

GRENZEN DES KONDITIONALPROGRAMMS UND RECHTLICHE STEUERUNG

Dr. Andreas FISAHN

Univ.-Prof., Universität Bielefeld

I. Das Konditionalprogramm in der Diskussion	71
1. Meinungsstreit um das Konditionalprogramm.....	71
2. Rechtfertigung des Konditionalprogramms.....	72
II. Der Begriffshof als Problem der Rechtsarbeit.....	73
III. Drei Traditionen zur Arbeit mit der Rechtsnorm	74
1. Die kritisch-realistische Analyse.....	74
2. Der Rechtspositivismus	76
3. Naturrecht oder der ethisch-modifizierte Rechtsbegriff	78
IV. Konditionalprogramm und hegemoniale vorbereitete Ordnungen.....	81

Résumé

Nous allons discuter la direction d'action et de comportements au moyen du droit. Le droit est en principe formulé comme un programme conditionnel de type "si, alors". La conséquence juridique survient dès lors que les éléments constitutifs contenus dans la norme sont présents. Seulement, si cela est le cas est une question d'interprétation, celle d'une norme, qui dans le doute demeure linguistiquement ouverte. Cet article teste plusieurs réponses comme la compatibilité entre la direction démocratique et l'ouverture linguistique de la norme. Il propose enfin une considération empirique d'après laquelle la direction possible est en raison de consensus préalables sur la signification des normes. Ils laissent ouverts des marges de manoeuvres.

Zusammenfassung

Diskutiert wird die konditionale Steuerung von Handlungen und Verhalten mittels des Rechts. Das Recht ist in der Regel als Konditionalprogramm nach dem Wenn, ... Dann Schema

formuliert. Die Rechtsfolge tritt ein, wenn die normierten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Nur, ob das der Fall ist, ist eine Frage der Interpretation, einer im Zweifel sprachlich offenen Norm. Der Artikel geht verschiedenen Antworten nach, wie der Anspruch demokratischer Steuerung mit der sprachlichen Offenheit der Norm vereinbar ist und schlägt am Ende eine empirische Betrachtung vor, nach der Steuerung wegen konsensualer Vorverständnisse möglich ist, aber Spielräume offen lässt.

Abstract

The article opens a discussion on the conditional regulation of human activities in use of the law. Normally a law rule follows the if, ... then form. The legal consequence follows the terms of the rule. The problem is, that the meaning of the rule is usually a question of interpreting the rule. The article is discussing different answers to the problem of democratic regulation by the law operating with the problem that language is open and must be open for different meanings or misunderstanding. The suggestion of the author is to change the perspective from a normative to an empirical point of view, which shows, that most terms are allowing a consensual interpretation because of an overlapping pre-understanding by members of the same society. This allows democratic regulation, knowing the space for arguing about different meanings.

I. Das Konditionalprogramm in der Diskussion

1. Meinungsstreit um das Konditionalprogramm

Das Handwerkszeug, das Studierenden der Jurisprudenz an der Universität mühselig vermittelt wird, ist die Technik der Subsumtion. Die Rechtsnorm wird zergliedert in Tatbestandsmerkmale, unter diese werden Bestandteile eines Lebenssachverhaltes subsumiert, so dass sich am Ende zwanglos, aber doch konsequent eine Rechtsfolge ergibt. Voraussetzung dieser Technik ist eine Norm in Gestalt eines Konditionalprogramms. Wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann tritt die Rechtsfolge ein. Aber nicht alle Rechtsvorschriften sind Konditionalprogramme. Im Naturschutzrecht und im Baurecht beispielsweise findet man in den ersten Paragraphen recht allgemein abgefasste Zielbestimmungen, die eben keine Konditionalprogramme, sondern Finalprogramme sind. Andere Rechtsnormen schreiben vor:

„Die Ausnahmen sind eng auszulegen.“¹ Auch das ist kein Konditionalprogramm, sondern eine Auslegungsdirektive. An dieser Stelle setzt der Streit ein: Ist es wünschenswert und angemessen, dass das Recht nicht nur Konditionalprogramme enthält? Sind die Grenzen der Steuerung durch Konditionalprogramme erreicht und Finalprogramme der Ausweg; oder sind Finalprogramme ein Fremdkörper im Rechtssystem, den es möglichst zu vermeiden gilt?

Als Kontrahenten will ich zwei Soziologen zitieren, an denen die Rechtstheorie nicht vorbeikommt. Niklas Luhmann etwa schreibt: „Die Form des Konditionalprogramms ist eine der großen evolutionären Errungenschaften der gesellschaftlichen Entwicklung. ... Durch die Form des Konditionalprogramms ist nur ausgeschlossen, dass künftige, im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht feststehende Tatsachen bei der Entscheidung zwischen Recht und Unrecht den Ausschlag geben.“ Dies gewährleisten Finalprogramme nicht: „Sie riskieren, dass die künftigen Gegenwarten nicht mit dem übereinstimmen werden, was als gegenwärtige Zukunft vorausgesetzt wird.“² Oder in der traditionellen Begrifflichkeit: Finalprogramme unterminieren die Berechenbarkeit zukünftiger Entscheidungen und damit die Rechtssicherheit, die wiederum ein zentrales Element des Rechtsstaates ist.

Dagegen meint Jürgen Habermas, dass die klassische Form des Konditionalprogramms unter den Bedingungen einer Verwaltung, die sozialstaatliche Aufgaben erfülle und Risikovorsorge betreibe, nicht mehr ausreichend ist und er folgert: „Der klassische Normtyp des Konditionalprogramms, das im Tatbestand die Voraussetzungen aufzählt, unter denen der Staat zum Eingreifen berechtigt ist, und in der Rechtsfolge bestimmt, welche Maßnahmen er ergreifen darf, versagt daher hier weitgehend.“³

Ich will versuchen, diese unterschiedlichen Positionen aus der Perspektive der Rechtstheorie etwas auszuleuchten, ohne dabei auf die unterschiedlichen gesellschaftstheoretischen Konzeptionen der beiden zitierten Autoren zurückzugreifen.

2. Rechtfertigung des Konditionalprogramms

Rechtssicherheit

Das Konditionalprogramm scheint, da ist Luhmann Recht zu geben, zunächst ein evolutionärer Gewinn zu sein, da es zukünftige Entscheidungen berechenbar macht und Rechtssicherheit schafft. Über das Konditionalprogramm sollen die Rechtsarbeiter, also beispielsweise die Richterin oder der Verwaltungsbeamte, programmiert werden. Sie sollen

¹ So die Informationsfreiheitsrichtlinie.

² Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, (Frankfurt 1993), S. 195 ff.

³ Habermas, J., *Faktizität und Geltung* (Frankfurt 1992), S. 520 (zitiert wird zustimmend Grimm, D., *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung* (Frankfurt 1991), S. 165.

wissen was zu tun ist, wie zu entscheiden ist. Und der Adressat oder der Bürger soll wissen, welche Entscheidung er zu erwarten hat, ob seine Erwartungen gerechtfertigt sind. Damit ist das Element der Rechtssicherheit erfasst, das – wie es auch Gustav Radbruch formulierte - ein zentrales Element des Rechts ist oder sein soll.

Richtigkeit oder demokratische Legitimität

Das zweite Element ist die Gerechtigkeit oder Richtigkeit. Diese kann man durch den Inhalt des Konditionalprogramms bestimmen, stößt aber sofort auf die schwierige Frage: Was ist ein gerechter Inhalt? Gustav Radbruch hat sich deshalb darauf eingelassen, der Rechtssicherheit den Vorrang einzuräumen. Die Rechtssicherheit müsse der inhaltlichen Richtigkeit regelmäßig vorgehen und nur in eklatanten Fällen dürfe das Recht an der Idee der Gerechtigkeit gemessen werden.

Richtiger dürfte es sein, die Richtigkeit der Gesetzesnorm über die Legitimität des Programms zu bestimmen. Solange die Norm von einem demokratischen Gesetzgeber verabschiedet wurde, wird die inhaltliche Richtigkeit gleichsam unterstellt oder vorausgesetzt. Gerade das rechtfertigt aber wiederum den Programmcharakter der Norm: das demokratisch entstandene Gesetz ist kraft seines Ursprungs berechtigt und geradezu verpflichtet, die Arbeit des Rechtsarbeiters in den Gerichten und Behörden zu programmieren. Nur wenn diese dem Programm folgen, ist ihr Handeln oder Unterlassen legitim und kann die demokratische Richtigkeit in Anspruch nehmen. Das Konditionalprogramm verfügt also gleichsam über die Weihen des Rechtsstaates und der Demokratie. Das macht es schwer, andere Programmstrukturen zu akzeptieren. Hat Luhmann also recht?

Um die Frage zu beantworten, muss man die Arbeit des Rechtsarbeiters etwas genauer unter die Lupe nehmen. Dann zeigt sich nämlich, so exakt wie es wünschenswert wäre, funktioniert das Programm nicht. Es ähnelt darin den Computerprogrammen; der Computer macht doch was er will – jedenfalls meiner.

II. Der Begriffshof als Problem der Rechtsarbeit

Die Rechtstheorie ist sich in einem Punkt ziemlich einig: Rechtsbegriffe sind unpräzise oder vage. Sie lassen Interpretationsspielräume und unterschiedliche Entscheidungen zu. Eine anschauliche Darstellung dieses Problems hat Theodor Geiger entwickelt. Er konstatiert eine unüberwindbare Brücke zwischen sprachlichem Begriff und Wirklichkeit. Eine Kluft, die auch durch Definitionen nicht wirklich überbrückt werden könne, da eine Definition das

sprachlich Unbestimmte durch anderes Unbestimmtes ersetze. Trotzdem meint er nicht, dass die Norm bzw. der Normtext völlig irrelevant und inhaltlich beliebig ist. Vielmehr gäbe es einen bestimmten Spielraum von Auslegungsmöglichkeiten, der durch sprachliche Konvention bestimmt ist. Die sprachliche Konvention legt den Kern der in jedem Fall zur Norm gehörenden Fälle genauso fest wie einen Bereich von Fällen, der keinesfalls zur Norm gehört. Zwischen dem Begriffskern und dem Begriffsumfeld liegt ein Bereich, der durch Auslegung verschiedene Bedeutungen erlangen kann, der Begriffshof. Durch die Norm werde dem Rechtsarbeiter ein durch die Sprachkonvention bestimmter „minimaler und maximaler Relationsradius“ gesetzt.⁴

III. Drei Traditionen zur Arbeit mit der Rechtsnorm

Das Problem für die Rechtstheorie ist, wie die Arbeit im Begriffshof tatsächlich verrichtet wird und wie sie verrichtet werden sollte. Es lassen sich drei Theorietraditionen unterscheiden, die unterschiedliche Antworten entwickelt haben.

1. Die kritisch-realistische Analyse

Die erste Tradition will ich „kritisch-realistische Analyse“ der Rechtsarbeit nennen. Dazu gehören beispielsweise der schon zitierte Theodor Geiger und ähnlich argumentierend die Critical legal Studies „Schule“ und schließlich eine kritische Spielart der Hermeneutik, die mit den Namen Hans-Georg Gadamer und Josef Esser verbunden wird.

Aus der Kluft zwischen Begriff und Wirklichkeit folgert Gadamer, dass die Arbeit des Richters nicht als Anwendung und Auslegung der Norm zu beschreiben ist, sondern als Schaffens- oder Stiftungsakt. Das begriffliche Skelett des Normsatzes wird erst durch die Beziehung konkreter Fälle auf den Normsatz mit Bedeutung angefüllt. Und weil zwei konkrete Lebensvorgänge niemals identisch sind, wird der Geltungsbereich der Norm durch jede richterliche Entscheidung neu gebildet. Das heißt aber, dieser Geltungsbereich ist immer im Fluss und der Inhalt der Norm ist „in jedem einzelnen sozialen Lebensaugenblick Quintessenz der tatsächlichen Normhandlung.“⁵ Der Richter arbeitet aus der Sicht Geigers nicht als Subsumtionsautomat, sondern als Ingenieur. Der Richter ist nicht – wie Montesquieu es formulierte - „bouche de la loi“ (Mund des Gesetzes), sondern Gehirn des Rechts. Rechts-Neu-Konstruktion sei nicht die Ausnahme, sondern die Regel der richterlichen Tätigkeit.

⁴ Geiger, Th., Vorstudien zu einer Rechtssoziologie (Neuwied 1964), S. 242 ff.

⁵ Geiger, Th., Vorstudien zu einer Rechtssoziologie, S. 249.

Gadamer fragt - zunächst ohne Bezug auf das Recht - nach den Möglichkeiten, Texte zu verstehen. Für ihn ist der zeitliche Abstand zwischen dem Verfassen des Textes und dem Verstehen des Textes das zentrale Problem - also beispielsweise der zeitliche Abstand zwischen Niederschrift der Bibel und einem zeitgenössischem Leser. Der Leser könne einen Text nur vor seinem zeitlichen Hintergrund und mit den Bedeutungsgehalten seiner Zeit verstehen. So versteht der Leser immer schon etwas, und dieses schon Verstandene fließt in das Textverstehen ein. Er versteht das Ganze seiner historisch-gesellschaftlichen Situation und betrachtet vor diesem Hintergrund das Einzelne, den Text. Dies sei allerdings nicht nur ein Problem, sondern auch eine Chance der schriftlichen Überlieferung, weil der Sinn des Textes immer den Autor übertreffe. Die Folge ist: Verstehen ist „immer so etwas wie eine Anwendung des zu verstehenden Textes auf die gegenwärtige Situation des Interpreten.“⁶ „Daher ist Verstehen kein nur reproduktives, sondern stets ein produktives Verhalten.“⁷ Mit anderer Methode und anderem Ausgangspunkt kommt Gadamer also zu ähnlichen Ergebnissen wie Geiger.

Diese philosophischen Überlegungen hat Josef Esser für die Rechtstheorie fruchtbar gemacht und weiter entwickelt. Juristen, meint Esser, stehen bei der Rechtsarbeit vor einem dreifachen Problem. Sie müssen nicht nur den Normtext und den Lebenssachverhalt verstehen, sondern müssen auch eine Entscheidung produzieren. Der Zirkel des allgemeinen Textverständnisses - in den Verstehensprozess fließt vorher Verstandenes ein - wird ergänzt durch einen Zirkel bei der Tatsachenermittlung und beim Sachverhaltsverständnis, die letztendlich durch ein vorgängiges Verständnis der Norm als Gestaltungs- und Konfliktlösungsmuster strukturiert werden.

Anders gesagt: Es bedürfe eines vorgängigen „Gesamtkonzepts“⁸, um die einschlägige Norm aufzufinden und auszuwählen und die relevanten Sachverhaltsgesichtspunkte zu selektieren. Es gebe so „eine wechselseitige Beeinflussung der Bemühung um Normverständnis und Tatsachenermittlung“.⁹ Dabei werde das Gesamtkonzept gebildet durch Antizipation der richtigen Entscheidung, die als Vorverständnis in die Rechtsarbeit einfließe.

Esser beschreibt die Rechtsarbeit zusammenfassend so: „Die für das Ergebnis maßgebende Bemühung um das richtige Begriff- und Normverständnis wird schon von vornherein bestimmt durch die Vorstellung des Ergebnisses, das als rechtsadäquat der ‚Normanwendung‘

⁶ Gadamer, H-G., Wahrheit und Methode, (Tübingen 1975), S. 291.

⁷ Gadamer, H-G., Wahrheit und Methode, S. 280.

⁸ Esser, J., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Frankfurt 1970), S. 66.

⁹ Esser, J., Methodik des Privatrechts, in: Thiel, Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden (Oldenburg –München 1972), S. 30.

zugeschrieben werden muss und das unter dem Richtigkeitspostulat steht, welches eben an die Rechtsnorm gestellt wird.“¹⁰

Weil Esser dieses vorgängige Gesamtkonzept auch noch Vorverständnis nannte, hagelte es Kritik. Zu nahe lag dieser Begriff beim Vorurteil, und zu oft wurde das Konzept des Vorverständnisses als Angriff und nicht als deskriptive Analyse begriffen. Es traf den Nerv der Rechtswissenschaften. So fand das Konzept m.E. zu Unrecht viele Kritiker und wenig Anhänger.

Andere Disziplinen reagierten anders: Habermas, der etwa gleichzeitig darlegte, dass die soziologische Methodenwahl durch „erkenntnisleitende Interessen“ geprägt wird, avancierte zu einem der Protagonisten im Positivismusstreit der Soziologie und nicht zum Outlaw der Methodendiskussion.

Die Ablehnung seitens der Jurisprudenz dürfte sich nicht zuletzt dadurch erklären, dass die Tradition der kritisch-realistischen Analyse den zur Normarbeit Verurteilten, eben die Juristen, am Ende im Regen stehen lässt. Die Philosophie und Soziologie kann das Recht mit neugieriger Distanz analysieren. Die Critical legal Studies betreiben ihre Beschreibungen aus der Ecke des kritischen Kritikers, der sich mit der Dekonstruktion von Machtverhältnissen zufrieden gibt. Und bei Esser findet man zwar gelegentlich den Hinweis, dass der Rechtsarbeiter sich über sein Vorverständnis Rechenschaft ablegen sollte und es nach außen offen legen soll, aber dies ist nicht durchformuliert und überzeugt als Konzept nicht.

Die evolutionären Vorteile des Konditionalprogramms sind auch dann verloren, wenn die Rechtsarbeiter versuchen, ihr Vorverständnis reflexiv zu gebrauchen.

2. Der Rechtspositivismus

Dabei unterscheidet sich Esser in der Konsequenz auf den ersten Blick kaum von einer der beiden großen und akzeptierten Schulen der Rechtswissenschaften, nämlich vom Rechtspositivismus. Die Schule ist verbunden mit den Namen Hans Kelsen und H.L.A. Hart. Zentrale Prämisse dieser Denkrichtung und der zentrale Unterschied zur anderen großen Schule, zur naturrechtlichen Schule, ist die strikte Trennung von Recht und Moral. Recht wird von der moralischen Richtigkeit und der Gerechtigkeit entkoppelt. Recht ist ein von Menschen geschaffenes Regelwerk, das seine Geltung und Verbindlichkeit nicht aus der Übereinstimmung mit göttlichem Naturrecht, mit der Gerechtigkeit oder moralischen Vorstellungen der Richtigkeit beziehe. Auch ungerechtes und schlechtes Recht verliere seine Rechtsgeltung nicht. Aber die Positivisten sind nicht unmoralisch. Sie nehmen sich die Freiheit und das Recht, Gesetze als schlecht und unmoralisch zu kritisieren. Nur hat die Kritik

¹⁰ Esser, J., Methodik des Privatrechts, S. 32.

einer Rechtsnorm als unmoralisch oder schlecht nichts mit ihrer Geltung und Verbindlichkeit zu tun. Auch schlechtes Recht ist gültig und nach rechtlichen Maßstäben anzuwenden. Dies wird bei Kelsen mit einem moralischen Relativismus begründet. Der Moralvorstellungen gibt es viele, so dass jede einzelne moralische Kritik einer Rechtsnorm relativ bleiben muss und der Norm nicht die Gültigkeit nehmen kann.¹¹

Es stellt sich dann die Frage, welche Normen denn Rechtsnormen und welche Normen solche der Sitte oder Moral sind. Die Antwort lautet kurz gesagt: Rechtsnormen lassen sich daran erkennen, dass sie von den zuständigen Organen gesetzt wurden und/ oder dass sie wirksam sind oder als Recht akzeptiert werden. Kelsen und Hart entwickeln in dieser Frage sehr ähnliche Konzeptionen.

Kelsen operiert mit einer „Grundnorm als hypothetischer Grundlage“ der Rechtsordnung.¹² Sie ist keine wirkliche Norm, sondern eine Konstruktion, anhand derer sich entscheiden lässt, ob eine Norm Bestandteil einer Rechtsordnung ist oder nicht. Er definiert sie folgendermaßen: „Die Grundnorm einer positiven Rechtsordnung ist dagegen nichts anderes als die Grundregel, nach der die Normen der Rechtsordnung erzeugt werden. Die Ein-Setzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung.“¹³

Hart führt die Geltung des einfachen Rechts auf eine rule of recognition (Anerkennungsregel) zurück. Wer die Geltung oder Existenz einer Rechtsregel behauptet, ziehe den Schluss aus einer als bestehend vorausgesetzten rule of recognition. Diese Regel ist bei Hart weniger abstrakt und hypothetisch, denn er formuliert: „What Queen in parliament enacts is law.“¹⁴

Kelsen wie Hart gehen dabei davon aus, dass die Grundnorm oder Anerkennungsregel in einer Gesellschaft faktisch akzeptiert wird, sich zumindest die Repräsentanten des Systems an ihr orientieren, sie effektiv als Standard der Rechtserzeugung akzeptieren.

Was ist nun die Antwort des Positivismus auf die Frage nach der Arbeit im Begriffshof. Nach welchen Maßstäben soll der Richter unter der Prämisse einer strikten Trennung von Recht und Moral mehrdeutige Begriffe bestimmen? Die Antwort ist bei Kelsen und Hart eindeutig: Der Richter muss, wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft darüber gibt, wie ein Fall zu entscheiden ist, auf außerrechtliche Maßstäbe zurückgreifen. Er muss den Fall nach moralischen Kriterien entscheiden, wo die rechtlichen Kriterien keine eindeutige Entscheidung treffen. In solchen Zweifelsfällen hat man es nicht mehr mit Gesetzesanwendung zu tun, sondern mit „Rechtsschöpfung“. Die Rechtsarbeit ist dann kein

¹¹ Kelsen, H., Reine Rechtslehre, (Wien 1967) S. 69.

¹² Kelsen, H., Reine Rechtslehre, S. 66.

¹³ Kelsen, H., Reine Rechtslehre, S. 64.

¹⁴ Hart, H.L.A., Concept of Law (Oxford 1961), S. 99.

Erkenntnisakt, sondern ein Willensakt. Der Richter ist, schreibt Kelsen, „ein Rechtsschöpfer und auch er ist bei dieser Funktion relativ frei.“¹⁵ Konsequenterweise folgert Kelsen, dass der Blick der „traditionellen Rechtstheorie“ auf das Konditionalprogramm nur die „Illusion der Rechtssicherheit“¹⁶ erzeuge. Und man muss hinzufügen: Auch die Vorstellung einer demokratischen Programmierung der Rechtsarbeit durch das Konditionalprogramm wäre danach eine Illusion.

Was Kelsens Positivismus von der kritisch-realistischen Analyse unterscheidet, ist die Annahme, dass es einen – relativ weiten – Bereich der eindeutigen Programmierung durch das Recht gibt; einen Bereich, in dem die Kluft zwischen Begriff und Wirklichkeit nicht auftritt. Die Rechtsarbeit funktioniert in diesem Bereich ohne hermeneutische Zirkel. Aber eine scharfe Abgrenzung ist dies nicht in dem Sinne, dass die Positionen unvereinbar wären.

3. Naturrecht oder der ethisch-modifizierte Rechtsbegriff

Im Unterschied zum Positivismus lehnt die naturrechtliche Tradition die strikte Trennung zwischen Recht und Moral ab. Recht enthalte immer auch das Kriterium der Richtigkeit oder der Gerechtigkeit. Ist dies nicht mehr der Fall, handelt es sich eben nicht um Recht.

Für die alte naturrechtliche Tradition war diese Prämisse auch kein Problem. Sie gründet in der Theologie. Das Naturrecht ist beispielsweise für Thomas von Aquin göttliches Recht, und dies steht in der Hierarchie höher als das menschliche Recht. Das hat erstens zur Konsequenz, dass die Geltung des menschlichen Rechts am Maßstab des göttlichen Naturrechts gemessen wird. Und es bedeutet zweitens, dass es keine Rechtsfälle gibt, die nicht durch einen Erkenntnisakt, d.h. durch Rückgriff auf rechtliche Maximen zu lösen wären. Der Richter kann in offenen Fragen auf die naturrechtlichen Gebote zurückgreifen. Bei der Arbeit im Begriffshof gilt es, die naturrechtlichen Vorgaben zu erkennen, ein Rückgriff auf außerrechtliche Prinzipien ist nicht notwendig. Rechtsarbeit ist Rechtsfindung und nicht Rechtsschöpfung.

In einer säkularisierten Welt ist es offenkundig schwierig, Entscheidungen unter Berufung auf göttliches Naturrecht zu fällen. Ralf Dreier nennt die modernisierte Fassung des Naturrechts deshalb den ethisch modifizierten Rechtsbegriff.¹⁷ Für diesen gilt zunächst das positive Recht, aber in Zweifelsfällen bleibt der Richter beim Rückgriff auf ethische Maximen innerhalb des Rechts. In der Rechtsarbeit findet er Recht und schafft kein neues Recht.

¹⁵ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, S. 98.

¹⁶ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, S. 100.

¹⁷ Dreier, R., *Der Begriff des Rechts*, in: NJW 1986, S. 890 = ders., *Recht und Moral* in: ders.: *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt 1981, S. 192.

Welche Stellung ethische Gebote im System des modernen positiven Rechts einnehmen, haben vor allem Ronald Dworkin und anschließend Robert Alexy zu klären versucht. Sie unterscheiden zwischen Rechtsprinzipien und Rechtsregeln. Rechtsregeln lassen sich verstehen als das klassische Konditionalprogramm. „Regeln sind Normen“, schreibt Alexy, „die entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt.“¹⁸ Demgegenüber sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ hohen Maß verwirklicht wird. Sie verlangen keine Alles- oder Nichts-Entscheidung, sondern beinhalten ein Optimierungsgebot, das verlangt im Konfliktfalle beide Prinzipien möglichst optimal zu verwirklichen. Es dürfte klar sein, dass sich Prinzipien vor allem in den Grundrechten finden. Und Prinzipien verkörpern die rechtliche Normierung allgemeinerer, abstrakter ethischer Gebote.

Bei der Arbeit im Begriffshof, meint Dworkin, sei der Richter nicht auf Regeln verwiesen, sondern er könne und müsse auf Prinzipien zurückgreifen. Er müsse eine „konstruktive Interpretation“ der Norm zuwege bringen, die im Ergebnis nur eine richtige Entscheidung erlaube, die auf rechtliche Gründe, nämlich auf Prinzipien, gestützt ist. Der Richter soll in Zweifelsfällen nicht nach außerrechtlichen moralischen Präferenzen entscheiden, sondern nach innerrechtlichen Prinzipien. Konstruktive Interpretation nennt Dworkin sein Verfahren, weil jede problematische Entscheidung eine Theorie verlangt, in der alle relevanten Regeln und Prinzipien des Rechtssystem so aufeinander abgestimmt werden müssen, dass ein kohärentes System der rechtlichen Normen entsteht. Und dieses kohärente System erlaubt nur eine richtige Entscheidung. So kann die Entscheidung im Recht gefunden und muss nicht geschaffen werden.

Die Schwachstelle liefert Dworkin gleich mit: Der entscheidende Richter muss über intellektuelle Fähigkeiten verfügen, die den physischen Kräften eines Herkules vergleichbar sind.¹⁹ Der Richter Herkules muss erstens alle Prinzipien und Regeln des Rechtssystems sowie ihr gesamtes Beziehungsgeflecht kennen, und zweitens muss er auf dem schmalen Grad zwischen Re-Konstruktion aus dem Recht und Konstruktion des Rechts sicher balancieren. Rechtskonstruktion ist eben nicht seine Aufgabe, sondern diejenige des Gesetzgebers. Wenn man dem Durchschnittsrichter diese Fähigkeiten nicht zutraut, kommt man schnell zu dem Verdacht, dass die rechtfertigenden Gründe in Wahrheit Ideologie sind und nur den Schein erwecken, aus der Rekonstruktion eines kohärenten Normensystems abgeleitet worden zu sein.

¹⁸ Alexy, R., Theorie der Grundrechte (Frankfurt 1986), S. 76.

¹⁹ Dworkin, R., Bürgerrechte ernst genommen, (Frankfurt 1984), S. 206.

Wenn der Richter-Herkules eine Überforderung der Rechtsarbeiter ist, scheint es angebracht, die Perspektive zu wechseln. Statt den Richter als monologisch entscheidende Monade, als Einzelkämpfer zu betrachten, kann man ihn als Bestandteil eines Diskurssystems verstehen. Im rationalen Diskurs, so die Hoffnung, könnte die Herkulesaufgabe der Entscheidungsfindung bewältigt werden. Im rationalen Diskurs, das ist die zentrale Theoriefigur von Jürgen Habermas, werden Gründe und Gegengründe zur Geltung gebracht und im Idealfall ein Konsens gefunden, der für sich in Anspruch nehmen kann, richtig und vernünftig zu sein. Der Diskurs löst so ein zweifaches Problem, das Auffinden der Wahrheit oder eines richtigen und vernünftigen Ergebnisses und die Verarbeitung komplexer Zusammenhänge, die das Reflexionsniveau eines Einzelnen übersteigt.

Beim Diskurs der Rechtsarbeit handelt es sich allerdings, meint Habermas, um einen Sonderfall des allgemeinen rationalen Diskurses, weil die Programmsätze des Gesetzgebers nicht zur Disposition stehen. Der Anwendungsdiskurs dürfe eben nicht neues Recht erzeugen, sondern nur altes auffinden. Der Anwendungsdiskurs erlaube und erzwingt so zeitliche und inhaltliche Restriktionen. Und nun kommt die Überraschung: Die Bedingungen eines idealen Rechtsanwendungsdiskurses findet Habermas in den Prozessordnungen des deutschen Rechts weitgehend verwirklicht.²⁰ Kurz: Dworkins Herkulesaufgabe der Rechtsfindung aus einem rekonstruierten kohärenten System des Rechts könne der deutsche Rechtsarbeiter mit Hilfe des mit dem Prozessrechts organisierten Rechtsanwendungsdiskurses bewältigen.

Die Botschaft hört ich wohl, allein mir fehlt der Glaube. Bei allem Respekt scheint mir diese Lösung doch etwas schlicht auszufallen. Zunächst kann man fragen, ob der rationale Diskurs nicht nur eine regulative Idee sein kann, ein erstrebenswertes Ziel, dem man sich annähern kann, das aber kaum erreicht wird. Aber selbst wenn man realen Diskursen all die idealen Eigenschaften zuschreibt, die die Diskursethik postuliert, bleibt die Skepsis. Denn das Wissen um die Behandlung von Verfahrensfehlern im deutschen Recht schließt es aus, zu glauben, das Verfahrensrecht produziere ideale Diskurssituationen.

Schließlich ist das Konditionalprogramm auf diesem Weg längst nicht gerettet. Rechtssicherheit über die Berechenbarkeit der Entscheidung existiert nämlich folgerichtig nur dann, wenn der Bürger oder auch der Anwalt selbst die Herkulesaufgabe der konstruktiven Interpretation schultert und/ oder rationale Diskursbedingungen kreiert. Aber das ist praktisch ausgeschlossen. Und auch die demokratische Programmierung hat ein Problem, da sie die konstruktive Interpretation des zu schaffenden Konditionalprogramms antizipieren müsste.

²⁰ Habermas, J., Faktizität und Geltung, S. 286 ff.

Das ist aber auch in der Habermasschen Logik ausgeschlossen, weil politische Diskurse nach anderen Eigengesetzlichkeiten funktionieren als Rechtsanwendungsdiskurse.

Es scheint also schlecht zu stehen um das Konditionalprogramm.

IV. Konditionalprogramm und hegemoniale vorbewusste Ordnungen

Ich will nun versuchen, den dialektischen Dreischritt zu vollenden und das Konditionalprogramm zu retten. Begreift man die Rechtsarbeit als schöpferischen Akt, in den ein Vorverständnis einfließt, muss eben dieses genauer betrachtet werden. Was ist das Vorverständnis, woher kommt es, wie äußert es sich? Esser ist nicht ganz unschuldig daran, dass es ihm übel genommen wurde, den Rechtsarbeitern zu unterstellen, ihre Entscheidungen auf Vorurteile zu stützen. Das Vorverständnis hat bei ihm eine subjektivistische Konnotation, es ist subjektive Marotte und zufällige Überzeugung des jeweiligen Rechtsarbeiters.

Mein Vorschlag geht dahin, das Vorverständnis nicht subjektiv zu fassen, sondern als Strukturiertes und Strukturierendes zu begreifen. Es ist notwendiges Element im Prozess der Normarbeit, das aber nicht durch zufällige Präferenzen zu charakterisieren ist. Es wird vielmehr strukturiert durch eine vorbewusste Ordnung, die fest in der historischen und gesellschaftlichen Situation verankert ist. Diese Konzeption knüpft an Bordieus Theorie des Habitus und Giddens Konzeption des praktischen Bewusstseins an.

Beide gehen davon aus, dass eine Orientierung in alltäglichen Situationen regelmäßig nicht rational reflektiert oder bewusst, sondern gleichsam automatisch durch ein Wissen erfolgt, das zwar reflexiv abgerufen werden könnte, aber meist vorbewusst und der Situation angemessen praktisch aktualisiert wird. Man weiß, was zu tun ist, weil man Situationen deuten kann und ein Grundverständnis seiner gesellschaftlichen Wirklichkeit entwickelt hat. Diese praktische Orientierung setzt ein vorbewusstes Wissen um ethische Wertsysteme einer historischen Gesellschaft, um die geteilten Deutungs- und Wahrnehmungsschemata und schließlich eine Kenntnis der strukturellen Zwänge einer Gesellschaft voraus. Alle diese Elemente will ich zusammenfassend vorbewusste Ordnung nennen.

Wenn das Vorverständnis als in der Rechtsarbeit aktualisierte Version der vorbewussten Ordnung begriffen wird, entfällt seine subjektive und zufällige Konnotation. Das Vorverständnis beruht dann in weiten Bereichen auf geteilten Deutungsmustern und Wertvorstellungen einer historischen Gesellschaft. Der Rechtsarbeiter lässt die vorbewusste Ordnung in sein Verständnis des Falles, der Norm und des richtigen Ergebnisses unausgesprochen und unreflektiert einfließen. Aber es sind keine subjektiven Schrullen.

Damit wird das Ergebnis der Entscheidung zwar nicht exakt berechenbar, aber doch prognostizierbar.

Ich will für den Einfluss und Wandel der vorbewussten Ordnung ein Beispiel nennen. Das großartige „All men are created equal“ der amerikanischen Verfassung hat einen erheblichen Bedeutungswandel erlebt. Zunächst war gemeint, was dort steht. Alle Männer sind gleich geschaffen – die Frauen eben nicht. Und auch „men“ wurde übereinstimmend restriktiv ausgelegt. Nicht dazu gehörten Schwarze und vor allem Indianer. Durch verschiedene revolutionäre Veränderungen hat der gleiche Satz eine neue Bedeutung erfahren. Heute sind Frauen, Schwarze und Indianer selbstverständlich mitgemeint.

Das Vorverständnis wechselte bei der Interpretation des Satzes in unterschiedlichen historischen Phasen. Trotzdem wird die Interpretation nicht zufällig, unvorhersehbar und beliebig. Wer heute die Frauen ausschließen wollte, würde eben falsch liegen. Dies wäre mit dem hegemonialen Verständnis der Norm nicht vereinbar und würde als falsche Rechtsmeinung gewertet.

Auch wenn man annimmt, dass das Vorverständnis des Rechtsarbeiters durch eine vorbewusste Ordnung strukturiert ist, sind nicht alle Rechtsfragen eindeutig lösbar. Es gibt nicht für alle juristischen Fragen nur eine richtige Entscheidung, wie das Naturrecht postuliert. Um dies zu wissen reicht ein Blick auf die Meinungsverschiedenheiten in der juristischen Literatur. Die vorbewusste Ordnung ist eben nicht als konsensuale und widerspruchsfreie Konstruktion zu denken. Sie muss vielmehr selbst pluralistisch gedacht werden. Nur für bestimmte Fragen gibt es in bestimmten historischen Situationen einen Konsens; ansonsten bleiben Meinungsunterschiede. Aber zur allgemeinen gesellschaftlichen Sozialisation kommt im Bereich der Rechtsarbeit die spezifisch juristische Sozialisation, die den Rahmen der vertretbaren Meinungen weiter begrenzt.

Damit ist die Arbeit im Begriffshof nicht mathematisch berechenbar – auch das ist eine Weisheit, die der Praxis der Rechtswissenschaft entspricht. Aber sie wird prognostizierbar im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsaussage. Ein guter Anwalt dürfte dies wissen und seine Mandanten entsprechend beraten. Rechtssicherheit für den Normadressaten ist dann keine Illusion, sie existiert aber auch nicht im Sinne einer eindeutigen Lösung aller juristischen Fälle.

Schließlich ist auch die demokratische Programmierung der Rechtsarbeit keine Schimäre. Die Politik weiß im Zweifel um die pluralistischen Meinungen in der Gesellschaft und im Rechtsapparat, weil sie sich in der Politik selbst widerspiegeln. Und die demokratische Programminstanz weiß, dass grundlegende Konflikte in der Gesellschaft das Verständnis des

gesetzlichen Konditionalprogramms bestimmen. Sie weiß, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff von Arbeitgebervertretern anders ausgelegt wird als von Gewerkschaften und dass Naturschützer das Naturschutzrecht anders auslegen als beispielsweise Bauernverbände. Und sie weiß gleichzeitig, wo der Streit aufhört und das gleiche Vorverständnis beginnt. Sie muss ebenso wie der Normadressat mit der Wahrscheinlichkeitsprognose leben und sie kann es scheinbar auch. Das Konditionalprogramm ist ein evolutionärer Fortschritt, aber der hat seine Macken und Tücken.

Am Ende ähnelt das Rechtsprogramm doch dem Computerprogramm – meist funktioniert es, aber manchmal ist es überfordert und stürzt ab.