondern auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine [...] Schadenfolge dem Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen [...] zurechnet, ihm [...] zur Last gelegt werden kann. Dabei geht es ihr darum, einen objektiven (wenn auch nicht mathematischen exakten, so doch in der Rechtsprechung objektivierten) Maßstab hierfür anzugeben. Mißverständlich daher die Formulierung des BGH

vicinity, and will suffer serious shock’.“ Allerdings bedeutet das nicht, dass die Richter über das Wesen des Zurechnungsstandards der „reasonable foreseeability“ einen allgemeinen Konsens haben. Diesbezüglich hatte Richter Wilberforce eine abweichende Meinung, wie unten dargestellt werden soll.

(BGHZ 3, 267; 18, 288), es gehe darum, wie weit dem Urheber einer Handlung die Haftung für deren Folgen ‚billigerweise zugemutet werden‘ können.³⁵⁵

6.1 Der Standard „reasonable foreseeability“ und die sogenannte objektive Zurechnungslehre von Larenz

Am obigen Zitat ist schon gut bemerkbar, wo Larenz und die Theoretiker des sogenannten adäquaten Kausalzusammenhangs bezüglich der Frage nach der Zurechnung von der Ansicht der Richter Russel bzw. Tobriner abweichen. Richter Russel dachte zunächst, dass die hypothetische Aufstellung der „reasonable bystander“ als Antwort auf die Zurechnungsfrage nicht passend sei. Er besteht damit stillschweigend darauf, dass das Recht selbst – insbesondere das Recht sprechende Gericht – nicht ein bloßer objektiver Beobachter ist, der den Ablauf des bürgerlichen Alltagslebens von einem neutralen äußeren Standpunkt aus anschaut und beurteilt. Vielmehr stellen sich Recht und Gericht gegenüber den Mitgliedern der Gesellschaft in ihrer Lebenswelt als ein moralischer Träger dar, der grundsätzlich selbst zu irgendwelchen moralischen Aufgaben verpflichtet ist. Dadurch gewinnt das Gericht die praktische Ausformulierung grundlegender Rechtsprinzipien. Aber gerade gegen diese moralische Ausformulierung von Rechtsprinzipien hat Larenz etwas einzuwenden. Er möchte nämlich, dass das Recht und das Gericht grundsätzlich wertneutrale, objektive gesellschaftliche Organe, d.h. moral-unabhängige Agenten bleiben: „Dabei geht es ihr darum, einen objektiven (wenn auch nicht mathematischen exakten, so doch in der Rechtsprechung objektivierten) Maßstab hierfür anzugeben.“³⁵⁶

³⁵⁵ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 10. Aufl. 1970, S. 315 f.

³⁵⁶ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 10. Aufl. 1970, S. 315 f.

Larenz kritisiert die damalige Ansicht des BGH, es gehe (bei dem adäquaten Zurechnungszusammenhang grundsätzlich) darum, wie weit dem Handelnden die Haftung für Folgen seiner Handlung billigerweise zugemutet werden kann. Dies entsprach exakt dem im Common Law allgemein anerkannten Zurechnungsstandard der „reasonable foreseeability“, der nicht die Perspektive des äußeren Beobachters, sondern die des Handelnden selbst voraussetzt.

6.2 Kausalität Gewissheit

Zunächst ist näher auf die Kausalität der Gewissheit einzugehen. Die in die äußere Perspektive eintretende Sachverhaltskette, die aus per se getrennten, einzelnen Sachverhalten besteht, sowie die daran anschließende generative Sprachregel stellen zusammenwirkend ein einheitliches Bezugssystem der Gegenstandswelt dar, das darüber hinaus auf die Menschheit als Gattungswesen ständig einwirkt.

Dieses rein wertneutral für die Menschheit eingestellte Bezugssystem der sprachlich strukturierten Gegenstandswelt bringt durch den Akt des Sprechens einen bestimmten Sachverhalt, der aus der äußeren Perspektive jedes Einzelnen geschehen ist, an einen gemeinsamen Platz. Daraus ergibt sich die ursprüngliche Möglichkeit eines kollektiven gemeinsamen Unternehmens wie beim „Turmbau zu Babel“ (vgl. Teil I).

Im Gegensatz zu Humes radikalen Bedenken gegenüber dem Kausalitätsbegriff gibt die generative Sprachregel, mit der die Menschen bereits kollektiv synchronisiert sind, die Grundkonzeption der (grammatischen) Gewissheit, von der alle Konzeptionen irgendwelcher Kausalitäten ausgehen. In diesem Sinne ist die in unserem Alltag herrschende Konzep-

tion der Kausalität, d.h. der notwendigen Relation zwischen zwei physikalischen Ereignissen, nichts anderes als eine bloße Funktion dessen, was die durch die generative Regel geprägte Gewissheitserfahrung gelegt hat.

6.3 Die Konzeption der Gewissheit und die der einheitlichen Existenz der Gegenstandswelt

Aus einem anderen Blickwinkel gesehen ist die Grundkonzeption der Einheit ein und derselben äußeren Gegenstandswelt umgekehrt ein Resultat dessen, was das ursprüngliche stabile Bezugssystem im Menschen bewirkt hat. Insofern kann der einheitlichen Existenz ein und derselben physikalischen Gegenstandswelt einerseits und der Existenz der Kausalität andererseits kein logisches Vorher-Nachher-Verhältnis beigemessen werden. Denn der Mensch kann keinen Augenblick an jene Kategorie per se denken ohne sich auf die generative Sprachregel rückzubeziehen.³⁵⁷

Das innere Bild des quasi rein solipsistisch spekulierenden Selbst birgt also ein Selbsttäuschungsmoment. Denn eine solche Gewissheitserfahrung basiert stets auf dem Bezugssystem jener generativen Sprachregel, die sich per se an die

³⁵⁷ Hier kann das geistige Spannungsverhältnis unter den Philosophen Hume und Kant bzgl. des ursprünglichen Kausalitätsbegriffs nicht ausführlich erörtert werden. Hume hatte bekanntermaßen radikale Bedenken hinsichtlich der geistigen Kategorie der Kausalität. Dagegen versuchte Kant, sie zu retten, indem er die Begrifflichkeit der transzendentalen Apperzeption der *ego cogitans* ins Feld führte, die sich grundsätzlich auf die cartesianische Gewissheitserfahrung des Selbst, *ego dubitans*, stützt. Kant meinte damit, dass diese Kategorie per se über die Gattungskategorie der Menschheit hinaus für alle vernünftigen Gattungswesen universal gültig sei, d.h. ihm war die Existenz und Wirkungsweise der Sprache als generative Regel, durch die das Denken erst entsteht, völlig fremd. Später wurde diese bei Wittgenstein zwar anerkannt, jedoch nur auf unvollständige Weise.

Öffentlichkeit im ursprünglichen Sinne richtet.³⁵⁸ Jede Denkerfahrung ist ihrem Wesen nach kommunal. Sie hat in sich ein Eintragungsmoment in der Öffentlichkeit, das sich nicht auf rein solipsistische Spekulation des Einzelnen zurückführen lässt. Gerade darin besteht die Wirklichkeit der Gewissheitserfahrung, die der Einzelne im Alltag macht. Also werden im gemeinsamen Tun durch die generative Sprachregel stets und ununterbrochen zwei geistige Grundkategorien – einerseits die Existenz einer einheitlichen äußeren Gegenstandswelt und andererseits die der Kausalität im Alltag – verwirklicht, die zusammenwirkend zur Gewissheitserfahrung führen.

6.4 Kausalität Notwendigkeit und Wahrscheinlichkeit

Naturwissenschaftler ziehen über die Gewissheitserfahrung im Alltag hinaus theoretische Schlüsse, wobei sie im Wesentlichen auf andersartige Kausalitätsbegriffe angewiesen sind, nämlich einerseits auf die theoretische Notwendigkeit und andererseits die Vorhersage der Wahrscheinlichkeit. Angenommen, ein Chemiker behauptet, durch die theoretische Erklärung der molekularen Struktur des CO₂-Partikels eine bestimmte chemische Qualität eines Materials, etwa dessen Treibhauseffekt, auf einem Molekularniveau bewiesen zu haben. Dann ist mit der Aussage gemeint, dass in der Theorie zwischen jenem Material und der äußeren Umwelt eine bestimmte kausale Notwendigkeit auf einem solchen Niveau besteht. Die theoretische Notwendigkeit lässt sich dabei – wenn überhaupt – eventuell lediglich durch andere Theorien auf dem gleichen Niveau anfechten.

³⁵⁸ Die Selbständigkeitserfahrung „*cogito, ergo sum*“ zeigt, wie stark das Selbst innerlich an die Perspektive seiner Lebenswelt gebunden ist. Sie schließt die Lebenswelt des Selbst keineswegs aus.

Wenn dagegen ein Meteorologe aufgrund seines Kausalitätswissens bzw. aufgrund einer derartigen notwendigen Kausalität auf molekularem Niveau makroskopisch etwa voraussehen will, um wieviel Grad die Erde in nächsten 50 Jahren auf dem jetzigen Niveau der CO₂-Emissionen erwärmt wird, spielt darin ein anderer Kausalitätsbegriff eine Rolle, der sich auf nicht den Notwendigkeitsbegriff zurückführen lässt, nämlich der Begriff der Wahrscheinlichkeit. Das Wesen des Wahrscheinlichkeitsbegriffs (oder Urteil) besteht darin, dass relevante Faktoren des theoretischen Notwendigkeitswissens synthetisch sowohl makro- als auch mikroskopisch einzurechnen, um eine wertneutrale vorhersagende oder nachträgliche Aussage herzustellen.

Dank der naturwissenschaftlichen Fachexperten wie Chemikern und Meteorologen können solche Kausalitätsbegriffe ohne Kenntnis der naturwissenschaftlichen Prinzipien im Alltag verwendet werden. Die Kausalitätsprädikate verdanken ihre Kraft also nicht dem Bereich der alltäglichen Gewissheit, sondern dem der naturwissenschaftlichen Notwendigkeit und Wahrscheinlichkeit.

6.5 „Adäquat“ als Grundprädikat zur Kausalität

Das Prädikat „adäquat“ wird im Wesentlichen in einem ganz anderen Kontext als die oben beschriebenen Kausalitätsprädikate verwendet. Es passt also grundsätzlich nicht zur Beschreibung des Ablaufs gegenstandsweltlicher Ereignisse, sondern lediglich zu denjenigen lebensweltlichen Ereignissen mit einem sozialen Sinn, die aus Handlungen und Sinngebungen der Menschen bestehen. Die Verwendung des Wortes „adäquat“ setzt seinem Wesen nach ein Werturteil desjenigen hermeneutischen Beobachters voraus, der seine

Lebenswelt anschaut, aber zugleich sinngebend an der inneren Perspektive seiner Lebenswelt teilnimmt.

Am folgenden Beispiel zeigt sich, wie das Prädikat „adäquat“ in seinen eigenen Kontexten benutzt wird. Ein langjähriger Bekannter des Paares Hans und Clara berichtet anderen gegenüber von einem großen Unglück, das dem Paar widerfahren war: „Nachdem Hans seine langjährige Beziehung mit seiner Freundin Clara beendet hatte, wahrscheinlich, weil er durch die Heirat einer Millionärstochter einen schnellen sozialen Aufstieg wollte, beschloss Clara, sich das Leben zu nehmen und starb an einer Schlafmittelüberdosis. Ich bin überzeugt davon, dass Hans' Gesinnungswechsel Claras Tod verursacht hat. Er ist schuld an ihrem Tod.“ Etwa zu sagen, es sei adäquat, dass Claras Tod auf den Gesinnungswechsel von Hans zurückzuführen sei oder es sei adäquat, dass der Grund seines Gesinnungswechsels in seiner Begierde nach sozialem Aufstieg zu finden sei, ist per se ein sauberer und reibungsloser Gebrauch des Prädikats, was keiner zusätzlichen Erklärung bedarf.

Ist der Mensch eventuell aber bereits daran gewöhnt, den Handlungskontext der Zuschreibung in der Lebenswelt unter Prädikaten, wie z.B. wahrscheinlich, deswegen, weil, verursacht usw., zu konzipieren, die schon zur Beschreibung kausaler Abläufe in der Gegenstandswelt gebraucht wurden, beruht dies nicht darauf, dass sich der Begriff der gegenstandsweltlichen Kausalität mit dem der lebensweltlichen Zurechenbarkeit in einigen Punkten sachlich überschneidet. Obwohl dieser Begriff ggf. ein Kausalitätsurteil beinhaltet, wie etwa im obigen Beispiel, kommt er nur als ein Kontingenzfall in Betracht, keineswegs als notwendige Grundlage. Dass das Grundvokabular der Kausalität im lebensweltlichen Kontext benutzt wird, weist keineswegs darauf hin, dass die Ab-

läufe in jenen Welten auf der gleichen Ebene zu verstehen bzw. zu beurteilen sind.

6.6. Zusammenbruch der strengen Dichotomie zwischen der Perspektive des Teilnehmers und der des Beobachters

Beim Handlungskontext in der Lebenswelt bedeutet der (variierte, erweiterte) Gebrauch des Kausalitätsprädikats Folgendes: Einige sinngebende Handlungen von Menschen bzw. darauf bezogene Ereignisse sind durch ein bestimmtes Zurechnungsverhältnis normativ aneinander geknüpft. Es bleibt festzustellen, dass der Beobachter ein solches Urteil nur dann fällen kann, wenn er sich in die Lage der Betroffenen – also hier in die Lage des befreundeten Paares Hans und Clara – unter Bezugnahme auf die innere Perspektive die Lebenswelt der Betroffenen sinngebend, aber nicht rein faktisch nachvollziehen kann. Wäre der Urteilende aber kein enger Freund des Paares, sondern eine Person, die ansonsten nichts mit dem Paar zu tun hatte, würde sich am Charakter der Perspektive nichts ändern, denn ein solches Zurechnungsurteil kann von dieser Person ebenfalls nur dann gebildet werden, wenn ihr der lebensweltliche Handlungskontext, also die Lebensgeschichte dieses Paares, mitgeteilt worden ist.

Je lebendiger und konkreter der Handlungskontext dem Beobachter bekannt wird, desto größer ist die Möglichkeit, dass er ein plausibles und objektives Urteil der Zurechnung fällt. Denn dadurch kann er die Geschichte der Betroffenen gemäß der inneren Perspektive der Lebenswelt zutreffender interpretieren. Diese Position des hermeneutischen sinngebenden Beobachters, die zur Nachvollziehung der inneren Perspektive der Betroffenen erforderlich ist, hat grundsätz-

lich nichts mit derjenigen Position zu tun, die er zur wertneutralen, objektivierten Beobachtung eines Dritten einnehmen soll, um sein eigenes Werturteil zu vermeiden. Er muss umgekehrt stets versuchen, die inneren Perspektiven der Betroffenen so lebendig wie möglich nachzuvollziehen, indem er selbst an der inneren Perspektive seiner Lebenswelt sinngebend teilnimmt. Dadurch kann und soll er sich um ein normativ richtiges, zumindest akzeptables Urteil bemühen.

Das Resultat dieser Betrachtung ist klar: Der Beobachter in seiner Lebenswelt kann nur dann sich selbst als ein hermeneutischer Beobachter einstellen lassen, wenn er sich selbst sinngebend an der inneren Perspektive von derselben aktiv teilnimmt. Dadurch fällt die strenge Dichotomie der Beobachter-Teilnehmer-Perspektive, welcher der moderne Positivismus entsprungen ist, grundsätzlich zusammen. Die Teilnahme des Beobachters an der inneren Perspektive seiner Lebenswelt ist nämlich der einzige Modus der hermeneutischen Beobachtung, die sämtlichen normativen Urteilen unsichtbar zugrunde liegt.

Die Richtigkeit des hermeneutischen Urteils ergibt sich daher aus der reflexiven Fähigkeit des Beurteilers, in seiner gemeinsamen Lebenswelt geistig engagiert zu sein, d.h. ein ausbalanciertes Urteil durch das Hineinversetzen in Perspektiven fällen zu können. Dabei ist es allerdings – wie Thibaut bemerkt hat – naturgemäß und sogar wünschenswert, dass sich der Beurteilende zunächst seines eigenen normativen Gefühls transparent bewusst ist und dieses in klarer Sprache auszudrücken versucht. Denn dieses Gefühl ist der erste Erscheinungsmodus des prinzipiellen Denkens, das im Werden steht. Dadurch kann er nämlich sowohl das weitere Potenzial als auch verschiedene Aspekte desselben lebendig entwickeln.

6.7 Theorie des sogenannten adäquaten Kausalzusammenhangs

Vor diesem Hintergrund ist nun der Begriff der adäquaten Kausalität zu analysieren, der in der deutschen Rechtspraxis sowohl als dogmatische wie auch systematische Denkfigur herrscht. Unter den Aspekten der Wahrscheinlichkeit im oben geschilderten gegenstandsweltlichen Sinne und der Zurechenbarkeit im lebensweltlichen Sinne soll noch klarer differenziert werden als in der folgenden Analyse von Larenz:

„Ihr Grundgedanke ist, daß nur solche, sich an den haftungsbegründenden Vorgang selbst anschließenden ferneren Schadenfolgen als rechtlich relevant anzusehen [...] sind, deren Eintritt im Augenblick dieses Ereignisses vom Standpunkt eines gewissermaßen neutralen erfahrenen Beobachters aus als nicht völlig unwahrscheinlich erscheinen konnte. [...] Solche ganz ungewöhnlichen Folgen sollen dem Ersatzpflichtigen nicht zur Last fallen, sondern als reine Zufallschäden von demjenigen getragen werden, den sie betreffen. [...] Dem hat sich der BGH angeschlossen. Bei der Bildung des hiernach geforderten Urteils über die Wahrscheinlichkeit [...] hat sich der Beurteiler in den Zeitpunkt des die Haftung begründenden Ereignisses zurückzusetzen, jedoch nicht nur die damals dem Ersatzpflichtigen bekannten, sondern darüber hinaus auch alle diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die einem erfahrenen, (der BGH meint sogar: ‚optimalen‘ Beobachter) damals bereits erkennbar waren.“³⁵⁹

Die Beispiele, bei denen es auf jenes Wahrscheinlichkeitsurteil ankommt, sind die folgenden:

„[Beispiel A] Der körperlich Verletzte ist [...] an den Folgen seiner nicht besonders schweren Verletzung deshalb gestorben, weil er herzkrank war. Soll der gedachte Beobachter um die damals noch nicht erkannte, aber einem erfahrenen Arzt erkennbare Herzkrankheit wissen?“

[Topoi: Lebensstörung – relativ gravierende Erwägung für die Klägerseite; Wahrscheinlichkeits- bzw. Notwendigkeitsurteil der Kausalität im gegenweltlichen – insbesondere medizinischen – Sinne]

„[Beispiel B] Soll er [der Fahrer des Unfallwagens] [aus der Perspektive des Bausachverständigen] wissen, daß der von

³⁵⁹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (1970), S. 316.

einem Lastwagen gestreifte Torpfeiler so brüchig war, daß eine verhältnismäßig geringe Erschütterung schon genügte, [...] um damit das Tor zum Einsturz zu bringen?“

[Topoi: Eigentumsstörung – relativ schwache Erwägung für die Klägerseite; Wahrscheinlichkeitsurteil der Kausalität im gegenweltlichen – insbesondere bautechnischen – Sinne. Wie weit muss das Selbstrisiko gehen, wenn der Kläger kein privater Bürger, sondern öffentliches Organ ist?]³⁶⁰

Die Perspektive der erfahrenen Ärzte bzw. der Bausachverständigen ist klar und eindeutig diejenige, die vor allem zur Feststellung der gegenstandsweltlichen Kausalität notwendig ist. Dabei gibt es allerdings keinen Spielraum, in dem der Richter sein eigenes Werturteil ausüben kann. Er bedarf der Expertenperspektive lediglich deswegen, weil er aufgrund der Feststellung der naturwissenschaftlichen Kausalität auf die zweite Phase des Zurechnungsurteils übergehen kann, was zu seiner ursprünglichen Berufsaufgabe gehört. Wenn der BGH eventuell unter dem Begriff des optimalen Beobachters eine derartige Wissensannahme angenommen hat, besteht der Grund hauptsächlich darin, auch wenn er selbst diesen Maßstab als Zurechnungskriterium missbraucht haben könnte.

Larenz gerät schon in dieser Anfangsphase in eine begriffliche, kategoriale Vermengung, weil seine Unterscheidung der Perspektive des erfahrenen durchschnittlichen Beobachters von der des optimalen Beobachters insbesondere dem Zweck der Zurechnung und nicht der (propädeutischen) Kausalitätsfeststellung dient. Er will eigentlich durch die Aufstellung jenes Beobachertyps die Zurechnungsfrage lösen. Larenz' Beobachter muss im Prinzip vor der Lebenswelt stehen. Dagegen sieht der BGH scheinbar den Typ des optimalen Beobachters vor der Gegenstandswelt stehen:

³⁶⁰ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (1970), S. 316 f.

„Sie [Die Lehre des adäquaten Kausalzusammenhangs] gibt in Wahrheit eine Antwort nicht auf die Frage, wann ein Vorgang für einen anderen ursächlich ist, sondern auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine [...] Schadenfolge dem Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen [...] zurechnet, ihm [...] zur Last gelegt werden kann. [...] Dabei geht es ihr darum, einen objektiven (wenn auch nicht mathematisch exakten, so doch in der Rechtsprechung objektivierten) Maßstab hierfür anzugeben. Mißverständlich daher die Formulierung des BGH (BGHZ 3, 267; 18, 288), es gehe darum, wie weit dem Urheber einer Handlung die Haftung für deren Folgen ‚billigerweise zugemutet werden‘ können.“³⁶¹

Gerade dort, wo es auf das Zurechnungsurteil ankommt, negiert Larenz das innere Bedürfnis, dass der Richter sich in die Lage der betreffenden Streitpartei sinngemäß hineinversetzen können muss, und zwar aus der inneren Perspektive der gemeinsamen Lebenswelt. Der scheinbare Widerspruch dürfte darin bestehen, dass Larenz sich der Unterschiedlichkeit der Beobachertypen und derer eigenen Voraussetzungen nicht klar bewusst war. Wie oben bei Larenz selbst impliziert worden ist, scheint er dort, wo es auf ein solches normatives Zurechnungsurteil ankommt, noch das Bild des wertneutralen Beobachters zu schonen, der dem Ideal der mathematischen, objektiven Wahrheit treu folgt. Aber diese Wahrheitsidee und Notwendigkeit der Mathematik, wie schon bei der Kritik an Kant im ersten Kapitel gesehen wurde, fügt sich das Weltbild der Gegenständlichkeit keineswegs demjenigen der Lebenswelt, die mit sinngemäßen Handlungen der Menschen gefüllt ist. Es handelt sich also um nichts anderes als eine fatale kategoriale Verwechslung, die zur Krankheit des normativen Denkens führt.

Larenz führt in Bezug darauf in seinem Lehrbuch noch drei Beispiele an, bei denen es auf das Urteil von Wahrscheinlichkeit und Adäquatheit ankommt. Sie veranschaulichen

³⁶¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (1970), S. 315 f., Fn. 4.

noch einmal, welches Risiko jener Theorie der sogenannten adäquaten Kausalität immanent ist.³⁶²

„[Beispiel C] Konnte eine Körperverletzung für den Verletzten sich nur deshalb so schwer auswirken, weil er bereits vorher kränklich, in seiner Gesundheit geschwächt oder besonders anfällig war, so schließt das nach der [...] Rechtsprechung die Adäquanz [...] einer Schadenfolge nicht aus.

[Topoi: Ausfall der Erwerbstätigkeit wegen der seelischen Störung; Schadenbeitrag der Klägerseite wegen ihrer schwachen nervösen Veranlagung; Wahrscheinlichkeitsurteil der Kausalität im gegenweltlichen, insbesondere psychiatrischen Sinne; vom RG ausformuliertes Rechtsprinzip: „Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe.“]³⁶³

„[Beispiel D] Der Verletzte wurde [...] nach seiner Einlieferung in ein Krankenhaus, in dem zahlreiche Grippekranke lagen, mit Grippe angesteckt und starb an einer sich an die Grippeerkrankung anschließenden Lungenentzündung.

[Topoi: Der Verletzte hatte eine Verletzung an seinem Oberarm wegen des fehlerhaften Schusses der Polizei, der aber mit seinem Tod kausal im naturwissenschaftlichen Sinne nichts zu tun hatte; Kausalkette unterbrochen, hier greift aber schwerwiegend die reine Zurechnungsfrage ein, insbesondere im Hinblick auf die Verantwortung und Einwirkung der öffentlichen Gewalt auf das private Haftungsrecht].³⁶⁴

„[Beispiel E] Der Verletzte hatte beim Verkehrsunfall ein Bein verloren und eine Prothese erhalten; nach Jahrzehnten stürzt er infolge seiner Behinderung [also, infolge der immanenten Standunsicherheit in seinem Raum] und erleidet einen weiteren Körperschaden.

[Topoi: Kausalkette unterbrochen; aber es kommt die Zurechnungsfrage noch schwerwiegend in Betracht, und zwar im Hinblick auf die moralische Verantwortung des Organs, also hier des Bahnbetriebs, für die private Person].³⁶⁵

6.8 Die Unterdrückung des prinzipiellen Denkens

Diese drei Fälle zeigen, wie die systematisch zugeschnittene monolithische Denkfigur der adäquaten Kausalität dazu beitragen kann, dass das dynamische innere Verhältnis – sei es

³⁶² *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts (1970), S. 316 f.

³⁶³ RGZ, 155, 41.

³⁶⁴ RGZ, 105, 264.

³⁶⁵ RGZ, 119, 204.

gespannt oder reziprok fördernd – verschiedener normativer Topoi in einem konkreten Lebenssachverhalt, durch die sich gerade die Struktur der darin enthaltenen Objektivitätserfahrung bestimmen lässt, eher maskiert als enthüllt wird. In jenen Fällen wirkten aber in der Tat die Erwägungen des RG über solche Topoi ganz stark ein, obwohl es sich manchmal in Rechtsprechungen darüber nicht offenbart hatte.

Insoweit könnte sich das RG damals selbst etwa gefragt haben, ob das Gericht die nervöse schwache Veranlagung der Klägerin, die grundsätzlich nicht aus einem von ihr selbst bewusst ausgeübten Lebensmodus erfolgte, sondern psychisch bedingt war, als Faktor der Schadenstiftung der Klägerin zurechnen kann.³⁶⁶ Das Gericht hat sich möglicherweise auch gefragt, ob es angesichts einer klaren Unterbrechung der Kausalitätskette im gegenstandsweltlichen Sinne den Beklagten für die ganze Schadenfolge haften lassen kann, wenn der Verletzte nicht durch den Schuss der Polizei, sondern bei einem leichten Verkehrsunfall auf der Straße, den ein privater Autofahrer verschuldet hat, zu Schaden gekommen und ins Krankenhaus eingeliefert worden wäre.

Am interessantesten ist der Fall, in welchem die praktische Kühnheit des RG am deutlichsten zutage tritt. Dort war es so

³⁶⁶ RGZ, 119, 204: „Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe.“ Neben dem oben erwähnten Fall der Blutübertragung ist dies ein anderer lebendiger Musterfall zum prinzipiellen Denken deutscher Richter. Im Common-Law-Rechtskreis wurden diese normativen Topoi als „Thin Skull Rule“ anerkannt, und zwar in einer im Wesentlichen gleichen Denkform wie die deutsche. Richter Kennedy in England sagt bzgl. des Falls *Dulieu vs. White and Sons* [1901] 2 K.B. 669 (679): „If a man is negligently run over or otherwise negligently injured in his body, it is no answer to the sufferer's claim for damage that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart.“

weit gegangen, dass es den beklagten Bahnbetrieb als (semi-) öffentliches Organ sogar für denjenigen Schaden einer privaten Person haften ließ, den er dieser nach seiner Ansicht vom Zeitpunkt der (ersten) Schadenzufügung sogar Jahrzehnte später sekundär zugefügt habe. Unabhängig davon, ob diese Ansicht für den Beklagten als Überforderung anzusehen und es deswegen fragwürdig ist, ob sie überhaupt richtig sein kann, steht außer Zweifel, dass es dort nicht um die konventionelle Denkschablone der adäquaten Kausalität geht, die nach Larenz Ansicht wesentlich mit dem allwissenden, optimalen Beobachtertyp zu tun habe. Vielmehr sah sich das Gericht mit moralischen Grundfragen konfrontiert und hat auf die Weise reagiert, auf die jeder hermeneutisch Denkende im Feld des positiven Rechts schicksalhaft stößt. Es ist nämlich fraglich, inwieweit und in welcher Gewichtung der Anspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten oder umgekehrt die Einrede des Beklagten gegenüber dem Kläger berechnet werden kann, und zwar im Hinblick auf den moralischen Status der Betroffenen in jenem Sachverhalt gegenüber der ganzen politischen Gemeinschaft. Vor dieser grundlegenden Fragestellung dürfte sich das RG auf dem folgenden normativen Topos bewegt haben: Der Schadenersatzanspruch dessen, dem durch schwere Fahrlässigkeit öffentlicher Organe ein für das ganze Leben wesentlicher Schaden zugefügt worden ist, muss grundsätzlich so weit wie möglich sowohl im Hinblick auf die Schadenshöhe als auch auf dessen zeitliche Tragweite anerkannt werden.

6.9 Lockerung des Systemdenkens

Das prinzipielle Denken über solche im Konkreten schwebenden normativen Topoi übt generell und ununterbrochen seine enorme Kraft auf die Justizpraxis aus. Sein Wesen in

der Jurisprudenz besteht darin, dass es entlang der moralischen Konzeption der konkreten Gerechtigkeit, also nach dem, was in der vorliegenden Arbeit durch die neue Begrifflichkeit der Objektivitätserfahrung im Konkreten neu bestimmt wird, in den geistigen Horizont des Richters naturgemäß einmündet.³⁶⁷

Es bedarf keiner zusätzlichen Erklärung, dass die Position des Richters gegenüber seiner Lebenswelt, d.h. dem von ihm zu beurteilenden Lebenssachverhalt, von der wertneutral destillierten Position eines Chemikers bzw. Meteorologen im Wesentlichen zu unterscheiden ist. Das bedeutet allerdings keineswegs, dass das richterliche Zurechnungsurteil das Urteil der gegenstandsweltlichen Kausalität von vornherein ausschließt.³⁶⁸

In schwierigen Fällen können die Kausalitäten in einem Lebenssachverhalt derart ineinander verwickelt sein, dass der Richter sein Urteil quasi zwanghaft ohne Fachwissen fällt. Beispielsweise im McLoughlin-Fall waren die Richter mit jener heiklen Frage konfrontiert und sie waren sich damals alle dessen bewusst. In jener Lage setzten sie sich damit treu und intellektuell transparent auseinander, indem sie gegenseitig ihre eigenen Ansichten und Argumente darstellten.

³⁶⁷ Betreffend den traditionellen Meinungsgegensatz über die Wahrheitsinstanz unterscheidet sich *Austin*, *Lectures*, S. 115 f., 643, von Kant: „The terms of the theory are general and abstract, or the particular truths which the theory implies would not be abridged or condensed. But, unless it be true of particulars, and, therefore, true in practice, it has no truth at all. Truth is always particular, though language is commonly general. Unless the terms of a theory can be resolved into particular truths, the theory is mere jargon. [...] It is a remark of Kant, that the expression in abstract and general terms of a given maxim or principle, affords a proof [...] that the maxim or principle, as a maxim or principle, is consonant to truth and reason.“

³⁶⁸ Vgl. oben das Beispiel des Paares Hans und Clara, in dem die Schlafmittelüberdosis den Tod Claras im gegenstandsweltlichen Sinne bewirkte.

Teile dieses Richterdiskurses in England bieten hier einen Musterfall dessen, wie anders das Argument der Common-Law-Richter als das der Civil-Law-Richter in Deutschland aussehen kann. Insbesondere ist darauf zu achten, wie sie über das Wesen der „reasonable foreseeability“ miteinander diskutieren. Als erstes hatte Richter Bridge in seiner Rechtsprechung ein per se sehr interessantes und in der Tat einigermmaßen plausibles Argument entwickelt:

„A plaintiff [Frau McLoughlin] must then establish the necessary chain of causation in fact [...] between his psychiatric illness and the death or injury of [...] third parties negligently caused by defendant. [...] when causation in fact in issue, it must no doubt be determined by the judge on the basis of the evidence of psychiatrists. Then here comes the all-important question. Given the fact of the plaintiff's psychiatric illness [...] was the chain of causation from the one event to another, considered ex post facto in the light of all that has happened, 'reasonably foreseeable' by the 'reasonable man'? A moment's thought will show that the answer to that question depends on what knowledge is to be attributed to the hypothetical reasonable man of the operation of cause and effect in psychiatric medicine.

There are at least two theretically possible approaches. The first is that the judge should receive the evidence of psychiatrists as to the degree of probability that the particular cause would produce the particular effect, and apply to that the appropriate legal test of reasonable foreseeability as the criterion of the dependant's duty of care. The second is that the judge, relying on his own opinion of the operation of cause and effect in psychiatric medicine, as fairly representative of that of the educated layman, should treat himself as the reasonable man and form his own view from the primary facts as to whether the proven chain of cause and effect was reasonably foreseeable.

In principle, I think there is much to be said for the first approach. Foreseeability, in any given set of circumstances, is ultimately a question of fact. If a claim in negligence depends on whether some defect in a complicated piece of machinery was foreseeably a cause of injury, I apprehend that the judge will decide that question on the basis of the expert evidence of engineers. But the authorities give no support to this approach in relation to the foreseeability of psychiatric illness. The judges, [...] have assumed that it lay within their own competence to determine whether [...] 'nervous shock' [...] was [...] a sufficiently foreseeable consequence of the defendant's act or omission. [...] To depart from this practice and treat the question of foreseeable causation in this field [...] as a question of fact to be determined

in the light of expert evidence [...] would [...] be too large an innovation in the law.³⁶⁹

Auf diese Ansicht, die grundsätzlich Wert auf die Meinung von Experten legt, reagierte Richter Russel aber kritisch, und zwar wie folgt:

„All members of the Court of Appeal concluded that that which happened to the plaintiff was reasonably foreseeable by the defendants as a consequence of their negligence on the road (In some cases, and at all levels, a reasonable bystander seems to be introduced as a relevant mind: I do not understand why: reasonable foreseeability must surely be something to be attributed to the person guilty of negligence.)³⁷⁰

In der Tat deckt sich das Argument von Richter Bridge mit dem von Larenz, sodass es schwer vorstellbar ist, ein besseres zu finden.³⁷¹ Hier steht der echte Idealtyp des optimalen, mit Fachwissen beurteilenden Beobachters vor Augen, den Larenz in Bezug auf die Frage der adäquaten Kausalität dem Reichsgericht zuschreiben wollte.

6.9.1 Aufforderung zum Richterdiskurs und horizontale Verschmelzung von Common Law und Civil Law

Insbesondere ist das eher pragmatische Faktum zu bemerken, dass unter den englischen Richtern in den jeweiligen konkreten Fällen über solche Grundfragen eine tiefgehende

³⁶⁹ McLoughlin vs. O'Brian, S. 431 f.

³⁷⁰ McLoughlin vs. O'Brian, S. 429.

³⁷¹ Hinsichtlich dessen, dass Larenz' Kritik am optimalen Beobachertyp bzgl. der Rechtsprechung des damaligen Reichsgerichts – zumindest an denjenigen, die von ihm selbst in seinem Lehrbuch vorgestellt worden waren – in der Tat nicht richtig getroffen hatte, ist es einigermaßen ironisch, dass jene Kritik letztendlich erst am Argument eines englischen Richters ihren eigentlichen Gegenstand fand. Freilich ist das Argument von Richter Bridge viel subtiler und anschaulicher als das von Larenz. Bridge unterscheidet nämlich innerhalb des Kausalitätsurteils den Bereich, in dem sich der Richter als Nicht-Experte der Ansicht von Fachexperten fügen muss, von demjenigen, in dem der Richter grundsätzlich seinen eigenen Spielraum hat.

Debatte lebhaft ausgeführt, so transparent wie möglich in ihren eigenen Rechtsprechungen protokolliert und an die Öffentlichkeit adressiert wird. Dieser Punkt wird hier noch einmal besonders betont, weil dies gerade der pragmatische Kern des prinzipiellen Denkens ist, wie in dieser ganzen Arbeit von Anfang an hervorgehoben wird. Denn das positive Recht beruft den Menschen im jeweiligen konkreten Sachverhalt normativ durch seine eigene Objektivitätserfahrung zu einem gemeinsamen Platz und ist seinem Wesen nach etwas Unsichtbares und Schwebendes, das nur durch das Medium des Diskurses reflexiv aufgelöst werden kann.

Das Common Law ist als ein historisch herausgebildetes, institutionelles Denksystem insbesondere auf einen solchen diskursiven Charakter des prinzipiellen Denkens optimal zugeschnitten. Damit ist es ihm im relativen Sinne am besten gelungen, die Forderung nach gesellschaftlicher Gerechtigkeit mit der nach der volksmäßigen, aber zugleich aufklärerischen Rechtsgewinnung in Einklang zu bringen. Zweifellos ist dieser Vorteil grundsätzlich dem pragmatischen Charakter des prinzipiellen Denkens – also dem transparenten, volksmäßigen und tiefgreifenden Richterdiskurs – zu verdanken. Diese Rolle nahm im römischen Recht in klassischer Zeit vorrangig der Prätor ein. Er bewirkte die Auflockerung des strengen, konventionellen Regeldenkens des *ius civile* durch das prinzipielle Denken im *ius gentium*, das mit dem Juristenstand, der zur kontemplativen Systembildung des positiven Rechts neigte, für dessen volksnahe Fortbildung verantwortlich war.³⁷²

³⁷² Hierbei lohnt es, noch einmal daran zu erinnern, was Savigny, System, S. 37 f., Fn. c, über den volksmäßigen Charakter des positiven Rechts sagt: „Jener Charakter findet sich [...] nicht minder aber in den Römischen res judicatae, und zwar in diesen nicht sowohl, wie man leicht glauben möchte, weil die *judices* Privatperson also, in diesem Sinne aus dem Volk genommenen waren; (denn

Allerdings wurde das pragmatische und flexible Moment des prinzipiellen Denkens der Römer auf dem Kontinent durch die Kodifizierung in der Neuzeit drastisch hinter das Systemdenken gestellt. Als Folge davon kam das Systemdenken im Bereich des juristischen Arguments in den Vordergrund, das durch seine Dogmatisierung die Gefahr in sich trägt, um der Denksparsamkeit bzw. Denkbequemlichkeit willen den viel gewichtigeren Faktor des Grundanspruchs auf positives Recht zu opfern, der gerade seinem Wesen zugrunde liegt, indem er gemäß dem gemeinschaftlichen Ideal des kollektiven Lebens jeden Bürger in seinem eigenen Lebenskontext sein eigenes Recht gewinnen lässt.

Trotz des scheinbaren strukturellen Unterschieds ist die Lücke zwischen der Common-Law- und der Civil-Law-Tradition, wie schon in den oben vorgestellten Fällen gesehen worden ist, nicht so groß wie angenommen. Vielmehr findet sich bei einigen wichtigen Rechtsprechungen eine bedeutsame innere Gemeinsamkeit im Richterdenken, insbesondere im Hinblick auf die innere Perspektive des in dieser Arbeit begründeten Hermeneutismus; obwohl dieses prinzipielle Denken in der deutschen Rechtspraxis allerdings nicht so häufig wie in England in hellem Licht zutage tritt.

der Rechtssatz, worauf hier alles ankommt, ging ja von dem Prätor aus, nicht von dem *judex*); sondern deswegen, weil der Prätor selbst jährlich wechselte, und nicht gerade einem gelehrten Juristenstand angehörte, also die allgemeine Volksansicht repräsentierte.“ Allerdings ist hierbei davor zu warnen, den geistigen Unterschied zwischen Prätor und Jurist zu schematisch aufzufassen. Die römischen Juristen haben in ihrem Systemdenken stets das prinzipielle Moment lebendig wirken lassen, was sie grundsätzlich von den heutigen kontinentalen Juristen unterscheidet.

6.9.2 *Das positive Recht und das normative Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft*

Naturgemäß fragt sich nun, ob es weder möglich noch erforderlich ist, die großartigen Rechtstraditionen Common Law und Civil Law, durch die weltweit die Denkstruktur von Juristen in zahlreichen Ländern bestimmt wurde, einem geistigen Horizont zu integrieren. Auf die große Frage, ob die intellektuellen Horizonte dieser Rechtstraditionen sachlich verschmelzen sollten, statt für- und gegeneinander bloß Spiegel des oberflächlichen Vergleichs zu bleiben, kann keine passende und endgültige Antwort gegeben werden, denn dies würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Dazu kann jedoch ein wichtiger Ansatz gegeben werden, und zwar nicht aus rein faktischer bzw. historischer Perspektive, sondern aus der vielleicht viel wichtigeren praktischen Perspektive. Immerhin steht diese Frage auch mit dem allgemeinen normativen Selbstverständnis der modernen Staatsgesellschaft in enger Beziehung, namentlich mit der Idee des Rechtsstaats bzw. „The Rule of Law“.

Kapitel 6

Das prinzipielle Denken und der politische Hermeneutismus im Feld der Rechtsgewinnung

1. Vom metaphysischen Hermeneutismus zum politischen Hermeneutismus

Im vorangegangenen Kapitel wurde kurz erwähnt, dass das prinzipielle Denken, das vor allem durch seine Volksmäßigkeit und Anschaulichkeit gekennzeichnet ist, im Bereich des positiven Rechts bei den Römern insbesondere von den Prätores vertreten worden war. Cicero, der unzweifelhaft beste Verteidiger des altertümlichen republikanischen Regimes, gilt ebenfalls als der beste Zeuge für das prinzipielle Denken. Das liegt nicht nur daran, dass er selbst als Prätor leidenschaftlich tätig war, sondern auch daran, dass sein Denkmodus über das positive Recht, der in seinem Werk „*De officiis*“ klar zutage kam, gerade dem entspricht, was hier unter dem Begriff des prinzipiellen Denkens konzipiert wird. Anhand der folgenden zwei Beispiele Ciceros erhellt zunächst sein prinzipielles Denken.

Im ersten Fall geht es um die Pflicht des Verkäufers zur Mitteilung. Ein Mann betreibt einen Seehandel. Es herrschte einmal in seinem Land eine große Hungersnot, und der Getreidepreis stieg dementsprechend plötzlich hoch an. Der Kaufmann verschaffte sich schnell Getreide im Ausland und brachte es heim. Während der Rückkehr erkannte er aber, dass die anderen Händler dasselbe wie er gemacht hatten und gerade auf dem Heimweg waren, obwohl sie sich ein bisschen verspätet hatten. In diesem Fall fragt Cicero, ob dieser Händler diese Umstände den Leuten in seinem Land – also seinen möglichen Käufern und damit den Käufern der

anderen Seehändler – mitteilen soll oder stattdessen seinen höchstmöglichen wirtschaftlichen Vorteil ausnutzen kann und darf. Cicero begreift die Situation als Konfliktfall zwischen privater *utilitas* – privater Nützlichkeit – und *honestas* – der Ehrlichkeit:

„Sed incidunt [...] saepe causae, cum repugnare utilitas honestati viedatur, ut animadvertendum sit, repugnente plane an possit cum honestate coniungi. [...] Si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse naveaque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus?“

„Aber [...] ergeben sich oft Fälle, wo der Nutzen der Ehrenhaftigkeit zu widerstreiten scheint, so daß man sein Augenmerk darauf richten muß, ob er gänzlich widerstreite oder mit der Ehrenhaftigkeit versöhnt werden kann. [...] wenn z.B. ein gutgesinnter Mann bei einer Hungersnot der Rhodier und einer beträchtlichen Steigerung der Lebensmittelpreise eine große Ladung Getreide von Alexandria nach Rhodos gebracht hat, wenn er ferner weiß, daß von Alexandria aus mehrere Kaufleute in See gestochen sind, und wenn er auf der Fahrt Schiffe mit Getreide an Bord in Richtung Rhodos gesehen hat, wird er das dann den Rhodiern sagen oder stillschweigend sein Getreide möglichst teuer verkaufen?“³⁷³

Dazu setzt Cicero zwei Sprecher ein, die jeweils einen Aspekt des Falls befürworten, und zwar einerseits die skeptische Ansicht der Stoiker, andererseits die Gegenansicht prinzipieller Denker:³⁷⁴

„In huiusmodi causis aliud Diogeni [...] videri solet, magno et gravi Stoico, aliud Antipatro, discipulo eius, homini acutissimo; Antipatro omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret, Digeni venditorem, quatenus iure civili constitutum sit, dicere vitia oportere, cetera sine insidiis

³⁷³ Cicero, *De officiis* (2007), Buch III, § 12.

³⁷⁴ Angesichts dessen, dass eine Hungersnot in altertümlicher Zeit nicht selten war und das Leben zahlreicher Mitmenschen ernsthaft unmittelbar bedrohte, haben die Römer jene Problematik im Rahmen einer öffentlichen Angelegenheit möglicherweise schon aus der Perspektive der öffentlichen Politik betrachtet. Aus dieser Perspektive ergibt sich die Dimension der öffentlichen Nützlichkeit und nicht einer rein privaten. Aber Cicero bevorzugt es, jene Problematik im Rahmen des Konflikts der privaten Tugenden *utilitas* und *honestas* zu behandeln.

agere et, quoniam vendat, velle quam optime vendere. [Diogenes] Advexi, exposui, vendo meum non pluris, quam ceteri, fortasse etiam minoris, cum maior est copia; cui fit iniuria?"

„Für derartige Fälle pflegt etwas anders Diogenes [...] zu scheinen, einem großen und bedeutenden Stoiker, etwas anders Antipater, seinem Schüler, einem scharfsinnigen Mann. Nach Antipater ist alles offenzulegen, damit ja nichts, was der Verkäufer weiß, der Käufer nicht weiß; nach Diogenes muß nur so weit, wie es durch das Bürgerrecht festgelegt ist, Mängel angeben, alles übrige ohne Hintergedanken betreiben [dürfte], weil er als Verkäufer so teuer wie möglich verkaufen will. [Nun, Diogenes;] Ich habe meine Ware herangeschafft, sie angeboten und verkaufe sie nicht teurer als andere, vielleicht sogar billiger dadurch, daß die Menge größer ist. Wem geschieht da Unrecht?“³⁷⁵

Darauf reagiert Antipater wie folgt:

„Quid ais? Tu, cum hominibus consulere debeas et servire humanae societati eaque lege natus sis et ea habeas principia naturae, quibus parere et quae sequi debeas, ut utilitas tua communis sis utilitas vicissimque communis utilitas tua sit, celabis homines, quid iis adsit commoditatis et copiae?“

„Was sagst du? Obwohl du für die Mitmenschen sorgen und der menschlichen Gemeinschaft dienen müßtest und auf diese Weise geboren bist und [in dir] die Prinzipien der Natur hast, denen du gehorchen solltest, dass deine Nützlichkeit zum Gemeinwohl gehört und umgekehrt das Gemeinwohl zu deiner Nützlichkeit gehört, willst du es den Menschen geheimhalten, weil es zu deiner Bequemlichkeit und deinem Vermögen dient?“³⁷⁶

Als Diogenes über die Existenz einer aktiven Mitteilungspflicht seine skeptische Ansicht weiterentwickelte, indem er sagt, was dem einem nützlich erscheint, braucht für den anderen nicht notwendig dasjenige zu sein, was von diesem gesagt werden soll, erwidert Antipater:

„Immo vero necesse est, si quidem meministi esse inter homines natura coniunctam societatem.“

„Es ist nötig, wenn du wirklich daran denkst, dass es unter den Menschen eine von der Natur geknüpfte Gemeinschaft gibt.“³⁷⁷

³⁷⁵ Cicero, De officiis (2007), S. 262 ff.

³⁷⁶ Cicero, De officiis (2007), S. 264 f.

³⁷⁷ Cicero, De officiis (2007), S. 264 f. [Übersetzung vom Verfasser]

1.1. Egozentrischer Liberalismus

In diesem von Cicero konstruierten Dialog zwischen einem Skeptiker und einem prinzipiellen Denker über *reticentia*, also das Verschweigen in Vertragsschlusssituationen, klingt sehr stark an, woher der Unterschied zwischen den zwei Gesellschaftsbildern kommt, die vom Liberalismus des Altertums bis in die Gegenwart das normative und politische Denken im Spannungsverhältnis durchdringen: Das Schlagwort „*quatenus iure civile constitutum sit*“ spiegelt den egozentrischen Liberalismus wider, d.h. eine liberalistische Ansicht über die Wurzel der Gesellschaft und die Freiheit des Einzelnen. Da die *societas*, also eine Verknüpfung von Menschen, wie schon bei Aristoteles angenommen wurde, grundsätzlich auf dem materialen und äußeren Bedürfnis des Einzelnen nach dem Austausch von Waren und Diensten basiert, kommt die Freiheit des Einzelnen dementsprechend dort zustande, wo dieses Grundbedürfnis vor allem unter den Einzelnen gegenseitig anerkannt wird und aufgrund dessen allgemeine Handlungsmuster in Form von öffentlichen Regeln gesichert sind. Das Regelsystem bestimmt also die Rahmenbedingung der Handlungsfreiheit der Einzelnen, d.h. dort, wo ein solches System von Regeln für das wirtschaftliche Leben durch die Abmachung von gesellschaftlichen Mitgliedern – sei es auf dem Niveau des Einzelnen wie in der Neuzeit oder auf dem der sozialen Klassen wie im Altertum – schon etabliert worden ist, generiert sich erst ein freier Spielraum des Einzelnen, in welchem er wie in einem Vakuum alles beliebig tun dürfte, wie er es will.

Jener egozentrische Liberalismus hat aber die folgende weitere Implikation für die Initiative der menschlichen Handlung. Die Konzeption der Grenze der Handlungsfreiheit ist den Gesellschaftsmitgliedern nicht etwas dynamisches, was durch

die Reflexion von einem einzelnen Handlungstifter auf dem jeweiligen Handlungsmoment zu regenerieren ist, sondern etwas stabiles, was ihm, und zwar ohne Berufung auf jenes innere Moment, auf konventioneller bzw. institutioneller Ebene bloß vorbestimmt ist. Der Einzelne braucht also nach jener Ansicht des Liberalismus beim Entschluss seiner Handlung grundsätzlich – insbesondere in Grenzfällen wie den oben gezeigten – nicht zu betrachten, welchen Sinn sie sowohl ihm wie auch der Gesellschaft als Ganze macht. Stattdessen wird von ihm nur gefordert, sich danach zu erkundigen, ob seine Handlung überhaupt irgendwelche konventionell bzw. institutionell gebildete Grenzen einer Regel übertritt oder nicht. Die Ansicht des Diogenes basiert auf dem egozentrischen Liberalismus.

1.2 Solidarischer Liberalismus

Dagegen steht das Wort von Antipater, „*natura principis coniuncta societas*“. Es handelt sich hierbei um eine ganz andere Ansicht über die Wurzel der menschlichen Freiheit und Gemeinschaft. Nach diesem solidarischen Liberalismus wurzelt die Menschenverknüpfung nämlich nicht im materiellen Austauschbedürfnis des Einzelnen, sondern in gemeinsamen normativen Überzeugungen, die der Einzelne durch die Reflexion über das praktische Leben in seiner Lebenswelt sinndeutend herbeiführt. In diesem Liberalismus stellt das Medium bzw. die Rahmenbedingung der Freiheit des Einzelnen keine konventionell bzw. institutionell gegebene soziale Regel dar. Vielmehr ergibt sie sich aus dem normativen Gefühl und der Fähigkeit des sinngebenden Einzelnen zur Reflexion selbst. Diese gefühlsmäßige Reflexionstätigkeit des Einzelnen ist ihrem Wesen nach kreativ. In diesem Sinne wird der daraus hervorgehende sprachliche Ausdruck von nun an pauschal als „Sinndichtung“ bezeichnet. Wenn je-

mand etwa in einem Sachverhalt eine Objektivitätserfahrung sinnbildet und ein anderer eventuell diese Objektivitätserfahrung auf ähnliche Weise, etwa durch eigene Reflexion oder das Gespräch sinnbildet, lässt sich im Menschen eine geistige *societas* bilden. Bei dieser Mit-Sinndichtung kommt es allerdings nicht darauf an, ob dazu ein materielles Interesse geteilt wird. Dieses Moment der inneren Entsprechung von Menschen durch Mit-Sinndichtung ist auch insofern bemerkenswert, als es ihretwegen keine Autorität bzw. Konventionalität benötigt, wie es vor allem bei religiösen Ritualen oder reinen sozialen Sitten der Fall ist. Ganz im Gegenteil erfordert und setzt eine solche Mit-Sinndichtung nach ihrem Wesen immer lebhaftere und offene Gespräche und Diskurse von freien Menschen voraus. Die innere Verknüpfung von Menschen ist also etwas, das in jeweiligen konkreten Lebenskontexten immer wieder lebendig begonnen werden kann.

1.3 Entstehung politischer Gemeinschaften im egozentrischen Liberalismus

Daher ist es selbstverständlich, dass das prinzipielle Denken und Rechtsprinzipien – also, der andere Name der Sinndichtung im Konkreten – grundsätzlich *ex facto ante* keine festen Umrisse haben. Dieses Moment der Spontanität und Flüssigkeit des Herstellungsvorgangs von Rechtsprinzipien wird auch bei Cicero mit Nachdruck betont:

„Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civile, tamen natura lege sanctum est. Societas est enim – quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civiles esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem

nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipas utinam sequeremur. Ferunter enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.“

„Obwohl solches wegen der Verschlechterung der Sitte weder als sittlich schlecht angesehen noch durch Gesetz bzw. durch *ius civile* sanktioniert worden ist, sehe ich aber, dass solches durch Naturrechte sanktioniert ist. Die Gemeinschaft ist also – obwohl dies schon häufig gesagt worden ist, trotzdem ist aber noch häufiger von dem Mund zu führen – dort am weitesten, wo sie zu allen offen und bekannt sind, innerer ist [dagegen] die von denjenigen, die zu einem gleichen Volk gehören, noch engerer die von denjenigen, die [bloß] zu einer gleichen politischen Regime gehören. Deswegen haben unsere Vorfahren gewollt, dass eins *ius gentium*, anders *ius civile* sei; obwohl *ius civile* nicht sofort zum *ius gentium* zu werden braucht, *ius gentium* aber [ohne weiteres] als *ius civile* gelten soll. Wir haben dennoch kein festes und deutliches Bild des wahren Rechts und echter Gerechtigkeit: Wir benutzen [stattdessen] die Schatten und das Abbild [von demselben]. Hätten wir dennoch sie folgen können! Sie werden also aus der Natur und den besten und wahren Beispielen hervorgebracht.“³⁷⁸

Diese schöne Aussage von Cicero zeigt klar, wie die praktische Analogie – also die vertretbare Erklärungsform jener Sinndichtung und das, was er seinerseits unter der Begrifflichkeit von *iura natura et gentium* bezeichnet – auf die Bildung der *societas* in einem besonderen Sinne innerlich bezogen ist. Sie zeigt nämlich geradezu den politischen Charakter jener Sinndichtung. Bei der (Mit)-Sinndichtung steht nämlich eine besondere Form der Entstehung der politischen Gemeinschaft vor Augen, also diejenige von freien Menschen, die durch innere Überzeugung auf die aufgeklärte Eröffnung solcher Sinnwelt ausgerichtet sind.

1.4 Sinndichtungsgemeinschaft im solidarischen Liberalismus

Die Sinndichtung und daraus hervorgehende Rechtsprinzipien sind per se eine geistige Erscheinungsform der politi-

³⁷⁸ Cicero, *De officiis* (2007), S. 278 f. [Übersetzung vom Verfasser]

schen Gemeinschaft selbst. Sie gewinnt ihre Erhaltungskräfte also nicht durch an dem Moment des Austausches von Interessen verfolgenden egozentrischen Menschen, sondern an dem der Mit-Sinndichtungstätigkeiten von freien reflexiven Einzelnen.

Im ersten Kapitel wurde bereits ausführlich erörtert, dass für diejenigen, die nur konventionell bzw. institutionell gegebene Regeln sowohl innerlich wie auch äußerlich – also gegenüber den anderen – geltend machen und befolgen wollen, Selbstentfremdung in ihrer eigenen Lebenswelt eine unvermeidliche Sache ist. Gerade dieses Schicksal erwartet jene Gesellschaft des egozentrischen Liberalismus und auch eine verfeinerte Version desselben, also den Utilitarismus ohne irgendeine metaphysische Voraussetzung bzw. öffentliche Grundlage.

Wie schon im Kapitel bei der Betrachtung von Austins Utilitarismus – insbesondere durch seine Betrachtung über die Begründungsgrundlage des Eigentumsinstituts – gezeigt, kann auch der Utilitarismus dieses Schicksal nicht insofern vermeiden, als er darauf besteht, dass er selbst ohne Grundannahme der metaphysischen Instanz bzw. Existenz der Öffentlichkeit auskommen kann, indem er nämlich von den rein selbstbezogenen Interessen des Einzelnen ausgehend nur auf jener Ebene bleibt.³⁷⁹

³⁷⁹ Utilitarismus kann dem Schicksal der Selbstentfremdung nicht entgehen, weil durch rationales Kalkül des Einzelnen am Rechtsinstitut nur der eigene Lebenskurs eingeschlagen wird, auf dem es keine Begegnung mit anderen gibt, auch wenn sie sich auf dem gleichen Weg befinden. Aus diesem Grund muss der Standpunkt des rationalen Betrachters des Utilitarismus, wenn er sich selbst als eine Ethiktheorie zeigen will, eigentlich nicht in privaten Sphären, sondern ursprünglich und stets in der Öffentlichkeit sein. Insofern ist das utilitaristische Denken eher auf die Politik, also auf die Gesetzgebung und Justiz in der Öffentlichkeit, ausgerichtet als auf reine Moralität, in der es grundsätzlich – obwohl der Utilitarismus

1.5 Die Herausstellung des Rechtsprinzips „neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia“

Was Cicero lebendig vorschwebt, besteht aus zwei Phasen. Bei der ersten Phase geht es, wie oben erörtert, um die *reticentia*, das Verschweigen des Verkäufers. Ein Mann verkaufte also sein Haus auf einem Hügel, nachdem er von den Auguren erfordert worden war, einen Teil davon abzubauen, weil er die Aussicht der Auguren einschränkte. Von diesem Umstand hatte er aber den Käufer bei Vertragsabschluss nicht informiert. Nachdem dieser Käufer als neuer Eigentümer von den Auguren die gleiche Forderung erhielt, erkannte er, dass er vom Vorbesitzer getäuscht worden war. Nach Cicero war dieser Fall eigentlich schon durch die Interpretation der Zwölftafelgesetze von *iuris consultis* geregelt, und zwar nach der *Aequitas*, in diesem Fall zu Gunsten des Käufers, nicht nach dem *ius stricto* interpretiert, weil der Verkäufer den Nachteil, den das Haus mit sich brachte, beim Vertragsschluss nicht explizit durch das Wort dem Käufer gegenüber benannt hat. Dies schreibt das Zwölftafelgesetz aber generell vor, sodass das Gesetz durch die Interpretation von *iuris consultibus* dennoch auf das arglistige Schweigen des Verkäufers zur Anwendung kam.

Von dieser Rechtslage aus erörtert Cicero in der zweiten Phase die folgende Variation,³⁸⁰ bei der der Käufer, der ein Haus in Unkenntnis darüber, dass die Nachbarn sich davon eingeschränkt fühlen (also *servitute*), von dem ursprünglichen Ex-Verkäufer gekauft hat. Dieser Käufer war also

gerade das Gegenteil behauptet – auf die Handlungsmotive des Einzelnen ankommt.

³⁸⁰ Zur Vereinfachung von Ciceros Denkvorgang sind hier beide Fälle in eine Fallgestalt integriert. Allerdings verändert sich dadurch nichts an dem Wesentlichen seines Denkmodus.

ursprünglich der Ex-Eigentümer jenes Hauses. Dieser hatte es wegen der öffentlichen Belästigung, die dem Haus anhaftete, dem jetzigen Eigentümer verkauft, indem er allerdings in *mancipatio* – also beim Eigentumsübergang – diesen Mangel bekanntgab. Daraufhin bot dieser Ex-Eigentümer dem neuen Eigentümer später das Haus noch einmal zum Verkauf an. Auf diese Weise hätten die beiden Parteien einen Rückkaufvertrag abgeschlossen. Aber bei der *mancipatio* gibt der Rückverkäufer dem Rückkäufer diesmal den Mangel nicht an, weil es selbstverständlich ist, dass dieser ihn als Ex-Eigentümer schon kennt. Aber dieser schlaue Rückverkäufer fordert von jenem Rückkäufer Schadenersatz, weil er immerhin nicht getan habe, was nach dem Gesetz vorgeschrieben ist, und ihm dadurch Schaden zugefügt habe.

Cicero erörtert in dieser Fallgestalt, ob dem schlaunen Rückverkäufer Anspruch auf Schadenersatz zusteht. In der Tat erörtert er in diesem Sachverhalt nicht *reticentia*, sondern *astutia*. Hierbei geht es darum, ob ein scheinbar rechtlich schlauer Anspruch eines Bürgers, der durch eine solche Gesetzeslücke andere Bürger zum Opfer seiner wirtschaftlichen Interessen machen will, überhaupt schutzwürdig ist. Das folgende Argument, das aus Ciceros eigener Sinndichtung von Objektivitätserfahrung im Konkreten hervorgegangen ist, zeigt eine klare strukturelle Ähnlichkeit mit dem Argument die Herausbildung des Rechtsprinzips „Nobody may take advantage of private profit from his own wrong.“:

„Suntene igitur insidiae tendere plagas, etiam si excitatus non sis, nec agitatus? Ipsae enim ferae nullo insequente saepe incidunt. Sic tu aedes proscribas, tabulam tamquam plagam ponas, [...] in eam aliquis incurrat imprudens?“

„Ist das [bloße] Erstrecken eines Garns keine Hinterlist, wenn du [die andere Person] weder dazu erregst noch darin jagst? Wilde Tiere fallen [aber] selbst ohne verfolgt zu sein oft darin. Auf gleicher Weise kannst du ein Verkaufsangebot

eines Hauses machen, quasi wie du solches Garns anlegst.“³⁸¹

„[...] *Ex quo intellegitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia.*“

„[...] Daraus wird verstanden – weil die Natur die Quelle des Rechts ist – dass es naturgemäß ist, dass niemand die Ungeschicklichkeit von fremden Beute machen darf.“³⁸²

2. *Aequitas* als allgemeine und *utilitas* als besondere Erscheinungsform des positiven Rechts

Nun ist der Zeitpunkt, den hierbei erläuterten politischen Hermeneutismus mit dem in den vorigen Kapiteln entwickelten metaphysischen Hermeneutismus in Verbindung zu bringen. Im Rahmen der Dekonstruktion der Begrifflichkeit der Gewohnheitsregel bzw. des Gewohnheitsrechts wurde festgestellt, dass die bloße Existenz irgendeiner Handlungsgewohnheit vom Kollektiv für die Existenzfeststellung solcher Regeln nur sekundär und subsidiär – also nicht erforderlich – ist. Sodann wurde erkannt, dass es dafür im Wesentlichen auf die Feststellung von *necessitatis opinio* ankommt, die jener Gewohnheit anhaftet, und schließlich die Erkenntnis gewonnen, dass die *necessitatis opinio* lediglich durch die aktive Akzeptanz ihres Betrachters, d.h. nur innerlich, ihre ontologische Form annehmen kann. Aus diesem Vorgang ergab sich die wichtige Einsicht, dass die Notwendigkeitsansicht sogar bei Fehlen einer Handlungsgewohnheit in einem konkreten Lebenssachverhalt dem Betrachtenden ebenso innerlich gelten kann, d.h. die normative Ansicht kann ohne irgendeine Handlungsgewohnheit ausstrahlen. Daraus resultierte die Dekonstruktion des Begriffs der

³⁸¹ Cicero, *De officiis* (2007), S. 276 ff. [Übersetzung vom Verfasser]

³⁸² Cicero, *De officiis* (2007), S. 280 f. [Übersetzung vom Verfasser]

Gewohnheitsregel. Wo die konventionelle Begrifflichkeit zusammenbrach, wurde die Begrifflichkeit des normativen Topos aufgestellt. Darunter wird die noch nicht in der Wirklichkeit verkörperte, aber im Sinndeutungsraum schwebende Ansicht, die mit normativen Kräften versehen ist, verstanden. Da solche unsichtbaren Topoi als lebendige Kräfte das menschliche praktische Leben umfassend bestimmen, wurde die geistige Phase der Entstehung von unsichtbaren normativen Topoi „metaphysischer Hermeneutismus“ genannt.

2.1 *iura natura* und *iura non scripta*: Die Verbindung von politischem und metaphysischem Hermeneutismus

In dem römischen Begriffspaar *ius scriptum* und *ius non scriptum* liegt ein klarer Ansatz des metaphysischen Hermeneutismus. Die römischen Juristen sahen das Begriffspaar grundsätzlich – zumindest in Bezug auf dessen normativen Kräfte – als Einheit ohne graduellen oder qualitativen Unterschied an, d.h. *ius scriptum* et *ius non scriptum* sind im Wesentlichen grundsätzlich auf Objektivitätserfahrungen von Menschen gleich ausgerichtet. Diesen prinzipiellen Denkmodus berücksichtigten die römischen Juristen bei der Betrachtung des positiven Rechts grundsätzlich immer, obwohl sie nicht so radikal wie Cicero die Dekonstruktion des Gewohnheitsrechts vorgenommen und auf die Besinnung von normativen Topoi in Reinform – also auf dem, was er *iura natura* genannt hatte – eingegangen waren:

„Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudico populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“

– [...] Althergebrachte Gewohnheit wird mit gutem Grund wie ein Gesetz befolgt, und dieses ist als das durch die Sitte zustande kommende Recht gesagt. Denn wenn selbst die Gesetze aus keinem anderen Grund befolgen wir, als des-

wegen, weil sie durch die Entscheidung des Volkes akzeptiert sind, dann bindet zu Recht auch das alle Bürger, was das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat. Denn welchen Unterschied macht es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundtut oder durch die Sache selbst und seine Handlung?³⁸³

Der politische Hermeneutismus und der metaphysische Hermeneutismus sind keine an sich getrennten intellektuellen Gebilde, sondern Grundaspekte ein und derselben Sache. Die Begrifflichkeit der *iura natura* erfordert nämlich die der *iura non scripta* im metaphysischen Hermeneutismus, ebenso wie die *iura non scripta* die der *iura natura* im solidarischen Liberalismus erfordern. Beide Grundbegrifflichkeiten setzen sich auf diese Weise gegenseitig voraus.

2.2 Die Erscheinung des positiven Rechts ist immer politisch

Die Grundthese, die diese Arbeit durchzieht, lässt sich in einem Satz auszudrücken: Die Erscheinung des positiven Rechts in der menschlicher Lebenswelt, ganz im Gegensatz zur Ansicht des vom Systemdenken orientierten Positivismus, dass das positive Recht grundsätzlich ein wertneutrales – sowohl moralneutral als auch politikneutral – Gebilde sei, ist immer politisch. Die Menschen sind nämlich in diese Politizität des positiven Rechts fast schicksalhaft eingebettet und von ihr umgeben, sofern sie auf ihren Trieb als Gattungswesen zur Sinnggebung des eigenen Lebens nicht verzichten. Die Einsicht, dass die Erscheinung des positiven Rechts grundsätzlich politisch ist, wurde wohl auch von Savigny bemerkt:

³⁸³ D.1.3.32. Iulianus. Corpus Iuris Civilis II, Übers. von Okko Behrends und Rolf Knütel u.a. (1995), S. 115 [Tw. modifizierte Übersetzung vom Verfasser].

„Das allgemeine Element [des positiven Rechts] [...] erscheint wiederum in verschiedenen Gestalten. Am reinsten und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts im allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen, die Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute [...] was die Neueren Natur der Sache nennen (*aequitas* oder *naturalis ratio*).“³⁸⁴

Aequitas, die politische Erscheinung des positiven Rechts, wirkt überall als ständige Kraft auf ihre innere Struktur ein, insbesondere auf ihre Oberfläche, und trägt so wesentlich zur Erfüllung und Fortbildung des *ius scriptum* bei:

„In diesem Gegensatz erscheint uns das besondere oder nationale Element, und alles Einzelne, was in der logischen Konsequenz desselben enthalten ist, als der bloße Buchstabe des Rechts (*jus strictum*); in solcher Abgeschlossenheit ist dasselbe unvollkommen und beschränkt, es hat aber die Fähigkeit, im Lauf der Zeit die ihm verwandten allgemeinen Principien mehr und mehr in sich aufzunehmen und sich durch die zu erweitern.“³⁸⁵ [...] Die Formen, unter welchen diese organische Erweiterung des Rechts bewirkt wird, sind vorzüglich *fictiones* und *utiles actiones*.“³⁸⁶

2.3 *Utilitas als iura singularia*

An dieser Stelle ist keine zusätzliche Erklärung dafür notwendig, dass sich die politische Erscheinung des positiven Rechts im Wesentlichen durch die *Aequitas* – mit den Worten Savignys: durch Gleichheit der sittlichen Würde von Einzelnen – bestimmen lässt. Die universale, allgemeine Erscheinungsform des positiven Rechts ist nämlich *aequitas*.

Aber wie oben bei der Betrachtung von John Austin gesehen worden ist, kommt der Utilitarismus – also die Ansicht, dass das Denken an rationale Summierung von selbstbezogenen Interessen der Einzelnen sowohl Grundstandard als auch Hilfsmittel für die Gesetzgebung und Gesetzesauslegung

³⁸⁴ Savigny, System, S. 55.

³⁸⁵ Savigny, System, S. 55.

³⁸⁶ Savigny, System, S. 295.

sein soll – als Paar (oder als Alternative) in Betracht,³⁸⁷ sofern er in sich ursprünglich von der Perspektive der Öffentlichkeit ausgeht. Durch die konkurrierende Behauptung des Utilitarismus nimmt die politische Erscheinungsform des positiven Rechts allerdings komplizierte Gestalten an, und zwar in verschiedenen Tönen innerer Spannungen. Dementsprechend wurden im vorherigen Kapitel bei der Analyse der konkreten Rechtspraxis verschiedene Erscheinungsformen der richterlichen Argumentation näher betrachtet.

Nach dem hier entwickelten Hermeneutismus muss aber die Erscheinung des positiven Rechts, welche der Utilitarismus als *utilitas* konkurrierend projiziert, eine Ausnahme bleiben und kann keineswegs als Regel gelten. Denn dieses utilitaristische Kalkül basiert nicht auf Sinnlichkeit, sondern auf der Berechnung rein wirtschaftlicher Interessen. Die bildende Kraft der aus dem rein utilitaristischen Denken hervorgehenden *iura singularia* muss insofern im Wesentlichen sehr eingeschränkt sein. Savigny fasst diese verschiedenen Gestalten der Erscheinungsform des positiven Rechts, die sich vor allem durch das prinzipielle Denken, aber eventuell auch durch das utilitaristische Denken mitbestimmen lassen, auf dem Standpunkt des Hermeneutismus wie folgt prägnant zusammen:

„Mittelbar und in gemischterer Natur erscheint das allgemeine Rechtselement: 1) als Beobachtung sittlicher Zwecke außer dem Rechtsgebiet (*boni mores*), 2) als Beachtung des Staatesinteresses (*publica utilitas, quod rei publicae interest*), 3) als väterliche Vorsorge für das Wohl der Einzelnen (*rei utilitatis*), z.B. Beförderung des Verkehrs, Schutz einiger Klassen, wie Frauen und Minderjährigen, gegen besonders Gefahren. Nach dieser Übersicht lassen sich die Entstehungsgründe auch folgendergestalt klassifizieren. Sie beruhen entweder rein auf dem Rechtsgebiet für sich (*jus strictum* und *aequitas*), oder zugleich auf der Mitwirkung solcher Principien, die nicht in dem Glänzen dieses Gebietes liegen,

³⁸⁷ Sogar Austin behauptet, dass der Utilitarismus dem Gedanken an *aequitas* vorangestellt sein soll.

obgleich sie das allgemeine Ziel mit demselben gemein haben (*boni mores* und jede Art von *utilitas*).³⁸⁸ [...] die anomalischen Rechtssätze aber sind aus fremdartigen Principien entsprungen, und dem Rechtssystem bloß eingefügt (§ 16), weshalb ihnen die organisch bildende Kraft des regelmäßigen Rechts nicht zugeschrieben werden kann.³⁸⁹

3. Der politische Hermeneutismus Dworkins

Im obigen Zitat von Savigny findet sich der interessante Begriff „*boni mores*“. Darunter versteht er „Sittliche Zwecke außer dem Rechtsgebiet“, also diejenigen Moralregeln, die mit der *Aequitas* im oben geschilderten Sinne grundsätzlich nichts zu tun haben, obwohl sie zu komplizierten Gestalten der Erscheinungsformen des positiven Rechts beitragen. Um Savignys Begriff „*boni mores*“ und die positivistische Trennungsthese von Recht und Moral besser auffassen zu können, werden wie bisher in dieser Arbeit zunächst konkrete Beispiele vorangestellt.

Die Römer hatten in ihren Familienrechtsinstituten geregelt, dass Schenkungen unter Eheleuten grundsätzlich verboten sind. Das *Corpus Iuris Civilis* gibt die *Ratio* jener Regel so an: „Denn das Liebesgefühl des Ehepaars soll durch die Habgier nicht verdorben werden.“ Das ist ein klares Beispiel dafür, dass eine Moralregel mit der moralischen Konzeption der *Aequitas* kaum etwas zu tun hat. Mit Sicherheit könnte dies auch ein Beispiel dessen sein, was Savigny mit der Begrifflichkeit *bone mores* im obigen Zitat gemeint hätte. An diesem Beispiel ist klar erkennbar, wie die externe moralische Ansicht einer Gesellschaft in das positive Rechtssystem eingegriffen hätte.

³⁸⁸ Savigny, System, S. 55 f.
³⁸⁹ Savigny, System, S. 294.

Ein ähnlicher Eingriff der konventionellen Ansicht über soziale Sitten in das Rechtssystem fand auch in England bei der Debatte über die gleichgeschlechtliche Ehe statt. Als Einwand gegen die sofortige Verrechtlichung wurde erhoben, dass sie die Grundkonzeption der Masse über die Ehe so erschüttere, dass dies einem psychischen Schock gleiche. Auch dies ist ein klares Beispiel dafür, dass etwa konventionelle Sittlichkeit mit der Aequitas nichts zu tun hat.

Beiden Fällen ist eine bestimmte geistige Phase gemein, in der die etablierten Sittlichkeiten einer Gesellschaft auf das positive Rechtssystem einwirken können. Gerade dies scheinen die Rechtspositivisten vor allem mit ihrer Trennungsthese vor Augen zu haben. Und in dieser ersten Dimension hat der Hermeneutismus nichts dagegen. Sofern sich aber diese These spezifisch auf die richterliche Entscheidungstheorie ausrichtet, verhält es sich ganz anderes.

3.1 Die zweite Dimension der Trennungsthese

Wo die Positivisten die Trennungsthese bezüglich Moral und Recht in dieser zweiten Dimension in Betracht ziehen, versteht sie sich üblicherweise wie folgt: Es möge allerdings bei der richterlichen Entscheidung zwar die Verknüpfung von Recht und Moral geben, nämlich durch den ersichtlichen Willen des Autors – also des Gesetzgebers – bzw. durch die semantische Unbestimmtheit des Gesetzestextes selbst. Diese Verknüpfung sei aber dem Richter insofern kontingent gegeben, und zwar dort, wo solche äußeren Stimuli sowohl vom Textautor als auch vom Text selbst nicht gegeben sind. Der Bereich des positiven Rechts ist für den Rechtsanwender grundsätzlich wertneutral vorhanden, d.h. es wird generell verboten, sein eigenes politisches bzw. moralisches Denken bei der Rechtsprechung anzuwenden. Nur dort, wo dem

Richter ein bestimmter Spielraum durch externe Bedingungen künstlich eröffnet ist, darf und kann er ausnahmsweise sein eigenes moralisches bzw. politisches Werturteil einbringen, und zwar abgesehen davon, dass es der Richter selbst ist, der beurteilt, wo und wann ein solcher Spielraum für ihn vorhanden ist.

3.2 Die Kritik an der Porositätsthese

Die Ansicht, dass das positive Recht vom Standpunkt des Rechtsanwenders aus in Bezug auf die Ausübung eines Wertungsurteils grundsätzlich porös sei, bildet den vielleicht den wichtigsten Kern der Trennungsthese des Rechtspositivismus. Diese Behauptung wirkt in der zweiten Dimension so stark auf die aktuelle Denkweise kontinentaler Juristen – seien es deutsche oder koreanische Juristen –, dass sie bei der Aktualisierung ihrer Denkweise sich sogar noch heutzutage dessen kaum bewusst sind.³⁹⁰

Die Trennungsthese des Positivismus begeht aber zwei fatale Fehler, einen wesentlichen und einen subsidiären. Aber dieser zweite Fehler ist gar nicht unbedeutend, ganz im Gegenteil, er ist von grundlegender Bedeutung. Vor allem besteht er darin, dass die Trennungsthese die Objektivitätserfahrung der Richter im Konkreten, auf die sie – wie oben ausführlich erklärt wurde – in ihren eigenen Fällen schicksalhaft innerlich stoßen, völlig ignoriert. Die Grunderscheinung des positiven Rechts als *aequitas* in solchen Objektivitätserfahrungen kann keineswegs ein moralneutrales Phänomen sein, sofern ihr – mit Recht – ein moralischer Charakter gegeben werden kann, allerdings nicht im Sinne rein konventio-

³⁹⁰ Trennungdenken kommt häufig und hauptsächlich bei den Kritikern unter dem Vokabular „Begriffsjurisprudenz“ bzw. „begriffsjuristisch“ vor, vgl. unten bei der Betrachtung von Dworkin.

neller, sondern aus dem reflexiven Denken hervorgehender kritischer Moralität. Diese Einsicht wurde sowohl in dieser Arbeit zentral erläutert wie auch in Savignys Lehre des Volksrechts als metaphysische und politische Grundlage des positiven Rechts klar bemerkt.³⁹¹ Diese Kritik bedarf deswegen keiner zusätzlichen Erklärung.

Der zweite und subsidiäre Fehler der Trennungsthese des Positivismus wird klar, wenn unter der Annahme, dass Porosität des positiven Rechts vorliegt, gefragt wird, wie der Richter in einem solchen porösen Bereich denn sein Werturteil ausüben könne, falls er auf die Existenz einer außerhalb des positiven Rechts liegenden sozialen Sitte stieße.

3.3 Erinnerung an zwei Akzeptanzmodi sogenannter „positiver Moralitäten“

In den Kapiteln II und III wurde schon ausführlich erörtert, dass die Moralität in der Lebenswelt nach dem jeweiligen Akzeptanzmodus des Betrachters selbst im Grunde zwei alternative ontologische Formen annehmen kann. Dies wird jeweils als Regel und Prinzip begriffen. Diese Betrachtungsweise wird in den folgenden Beispielfällen angewendet: Einem römischen Richter stehen angesichts eines Scheinkaufvertrags unter Eheleuten auf die Frage nach dem Schenkungsverbot zwei Wege zur Beurteilung des Falls zur Verfügung. Dabei kann er die Ratio, also die moralische Ansicht seiner Lebenswelt, dass die Liebe des Ehepaars nicht durch Habgier verdorben werden dürfe, unterschiedlich auffassen.

³⁹¹ Siehe Savigny, System, S. 55: „[...] am reinsten und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts im allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen, die Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute [...] was die Neueren Natur der Sache nennen (*aequitas* oder *naturalis ratio*).“

Entweder akzeptiert er sie als eine rein konventionelle Regel oder als ein Prinzip für die Lebenswelt.

Wählt er den ersten Weg, d.h. falls er selbst aus dem Standpunkt eines quasi äußeren Beobachters in seiner Lebenswelt jene Ansicht nur passiv akzeptiert und sowohl in sich als auch nach außen gelten lässt, nämlich mit der Haltung, dass er ihr nur deswegen folgt, weil die Masse sie als Norm akzeptiert habe, gerät er dadurch in Selbstentfremdung von seiner Lebenswelt. Dies war das Ergebnis von Kapitel I der vorliegenden Arbeit. Nur dann, wenn der Richter aus prinzipiellem Denken den zweiten Weg wählt, indem er selbst jene konventionelle Ansicht kritisch überprüft, und nur dann, wenn er sie als Folge davon als sein eigenes Prinzip – sowohl in sich wie auch nach außen – aktiv als Norm repräsentiert, kann er einer derartigen Selbstentfremdung entgehen.³⁹² Bei dem ersten Weg geht das richterliche Werturteil darauf zurück, dass der Richter in der Selbstentfremdung dem Urteil der Massen blind folgt. Bei dem zweiten Weg läuft es in der Tat darauf hinaus, dass er immer sein eigenes Dafürhalten als einzigen normativen Maßstab für gesellschaftliche Normativitäten anwendet.

4. Dworkins Theorie der „background moral rights“

Bezüglich Ciceros Gedanken wurden oben zwei Idealtypen der Gesellschaft erläutert, die jeweils zwei Versionen des Liberalismus im kollektiven Leben des Menschen projizieren. Aus diesem Grund kann beim solidarischen Liberalismus einer geistigen Gemeinschaft im Gegensatz zum egozentri-

³⁹² In dieser Lage würde er bzgl. seines Falls den Scheinkaufvertrag unter Eheleuten scheinbar *contra legem* anerkennen, freilich mit seinen eigenen ausführlichen Begründungen.

schen Liberalismus der Austauschgesellschaft eine kontinuierliche und lebendige Entstehung festgestellt werden, in der reflexive, sinngebende freie Menschen in konkreten Lebenssachverhalten durch argumentativ wohlbegründete normative Überzeugungen miteinander innerlich verknüpft sind.

Dworkins Theorie der „background moral rights“ setzt dieses Moment der unsichtbaren Gemeinschaftsbildung beim solidarischen Liberalismus voraus. Sofern eine Gesellschaft durch diesen Liberalismus ständig in die Wirklichkeit projiziert wird, erscheint sie den Einzelnen quasi als ein normativer Agent, der sozusagen von Fleisch und Blut und Emotion ist. Die Gesellschaft stellt sich also den Einzelnen als eine praktische Person vor, die quasi für sich selbst denken und handeln und sorgen kann. Auf diese Weise bildet das Ganze selbst zu den Einzelnen ein ursprüngliches Moralitätsverhältnis, und zwar von der Geburt bis zum Tod.³⁹³

Die Konzeption der „background moral rights“ repräsentiert ein solches Selbstversprechen, also das normative Selbstverständnis einer Gemeinschaft als Ganze gegenüber den Einzelnen, dass sie jeden Einzelnen ständig als politische „Equals“ behandeln wird, und zwar unabhängig davon, welche sozialen, ethnologischen, wirtschaftlichen bzw. religiösen Hintergründe sie haben:

³⁹³ Im Gegensatz dazu kommt beim egozentrischen Liberalismus ein ursprüngliches Moralitätsverhältnis des Einzelnen zum Ganzen gar nicht in Betracht; weil er ein derartiges unsichtbares Moment der geistigen Bildung einer Gemeinschaft durch normatives Denken des Einzelnen nicht kennt. Für ihn herrscht nämlich außerhalb der Regelbereiche, die durch die Vereinbarung Einzelner zur Erschaffung von Handlungsmodi etabliert worden sind, in einer Gemeinschaft grundsätzlich ein wertneutraler, normativ leerer Raum für Interessenverknüpfung, worin alle Spielräume von normativen Kräften entweder ausgehöhlt oder der willentlichen Verfügung des Einzelnen anvertraut sind.

„[...] both of these important political values [democracy, a rule of law] are rooted in a more fundamental ideal, that any acceptable government must treat people as equal.“³⁹⁴

Während Dworkin den politischen Aspekt dieses ursprünglichen Moralitätsverhältnisses des Ganzen zu den Einzelnen hervorhebt, betont Savigny eher den sittlichen:

„[...] Am reinsten und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts im allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen, die Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute [...] was die Neueren Natur der Sache nennen (*aequitas* oder *naturalis ratio*).“³⁹⁵

Der solidarische Liberalismus setzt ein Gemeinschaftsbild ein, in dem sich eine Gesellschaft als Ganze den Einzelnen gegenüber gleichergestalt dazu verpflichtet, sie davor zu schützen, dass sie im konkreten Sachverhalt durch die Handlungen anderer keine Beschädigung ihrer sittlichen Würde erleiden und darüber hinaus bei Vorliegen einer solchen dem Beschädigten eine gebührende Wiedergutmachung zu gewähren. Die „background moral and political rights“, also die Rechte sowohl in Relation zu den Mitgenossen wie auch zum Staat selbst, eine solche Beschädigung der sittlichen Würde nicht erleiden zu müssen bzw. im Fall ihrer Verwirklichung von der Gemeinschaft als Ganze eine gebührende Wiedergutmachung in Anspruch nehmen zu können, bildet den universalen Kern des Bürgerlichen Rechts im Alltag. Gerade darin besteht die Grundfunktion des positiven Rechts, die der politische Hermeneutismus projiziert:

„It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against states as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law [...], so that they may be enforced upon the demands of individual citizens [...] through courts.“³⁹⁶ [...] They have in mind not only the grand constitutional decisions of the supreme courts but also the more

³⁹⁴ Dworkin, MP, S. 32.

³⁹⁵ Savigny, System, S. 55.

³⁹⁶ Dworkin, MP, S. 11 f.

ordinary civil decisions of states courts developing the common law of contracts and tort and commercial law.³⁹⁷ [...] I want to ask, [...] whether judge should decide cases on political grounds, so that the decision is [...] taken on the ground that certain principle of political morality are right. A judge who decides on political grounds is not deciding on grounds of party politics.³⁹⁸

Vor diesem Hintergrund ist es leicht verständlich, warum Dworkin im semantischen Spektrum der politischen Begrifflichkeit im hier aufgestellten Sinn von dem der Parteipolitik streng unterscheiden will. Der politische Hermeneutismus macht nämlich insofern seinen eigenen Sinn, als er in sich sein eigenes Grundpostulat enthält, dass jeder Einzelne einer Gesellschaft grundsätzlich die gleiche politische Chance haben soll, durch das positive Recht sowohl in seiner Relation mit den anderen Einzelnen als auch in Relation mit dem Ganzen selbst über seine beschädigte sittliche Würde sprechen zu können, und zwar im hellen Licht der Öffentlichkeit.

Das positive Recht als normatives Selbstverständnis einer Gemeinschaft selbst und als institutionelles Werkzeug für die Wiederherstellung der beschädigten sittlichen Würde des Einzelnen im Konkreten erscheint auf diese Weise sowohl politisch als auch moralisch. Hier bricht die seit langem zäh geglaubte, behauptete Doktrin des Rechtspositivismus von Recht und Moral zusammen.

4.1 Die Kritik an der These von „subjektiven Rechten“

Damit bricht aber nicht nur die Trennungsthese des Rechtspositivismus zusammen, sondern auch die These der subjektiven Rechte, die vor allem in deutschsprachigen Ländern seit langem erörtert wird. Darunter pflegt man zu verstehen,

³⁹⁷ Dworkin, MP, S. 10.

³⁹⁸ Dworkin, MP, S. 9.

dass die Existenz der subjektiven Rechte der Einzelnen unter logischem Gesichtspunkt die Existenz des objektiven Rechts voraussetzt, eben dasjenige Recht, was als sprachlich ausformulierte Norm, also *ius scriptum*, in der Wirklichkeit offiziell kundgegeben worden ist. Im Gegensatz zur These der subjektiven Rechte, die grundsätzlich vom Positivismus vor dem Hintergrund des egozentrischen Liberalismus aufgestellt worden ist, erfordert Dworkins Theorie der „background moral and political rights“ eine solche objektive Instanz der institutionellen Gegenständlichkeit nicht, sondern die Objektivitätserfahrung, die sich für den Einzelnen aus dessen reflexiver Tätigkeit im Konkreten ergibt.

Dworkin kritisiert die These der subjektiven Rechte („the rule book conception“) und entwickelt seine eigene Theorie der „rights thesis“, also eine besondere und wichtige Anwendung seiner allgemeinen Lehre der „background moral rights“, im Feld der richterlichen Entscheidung:

„The ‘rule-book’ conception. It insists that, [...] the power of the state should never be exercised against individual citizens excepts in accordance with rules explicitly set out in a public rule book available to all. [...] It insists only that whatever rules are put in the book must be followed until changed.³⁹⁹ [...] It [the rights thesis] does not distinguish, as the rule-book conception does, between the rule of law and substantive justice; [...] it requires that the rules in the rule book capture and enforce moral rights.⁴⁰⁰ [...] It [the rights thesis] supposes that citizens have moral rights – that is, rights other than and prior to those given by positive enactment.⁴⁰¹ [...] A judge who follows the right conception of the rule of law will try [...] to frame some principle that strikes him as capturing, at the appropriate level of abstraction, the moral rights of the parties [...] raised by case. But he cannot apply such a principle unless it is, as a principle, consistent with the rule book [...] in the following sense. The principle must not conflict with other principle that must be presupposed in order to justify the rule he is enforcing, [...] the rule book continues to exert an influence on the question of what

³⁹⁹ Dworkin, MP, S. 11.

⁴⁰⁰ Dworkin, MP, S. 12.

⁴⁰¹ Dworkin, MP, S. 13.

rights the parties have, under the right model, even when background moral rights also exert an influence.⁴⁰² [...] So a decision that takes background rights into account will be superior, from the point of view of that ideal, to a decision that instead speculate on, for example, what the legislation would have done if it had done anything.⁴⁰³

Die allgemeine Aufgabe des Richters besteht daher nach der „rights thesis“ darin, im konkreten Sachverhalt die Entscheidung zu treffen, die dazu dient, die „background moral rights“ der Streitparteien zu bestätigen und zu unterstützen. Hierbei ist noch einmal daran zu erinnern, dass die „rights thesis“ zum solidarischen Liberalismus in einem ursprünglichen, inneren Verhältnis steht:

„It [the rights thesis] encourages each individual to suppose that his relations with other citizens and with his government are matter of justice, and it encourages him [...] to discuss as a community what justice requires these relationships to be. It promises a forum in which his claims about what he is entitled to have will be steadily and seriously considered at his demand.“⁴⁰⁴

4.2 „The Rights Thesis“ und die Objektivitätserfahrung im Konkreten

Oben wurde bereits erörtert, dass Dworkins allgemeine Theorie der „background moral rights“ keine institutionelle bzw. rein konventionelle Gegenständlichkeit, sondern die dem reflexiven Einzelnen erscheinende Objektivitätserfahrung voraussetzt.

In Dworkins „rights thesis“ ist holistische Integrität zwischen dem Recht- und dem Moraldenken zu erblicken, d.h. in der „Werkstatt“ des Richters – also dem Gericht – steht die Verwickeltheit des positiven Recht mit der Politizität des menschlichen kollektiven Lebens vor Augen, die sich selbst

⁴⁰² Dworkin, MP, S. 17.

⁴⁰³ Dworkin, MP, S. 16.

⁴⁰⁴ Dworkin, MP, S. 32.

gerade durch die Objektivitätserfahrung im Konkreten dem Menschen offenbart. Auf diesem geistigen Horizont ist daher – und zwar im Gegensatz zum positivistischen Grundglauben – keine sprachlich zuvor abgesteckte Grenze zu finden, innerhalb derer der Richter bei seiner Entscheidung quasi als moral- bzw. politikneutraler Agent handeln soll. Diese Einsicht ist insofern nicht mehr überraschend, als das positive Recht selbst in der Perspektive des Hermeneutismus ja nichts anderes darstellt als die gemeinschaftlichen Grundüberzeugungen im praktischen Sinne als solche. Vor diesem Hintergrund ist es selbstverständlich, dass sich der Richter in seinem Beruf den Streitparteien gegenüber grundsätzlich als ein Moralitätsträger des gemeinschaftlichen Ganzen – also mit dem Ausdruck Dworkins: als Beschützer der „background moral rights“ – handeln kann und soll.

Vor diesem Hintergrund verpflichtet er sich in seiner „Werkstatt“ vor allem dazu, seine Objektivitätserfahrung den Streitparteien so transparent wie möglich plausibel darzustellen, und zwar durch das solide und dichte Argument, das sich gerne der Methode der praktischen Analogie bedient:

„The political questions the rights model recommends, however, require that the political answers they receive be both explicit and principled, so that their appeal and their compatibility with principles more generally [...] can be tested.⁴⁰⁵ [...] On any plausible theory of rights, moreover, questions of speculative consistency [...] are likely to be of importance in an argument about particular rights, because no claim of right is sound if it cannot stand the test of hypothetical counter-example. But the technique of examine a claim of right for speculative consistency is a technique far more developed in judges than in legislatures.“⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Dworkin, MP, S. 30.

⁴⁰⁶ Dworkin, MP, S. 24.

4.3 Das *ius scriptum* bei der richterlichen Entscheidung im politischen Hermeneutismus

Die Grundidee der richterlichen Begründung der „rights thesis“ – also einer prominenten Version des politischen Hermeneutismus für den Richter – unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen den rein juristischen Rechtsprinzipien und den politischen bzw. moralischen, sofern die Prinzipien, insbesondere im konkreten Sachverhalt, in Gestalt der *aequitas* ausstrahlen.

Damit wendet sich die vorliegende Arbeit einer spezifischen Problematik zu, und zwar dem Grundverhältnis des Richters zum *ius scriptum*. In dieser Denklinie ist es ziemlich klar, wie sich der politische Hermeneutismus – wie Dworkins „rights thesis“ – im Hinblick auf das Gesetzbuch versteht. Es ist also keine sprachliche Fessel für den Richter, der er sich entweder bezüglich der praktischen Absicht des Gesetzgebers als solche bloß fügen soll, die dieser durch die im Gesetzestext verkörperten Standardfälle am aktuellen Sachverhalt verfolgt, oder sogar ohne diese rein wertneutral eingestellte Tätigkeit der Nachvollziehung fremden Denkens der semantisch gegebenen generativen Regel des Gesetzestextes blind folgt.⁴⁰⁷ Vielmehr stellt das Gesetzbuch die wichtigste Fundstelle dar, welcher sich der Richter zur Erklärung der von ihm entdeckten „background moral rights“ (in der hier verwendeten Terminologie: zur Erklärung seiner eigenen Objektivitätserfahrung in der Endstation) bedienen kann und soll:

„[...] The rule book is relevant to that ultimate question. In a democracy, people have at least a strong prima facie moral right that courts enforce the rights a representative legislature has enacted. That is why some cases are easy cases on the right model as well as on the rule book model.“⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Siehe auch Exkurs V unten.

⁴⁰⁸ Dworkin, MP, S. 16.

Damit wird klar, dass der Hermeneutismus keineswegs dem Gesetzbuch seine eigene normative Kraft rauben will. Vielmehr will er nur die konventionelle Ansicht ablehnen, dass das Gesetzbuch die einzige und exklusive Quelle für die Erläuterung der richterlichen Objektivitätserfahrung ist und sein soll: „But though the rights model concedes that the rule book is in this way a source of moral rights in court, it denies that the rule book is the exclusive source of such rights.“⁴⁰⁹

5. „Hard cases“ in der Gesetzesauslegung

Heutzutage wird gern behauptet, dass die sogenannten „Hard Cases“ generell mit den pluralistischen Möglichkeiten zusammenhängen, auf die der Richter bei der Auslegung des Gesetzes manchmal stößt. Diese Aussage gewinnt insbesondere in Deutschland und Südkorea sowie in vielen anderen Ländern an gravierender Bedeutung, wo in wichtigen Bereichen des positiven Rechts – etwa im Bürgerlichen Recht – der Kodifikationsvorgang abgeschlossen ist. Sogar Dworkin, ein Pionier des politischen Hermeneutismus, der seinen Gedanken ursprünglich in Ländern des Common Law entwickelt hatte, äußerte unter dem Einfluss des Positivismus eine im Wesentlichen gleiche Ansicht: „In a modern legal system hard cases typically arise, not because there is nothing in the rule book that bears on the dispute, but because the rules that are in the book speak in an uncertain voice.“⁴¹⁰

Diese Ansicht hat aber nur halbwegs Recht. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtspositivisten das Gesetz grundsätzlich als eine den Richter bindende sprachliche Fessel betrachten, ist es leicht verständlich, dass sich aus der semantischen

⁴⁰⁹ Dworkin, MP, S. 16.

⁴¹⁰ Dworkin, MP, S. 13.

Unklarheit des Gesetzes grundsätzlich „hard cases“ ergeben. Es gilt nun, das Wesen der „hard cases“ genauer zu betrachten und festzustellen, was sie unter dem Gesichtspunkt des Hermeneutismus darstellen.

Oben wurde bereits erörtert, dass das Gesetz für den Richter im Hermeneutismus nicht mehr eine sprachliche Fessel, sondern die wichtigste Fundstelle der Objektivitätserfahrungen ex ante darstellt, durch die er seine eigene, letztgültige Objektivitätserfahrung im Konkreten gestalten kann, indem er nämlich dazu gehörende verschiedene normative Topoi kritisch betrachtet, die in Gestalt der *ratio legis* und *ratio decidendi* bestehen. Diese Objektivitätserfahrung in der Endstation, die als Resultat aus der Synchronisierung der Objektivitätserfahrung ex ante mit der Objektivitätserfahrung im Nackten – also derjenigen Objektivitätserfahrung, die grundsätzlich ex post ohne berufliche Bildung aus dem inneren Gesichtspunkt des allgemeinen praktischen Subjekts hervorgeht – ergibt, wird in dieser Arbeit endgültig als richterliche Rechtsüberzeugung gekennzeichnet.

Durch diese neue Bestimmung der richterlichen Rechtsüberzeugung wird nun mit dem Ansatz Dworkins auch eine neue Bestimmung der „hard cases“ gewonnen. Sie kommen dort vor, wo die Streitparteien mit eigenen guten Gründen vor Gericht ihre eigenen „background moral rights“ in Anspruch nehmen, deren normativen Kräfte sich qualitativ nicht sehr unterscheiden. In diesen Fällen befindet sich der Richter wegen der quasi ähnlichen Anziehungskraft jener Ansprüche derart in einer geistigen Spannung, dass es ihm schwerfällt, seine Rechtsüberzeugung in eine bestimmte Richtung zu steuern.

Im fünften Kapitel dieses Teils der Arbeit wurde ein Fall des Reichsgerichts geschildert, bei dem die zuständige Landesregierung einem Bürger Schadensersatz für die von einem Polizisten in Amtstätigkeit durch einen Fehlschuss verursachte Verletzung leistete. Der Geschädigte verstarb nach der Einlieferung als Notfall in einem Krankenhaus an einer Lungenentzündung, die er sich bei einer grippalen Infektion durch andere Patienten zugezogen hatte. In der Tat hatte sein Tod hinsichtlich der Kausalität im eigentlichen Sinne mit der Fehlhandlung der Polizei aber weniger zu tun.

Bei einer Variation dieses Falls, in welcher der Schädiger kein öffentlicher Vertreter der politischen Gemeinschaft als Ganze, sondern ein Kleinbürger ist, und der erste Schaden, den jener Mann dem Geschädigten direkt angetan hatte, nicht durch einen Fehlschuss verursacht worden wäre, sondern durch einen leichten Verkehrsunfall, wäre zu fragen, welches „background moral right“ der Geschädigte sowie der Schädiger vor Gericht jeweils geltend gemacht hätten, für das der Richter stehen muss. Hierin liegt ein klarer Hinweis, wie sich „hard cases“ dem hermeneutischen Richter darstellen dürften. Ihre Natur besteht nämlich nicht darin, dass der Gesetzestext semantische Unklarheiten enthält, sondern darin, dass die Streitparteien fast gleichgewichtige praktische „background moral rights“ gegenüber dem Richter – also, gegenüber dem Vertreter einer politischen Gemeinschaft als Ganze – geltend machen, sodass quasi ein Ausgleich zustandekommt, welcher dem Richter bei seiner Rechtsüberzeugungsbildung Schwierigkeiten bereitet.

In dieser Hinsicht stellen der oben erörterte Elmer-Fall und der Blutübertragungsfall zumindest aus der Perspektive des vom Hermeneutismus geprägten Richters in der Tat keine „hard cases“ dar. Der Auslegungstreit zwischen zwei engli-

schen Richtern im Elmer-Fall ist oben nicht deswegen von Interesse gewesen, weil der Fall selbst ein „hard case“ war, sondern, weil er die Differenz in der richterlichen Grundhaltung zwischen Positivismus und Hermeneutismus aufzeigt.⁴¹¹

6. Exkurs V: Absicht, Befehl und semantische generative Regel im Gesetzestext – das Wesen der „easy cases“ im Rechtspositivismus

Eigentlich waren der Elmer-Fall und der Blutübertragungsfall in der Perspektive des Hermeneutismus keine „hard cases“, sondern „easy cases“. Aber der Rechtspositivismus begreift sie als „hard cases“, weil der Gesetzestext selbst für den Richter, wie gesagt, eine sprachliche Fessel sei und in diesen Fällen semantisch unklar ist. In einer semantisch deutlichen Fessel löst der Richter den ihm anvertrauten Fall leicht, indem er sich lediglich mit der Subsumtion beschäftigt. Nach dem Rechtspositivismus befindet sich der Richter im Bereich der „easy cases“, wenn ein Gesetzestext per se exakt und semantisch ohne Unklarheiten ausformuliert ist. In dieser Hinsicht existieren „hard cases“ nur als Antithese der „easy cases“ ohne selbständige und eigene Charaktere. Insofern kommt es bei der Betrachtungsweise des Rechtspositivismus eigentlich nicht darauf an, zu bestimmen, was „hard cases“, sondern was „easy cases“ sind.

6.1 Sprachphilosophie nach Wittgenstein und Anscombe

Damit ist diese Arbeit am letzten Punkt angelangt, nämlich der kritischen Betrachtung der positivistischen Ansicht über

⁴¹¹ Allerdings ist es nicht selten der Fall, dass das Berufsbild der Richter eine Differenz zwischen dem Positivismus und dem Hermeneutismus aufweisen.

das Wesen der „easy cases“. Hierbei ist das Abschweifen von der bisherigen langen geistigen Reise in die Gedanken der fünf grundlegenden Autoren Hart, Austin, Thibaut, Savigny und Dworkin zur Sprachphilosophin Elizabeth Anscombe, einer geistigen Tochter von Ludwig Wittgenstein, hilfreich.

Wittgenstein malt mit fast musikalischem Rhythmus ein schönes Bild über die Lebenswelt, in der alle sinngebenden Tätigkeiten von Menschen durch den äußeren und gerade deswegen selbstentfremdeten Beobachter sauber erodiert worden sind. Sogar für die Sprache jener Lebenswelt selbst wurde der Standpunkt der äußeren Beobachtung streng gehalten, so dass Wittgenstein dazu kam, die bekannte Ansicht über das Wesen der Sprache zu äußern, dass der Sinn des Wortes nichts anderes als dessen Gebrauch sei.⁴¹² Auf dieser Grundlage bemerkt Anscombe in ihrer kleinen, aber bedeutamen philosophischen Schrift über das Thema „Intention“:

„A command is essentially a sign (or symbol), whereas an intention can exist without a symbol; hence we speak of commands, not of the expression of commanding; but of the expression of intention. [...] Intention is unlike emotion in this respect, that the expression of it is purely conventional; we might say 'linguistic', if we will allow certain bodily movements with a conventional meaning to be included in language. Wittgenstein seems to me to have gone wrong in speaking of the 'natural expression of an intention' (Philosophical Investigations § 647).“⁴¹³

Diese einsichtsvolle Aussage trifft wohl auf das Wesen der generativen Sprachregeln zu, die in dieser Arbeit als Grundlage zur Generierung des normativen Denkens – also in seinem weitesten Sinne – begrifflich vorgeschlagen worden sind. Weiterhin wurde festgestellt, dass in jenen Regeln die Unterscheidung zwischen der inneren und äußeren Perspektive weder möglich noch sinnvoll ist. Alle sprachlichen Zei-

⁴¹² Ohne eigene Sinngebung wäre der Mensch kaum in der Lage, die Bedeutung eines Wortes zu erfassen.

⁴¹³ Cicero, *De officiis* (2007), S. 262 ff.

chen, die die einzelnen Sachverhalte der Gegenstandswelt ausmachen, gehören also grundsätzlich zu den generativen Regeln, d.h. sie sind „command“ ohne „command post“. Das Netz der generativen Regeln konstituiert sich per se in den Menschen durch die Öffentlichkeit im ursprünglichen Sinne, sodass sie von vornherein als kommunikationsfähige Wesen miteinander verbunden sind. Der Sinn der Aussage Ancombes, dass es keine natürlichen, sondern nur konventionelle Ausdrücke für eine Absicht gibt, reflektiert gerade diesen Zustand, also das Schicksal des einzelnen Menschen als kollektives Gattungswesen, in dem er bei Generierung seines Gedankens innerlich auf generative Regeln ununterbrochen angewiesen sein muss.

Der Rechtspositivismus geht, ebenso wie der Hermeneutismus, von der Existenz derartiger generativer Regeln aus. Aber wie bei der Betrachtung des genialen Denkens Thibauts über das Wesen der Auslegung schon gesehen, addiert zu dieser Basis nur eine Dimension, nämlich die der rationalen Vermutung desjenigen Betrachters der Absicht des Redeauteurs, der sich nicht nur das Wort selbst, sondern dazu auch den normativen Sachverhalt anschaut.⁴¹⁴ Die folgenden Aussagen von Dworkin fördern jene zwei Dimensionen im Rechtspositivismus zutage und zeigen überdies, wie sie sich den positivistischen Richtern – nach ihrer eigenen Präferenz – darstellen dürften:

[I. Allgemeine Grundlage – Gesetzauslegung nach dem Kommunikationsmodell]

„A [positivist] lawyer who speaks this way treats the rule book [Gesetzbuch] as an attempt at communication and supposes that an unclear rule can be better understood by ap-

⁴¹⁴ Dagegen fügt der Hermeneutismus – wie bereits ausführlich erörtert wurde – noch eine dritte Dimension hinzu, in welcher der Betrachter die Ratio des normativen Sachverhalts betrachtet, welche über die Absicht hinaus selbst in der Lebenswelt existiert.

plying techniques that we use to improve our understanding of other sorts of communication.“⁴¹⁵

[II. Frage nach der semantischen Regel im Wort als solche]

„Some [positivist rule-book lawyers on communication Model] prefer semantic questions. They argue in the following way. ‘The legislative uses words when it enacts a rule, and the meaning of these words fix what rule it has enacted.’ [...] They should ask, for example, what the phrase ‘a section of the public’ would be taken to mean in a similar context in ordinary discourse. [...] The words they choose are normally the best evidence of what they have decided, because it is assumed that legislator use words in their standard meaning to report their decisions.“⁴¹⁶

[III. Frage nach der Absicht]

„Those who favour group-psychological questions [question of actual intention of members of the parliament] rather than semantic questions takes decisions words to be the heart of the matter.⁴¹⁷ [...] even skilled lawyers will disagree over inferences of legislative intention drawn from the same evidence. They insist that the question of intention is nevertheless the right question to ask. [...] This argument for the counterfactual question concedes that the rule that is to be applied is not in the actual rule book.“⁴¹⁸

[IV. Synthese – Wertneutralität von Subsumtion und Absichtsvermutung]

„The questions are all, in themselves, politically neutral questions, because they seek to bring to the surface a historical fact – the will of responsible lawmakers – rather than to impose a distinct and contemporary political judgement upon that will.“⁴¹⁹

6.2 „Easy cases“ im Rechtspositivismus

In dieser Hinsicht lässt sich das Wesen der „easy cases“ im Rechtspositivismus erneut bestimmen. Es besteht nämlich darin, dass die semantischen generativen Regeln im Gesetzestext und die Absicht des Gesetzgebers im normativen Sachverhalt miteinander synchronisiert sind. Im fünften Kapitel wurden zwei semantische Bestimmungen zur Bezeich-

⁴¹⁵ *Dworkin*, MP, S. 14.

⁴¹⁶ *Dworkin*, MP, S. 14.

⁴¹⁷ *Dworkin*, MP, S. 14.

⁴¹⁸ *Dworkin*, MP, S. 15 f.

⁴¹⁹ *Dworkin*, MP, S. 16.

nung „umschlossener Raum“ betrachtet, die jeweils vom RG und vom BGH in einer Strafrechtssache festgestellt wurden:

Der Diebstahl eines PKW erfolgte des PKW-Verdecks. Das Reichsgericht meinte, ein umschlossener Raum im Sinne von § 243 StGB seien „[...] stets umgrenzte Teile der Erd- oder Wasserfläche“, und der BGH meint, ein umschlossener Raum sei „[...] jedes Raumgebilde, das nicht Gebäude [...] ist, das [aber] mindestens auch dazu bestimmt ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren soll“.⁴²⁰ An dieser Stelle wurde erörtert, dass die unterschiedlichen Ansichten über den Sinn eines Wortes in der Tat differente rechtspolitische Ansichten von RG und BGH widerspiegeln, die in verschiedenen Zeiträumen mit veränderten normativen Herausforderungen konfrontiert waren. Die generative Sprachregel weist – zumindest nach der Auffassung des Verfassers der vorliegenden Arbeit – in dem Ausdruck „das nicht Gebäude ist“ darauf hin, dass das Gebäude zum umschlossenen Raum gehört. Aber der BGH hat eine solche Subsumtion bewusst abgelehnt, weil der Gesetzgeber im Gesetzestext – also in § 243 StGB – den normativen Sachverhalt nach seiner Vorstellung so formuliert: „In besonders schweren Fällen wird der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter [...] zur Ausführung der Tat in *ein Gebäude*, einen Dienst- oder Geschäftsraum *oder in einen anderen umschlossenen Raum* einbricht.“⁴²¹

Hierbei liegt eine Synchronisierung der generativen Regel mit Absicht vor, die auf der ersten Ebene einfach durchgeführt wurde. Im allgemeinen Sprachgebrauch würde mit

⁴²⁰ Siehe *Anscombe*, Intention, 2. Aufl. 1963, S. 5.

⁴²¹ StGB § 243 Abs.1 [Hervorhebung vom Verfasser].

großer Wahrscheinlich ebenfalls eine Wohnung als ein umschlossener Raum angesehen. Im Gegensatz dazu würde der BGH aber auch diesmal darüber eine negative Ansicht äußern, weil der Gesetzgeber seine Absicht im nächsten Paragraphen, also bei der Vorschrift zu noch schwereren Diebstahlsfällen, so formuliert: „Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer [...] einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht.“⁴²²

Die komplizierte Gestalt der Synchronisierung, die zwischen Paragraphen quer – also auf komplexe Weise – durchgeführt worden ist, wird hier deutlich. Die scheinbar selbständige Subsumtion von „umschlossener Raum“ im Sprachgebrauch wurde auf diese Weise gemäß der gesamten Absicht des Gesetzgebers an den normativen Sachverhalten zweifach modifiziert. Es handelt sich um ein klares Beispiel von Auslegungstechnik, die einerseits von Thibaut „Auslegung aufgrund der gesetzgeberischen Absicht“ genannt, andererseits von Savigny als „systemimmanente logische Auslegung“ gekennzeichnet wurde. Die Synchronisierung beider Grundebenen gemäß der berechenbaren Absicht des Gesetzgebers kann sich in der Theorie auf eine noch komplexere Weise auf indefinite Kombinationen von indefiniten pluralischen Paragraphen ausweiten. Steht der Richter selbst – wie im kodifizierten Gesetzeszustand – auf einer künstlich erstellten Ebene technisch-juristischer Fachbegrifflichkeiten, nimmt die Synchronisierung sogar den Anschein eines quasi mechanischen Organismus an und taucht als effiziente Grundmethode für die Lösung von „hard cases“ auf. Dies ist der ursprüngliche Sinn dessen, was – bisher noch in begrifflicher Undeutlichkeit – „Begriffsjurisprudenz“ genannt wurde.

⁴²² StGB § 244 Abs. 3.

7. Resümee und Ausblick

Es bedarf keiner zusätzlichen Erklärung, weshalb die mechanische Begriffsjurisprudenz noch heutzutage insbesondere in den Ländern mit kodifiziertem Rechtssystem vorherrscht und vom allgemeinen praktischen Gesichtspunkt der Bürger aus, unter dem sie ihre eigene Lebenswelt anschauen, grundsätzlich fremd erscheint und sehr schwer zugänglich ist. Sie entfremdet nämlich das Rechtssubjekt vom positiven Recht, indem sie den Richter nicht zum verantwortlichen Vertreter der politischen Gemeinschaft gegenüber den Einzelnen, sondern zum Diener des begrifflich hochabstrahierten, per se selbständigen Normsystems macht. Aber der Richter ist im Einzelnen keineswegs *res fungibel* in einem solchen System, der in demselben ersetzbar anonym entscheidet, indem er sich den Gedanken des Gesetzgebers, also denjenigen des Systeminhabers, fügt.

Vielmehr ist er nach der Ansicht Dworkins der Beschützer der „background moral rights“, weil das positive Recht nicht per se selbständig, sondern stets für die Menschen da ist. Nach Savigny besteht es immer als „Volksrecht“, d.h. als eine lebendige geistige Kraft einer politischen Gemeinschaft als Ganze, die Menschen zentral führt. Die Ansichten beider Denker geht eigentlich auf die folgende Intuition zurück: Sofern die Menschen in ihrer eigenen Lebenswelt, den tief ihnen wurzelnden Triebe und Tätigkeiten selbst aktiv einen Sinn zu geben und zu dichten nicht aus eigenem Willen stoppen können, wird das prinzipielle Denken und das aus dem Denken entstehende innere Bild von normativen Gegebenheiten im Bereich des positiven Rechts als Rechtsprinzip nicht aufgegeben. Das ist der echte Grund, warum das Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtspositivismus und

der Naturrechtslehre als ein aktuelles Thema immer wiederkehrt.

Die Botschaft, die diese Arbeit übermitteln will, ist einfach: Sofern die Kompetenz zur Verfügung über das positive Recht lediglich den Händen sogenannter Rechtsexperten – also denjenigen, die entweder Anwälte wirtschaftlicher Interessen oder vor allem systemintern denkende Richter bzw. Rechtswissenschaftler sind – anvertraut bleibt, wird es ein sehr langer Weg sein, die bildende Kraft des positiven Rechts zur Wiederherstellung der Gemeinschaftlichkeit der Gesellschaft fest in den Griff zu nehmen. Die Grundidee des Rechtsstaats bzw. „the rule of law“ muss also in diesem Sinne entlang dem hier neu bestimmten Horizont des Hermeneutismus auch neu bestimmt werden. Auf diesem neuen Boden des Rechtsstaats muss der Grundanspruch auf Recht im Gericht grundsätzlich stets mit dem allgemeinen praktischen Denken in Einklang stehen. Gerade in Aufgabe dieses Brückenbaus besteht nämlich die Hauptrolle der Rechtsprinzipien.

Dazu wurden in dieser Arbeit zwei Vorschläge gemacht. Es handelt sich um einen theoretischen, großartigen und einen praktischen, relativ leicht zu handhabenden Vorschlag: Erstens müssen und können die zwei grundlegenden Horizonte von Rechtstraditionen, also das systematisierende Rezeptionsrecht Kontinentaleuropas einerseits und das Common Law andererseits auf einem geistigen Horizont ineinander integriert werden. Denn das Recht hat in sich als allgemeine praktische Objektivitätserfahrung von Menschen im Konkreten über kulturelle Singularität einzelner Länder hinaus grundsätzlich einen universalen Kern, und das Common Law zeigt sich insbesondere durch seinen volksmäßigen Charakter als vortreffliche Denkstätte von Rechts-

prinzipien. Zweitens müssen die Richter ihren eigenen Namen bei der Rechtsprechung grundsätzlich an die Öffentlichkeit adressieren können. So wäre es naturgemäß – vor allem in sogenannten „hard cases“, dass sich die Richter in ein und demselben Sachverhalt sowohl bei ihren Rechtsüberzeugungen als auch Begründungswegen voneinander unterscheiden dürften und es immer eine pragmatische Möglichkeit geben soll, ihre Rechtsüberzeugungen rational darzulegen.

Zweifellos ist der Richterdiskurs tatsächlich das einzige Medium, in dem eine solche Möglichkeit zur Wirklichkeit wird. Darüber hinaus hat er einen bestimmten normativen Charakter, weil er sich als eine Form der Selbstaufklärung der politischen Gemeinschaft darstellt. Das ist der Grund, warum das höchste Gericht Englands, the House of Lords, selbst einen Teil des Parlaments bildet und seine Rechtsprechung stets in der Gestalt des Protokolls über den aktuellen Diskurs der Richter herausgestellt wird.

Literaturverzeichnis

- Anscombe, Elizabeth*: Intention, 2. Aufl., Cambridge, Mass. 1963, Nachdruck 2000.
- Arendt, Hannah*: Vom Leben des Geistes, 5. Aufl., München 2012.
- Austin, John*: Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law, 5. Aufl., London 1885, Nachdruck 2005, zit. *Austin*, Lectures.
- Austin, John Langshaw*: How to do things with words, 2. Aufl., Cambridge, Mass. 1975.
- Bachtin, Michail*: Die Ästhetik des Wortes, übers. v. Rainer Grübel und Sabine Reese, Frankfurt am Main 1979.
- Cicero*: De officiis, Deutsche Übers. von Heinz Gunermann, Stuttgart 2007.
- Cohen, Marschall (Hrsg.)*: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, London 1984.
- Corpus Iuris Civilis*: Digesten 1-10, 1. Aufl., hrsg. u. übers. v. Okko Behrends und Rolf Knütel u.a., Heidelberg 1995.
- Cover, Robert M.*: Justice Accused, New Heaven 1975.
- Descartes, René*: *Meditationes de Prima Philosophia*, übers. v. Gerhard Schmitt, Stuttgart 1986.
- Dilthey, Wilhelm*: Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften, Frankfurt am Main 1981.
- Durkheim, Emile*: Die Regeln der soziologischen Methode, übers. v. René König, Frankfurt am Main 1984.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass. 1978, Nachdruck 2001, zit. *Dworkin*, TRS.
- Ders.*: Law's Empire, Cambridge, Mass. 1986, Nachdruck 2000.
- Ders.*: Political Judges and the Rule of Law, *in* Matter of Principle, New York 1985. Originally published in the Proceedings of the British Academy, 64 (1978), zit. *Dworkin*, MP.
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005.
- Hart, H.L.A.*: The Concept of law, 2. Aufl., Oxford 1994, Nachdruck 1997, zit. *Hart*, CL.
- Habermas, Jürgen*: Wahrheitstheorien, in: Helmut Fahrenbach, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1995.
- Ders.*: Erläuterung zur Diskursethik, Frankfurt am Main 1991.

- Ders.*: Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. I, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1985.
- Ders.*: Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main 1983.
- Ders.*: Wirklichkeit und Reflexion, Pfullingen 1973, 211-266.
- Holmes, Oliver W.*: The Path of the Law, in: Dennis Patterson, Philosophy of Law and Legal Theory, Malden 2003, Harvard Law Review 10 (1897), pp. 457-78.
- Hume, David*: Enquires concerning Human Understanding and concerning The Principles of Morals, 3rd ed., noted by P. H. Nidditch, Oxford 1975.
- Kramer, Matthew H.*: Objectivity and the Rule of Law, Cambridge 2007.
- Kant, Immanuel*: Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel Frankfurt am Main 1977.
- Ders.*: Kritik der Urteilskraft, Werkausgabe Band X. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main 1974.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970.
- Putnam, Hilary*: Brains in a vat, in: Reason, Truth, and History, Cambridge 1981.
- Raz, Joseph*: Practical Reason and Norms, 2. Aufl., Oxford 1999, Nachdruck 2002.
- Radbruch, Gustav*: Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, in: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963, abgedruckt in: Süddeutsche Juristen Zeitung Nr. 5, August 1946.
- Rawls, John*: A Theory of Justice, Oxford 1972.
- Ders.*: Political Liberalism, New York 1993.
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des heutigen römischen Rechts Bd. I, Berlin 1840, Nachdruck 1973, zit. *Savigny*, System.
- Ders.*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, Nachdruck 1997, zit. *Savigny*, Beruf.
- Searle, John R.*: Geist, Sprache und Gesellschaft, übers. v. H. P. Gavagai, Frankfurt am Main 2001.
- Soper, Philip E.*: Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute, in: Marschall Cohen, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, London 1984.
- Schmitt, Karl*: Gesetz und Urteil, 2. Aufl., München 1969.
- Strawson, P. F.*: Freedom and Resentment, London 1974.

Thibaut, A. F.: Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, Altona 1806,
Nachdruck 1999.

Wittgenstein, Ludwig: Über Gewißheit, Oxford 1969 Frankfurt am Main 1970.