

Teil 1: Begriffliche und methodische Prämissen

A. Vorbemerkung: Nutzen der Definition

Aus Sümpfen zieht man keine Konsequenzen, stellte LEC fest.¹⁰ Damit könnte er gemeint haben, was bereits HOBBS beargwöhnte: den Versuch, eine Sache mit undefinierten Worten zu beweisen. Darin sah er die erste aller Ursachen widersinniger Schlüsse.¹¹ Wer seine Argumente auf unklaren Begriffen aufbaue, verfange sich in Worten wie Vögel in Leimruten.¹² Diese Falle nimmt man indes auch heute öfters in Kauf, folgt man SCHNEIDER, der konstatiert: Definieren sei eine Kunst, die keiner kann und viele nicht einmal wollen.¹³

Die Notwendigkeit von Definitionen folgt aus den Risiken von Missverständnissen bei fehlender Definition. Wenn zum Beispiel Gelb¹⁴ jede

10 LEC, Unfrisierte Gedanken, 27.

11 HOBBS, Leviathan, Teil 1 Kap. V, 86: „The first cause of Absurd conclusions I ascribe to the want of Method; in that they begin not their Ratiocination from Definitions; that is, from settled significations of their words: as if they could cast account, without knowing the value of the numerall words, one, two, and three.“ (Hervorhebung entfernt).

12 HOBBS, Leviathan, Teil 1 Kap. IV, 66: „[A] man that seeketh precise *truth* had need to remember what every name he uses stands for, and to place it accordingly; or else he will find himself entangled in words, as a bird in lime twigs; the more he struggles, the more belimed.“

13 SCHNEIDER, Wörter, 197; vgl. LAY, Dialektik, 37, der ein trauriges Kapitel unserer Gegenwartsgeschichte darin sieht, „daß die meisten Menschen nicht mehr in der Lage sind, zu sagen, worüber sie eigentlich reden.“

14 Gelb, Blau und andere Farbnamen stehen hier für nicht näher bestimmte Personen (so auch in: PARFIT, On What Matters). Sie sind neutral: Man assoziiert sie anders als die meisten Vornamen nicht mit einem biologischen Geschlecht – und auch nicht mit einem Kulturkreis. Ob Gelb Frau oder Mann ist, soll wie andere Identitätsfragen nicht interessieren, wo es um den Menschen überhaupt geht. Farbnamen eignen sich damit zur Beachtung der gerade an Universitäten verbreiteten Vorstellung von der gerechten Sprache. Zentral ist dabei die These, die klassische Grammatik zementiere Diskriminierungen; vor allem durch das generische Maskulin. Für Arbeiten an der Universität Bern scheint dessen „ausschliesslicher“ Gebrauch als Qualitätsmangel definiert: vgl. das Vorwort des Vize-Rektors für Qualität in: M. REISGL, Geschlechtergerechte Sprache. Empfehlungen für die Universität Bern, 2017 (abrufbar auf <<https://boris.unibe.ch>>); vgl. die Erläuterung der Gleichstellungsabteilung, Rubrik Sprache: Die „ausschliessliche“

Androhung geringfügiger Schmerzen als Folter einstuft, Blau hingegen nur das Zufügen schwerster Schmerzen, kann es zu Schein-Meinungsverschiedenheiten kommen. Gelb und Blau können zwar unterschiedlicher Meinung in Bezug auf die ausnahmsweise Zulässigkeit der je anders verstandenen Folter sein (weil Gelb vor dem Hintergrund des sehr weiten Folterbegriffs Ausnahmen für notwendig hält, Blau dagegen nicht), im Resultat können die beiden zugleich die exakt gleichen konkreten Handlungen als absolut verboten ansehen. Umgekehrt herrscht die Illusion von Konsens, wenn beide für ein unbedingtes (oder beide für ein in extremen Fällen ausnahmefähiges) Folterverbot eintreten.

Vereint sich die Unbestimmtheit eines Worts mit der Illusion der Klarheit – weil jeder in die Vagheit hineinzudenken neigt, was er begreifen kann (und will) –, droht die Verwendung solcher Worte im Diskurs eine erkenntnisorientierte Verständigung erheblich zu erschweren.¹⁵ Vage Worte, die erhabene Assoziationen wecken, eignen sich zudem zur Manipulation der Massen.¹⁶ Alleine die Karriere der *égalité* belegt, wie solche Worte erstrebenswerte Ziele bezeichnen, aber auch (bereits bei Robespierre und Saint-Just) die Ermordung von Personen scheinbar legitimieren können, die der totalen Umsetzung der Ideale vermeintlich im Wege stehen.¹⁷

Verwendung männlicher Personenbezeichnungen erfülle den Qualitätsanspruch nicht (abrufbar auf: <www.unibe.ch/universitaet/portraet/selbstverstaendnis/gleichstellung/schwerpunkte/>). Dem Verbot der Ausschliesslichkeit generischer Maskulina wird hierin mit Farbnamen und anderen Ausweichformen entsprochen. Die Lösung ist diskret und will es sein: Fragen der Geschlechtergleichheit sind nicht Teil der hier untersuchten Gerechtigkeitsfragen. Den Lesenden soll keine aufdringliche Metabotschaft ins Auge springen; dies drohte, wenn konsequent die modernen Doppelformen (Richterinnen und Richter, Kindesentführerinnen und Kindesentführer; Störerinnen und Störer) benutzt würden. Kurz: Das generische Maskulin wird in dieser Arbeit nicht ausgemerzt. Kommt es vor, verrät es bei allem Vorurteil (auch sie ist Störer) nichts über das Geschlecht, ganz wie diverse Feminina (Person, Justiz) und Neutra (Mädchen, Kind, Opfer), deren generisches Geschlecht sich ebenfalls nicht auf Diskriminierungen zurückführen lässt oder diese schürte. Für die Kürze meiner Begründung um Verständnis bittend, verweise ich auf: WALTER, Stilkunde, 215 ff.; CLAUDIA MÄDER, NZZ 6.11.2018, Lassen wir die Sprache menschlich sein; CLAUDIA WIRZ, NZZ 8.7.2013, Neusprech für Fortgeschrittene; SEGLINDE GEISEL, NZZ 7.4.2016, Liebe/r Leser*in; KATHARINA FONTANA, NZZ 4.8.2015, Widerstand gegen die deutsche Sprachpolizei; SCHNEIDER, Briefträger, 35–38.

15 Vgl. SCHNEIDER, Wörter, 139–140.

16 SCHNEIDER, Wörter, 139.

17 Vgl. SCHNEIDER, Wörter, 137 ff., mit ausführlicher Fallstudie zur ambivalenten Karriere des Worts der Gleichheit; für die Instrumentalisierung der *volonté générale*

Vorsicht ist daher auch bezüglich der grossen Worte der Zeit angezeigt: Nachhaltigkeit und Menschenwürde bezeichnen wichtige Werte, sind aber so biegsam wie bedeutsam. Es ist zu hoffen, dass diese Worte nicht (etwa durch die Sakralisierung bestimmter Deutungen) zur blossen rhetorischen Waffe verkommen, durch die ideologisch motivierte Begierden und Ideen im politischen Diskurs an der kritischen Analyse vorbeigeschmuggelt werden sollen.¹⁸

B. Recht

I Normen der Rechtsordnung (Merkmale)

Die Rechtsordnung zeichnet sich im vorliegenden Verständnis dadurch aus, dass sie aus Normen besteht, die in der Gesellschaft offiziell Geltung beanspruchen, was sich etwa an der Einhaltung von relativ beständigen Form-, Verfahrens- und Kompetenzvorschriften zeigt.¹⁹ Zudem werden Rechtsnormen eher eingehalten als missachtet²⁰, was von der zuständigen Ordnungsmacht unter anderem durch bestimmte (zur künftigen Befolgung anreizende) Reaktionen auf Verstösse bewirkt wird. Der Rechtsbegriff enthält zudem einen Richtigkeitsanspruch.²¹

Es genügt nicht, dass das Recht gesetzt oder gesprochen wird, es wird auch erwartet, dass es gewisse minimale Richtigkeitskriterien erfüllt.²² Das Recht würde kaum als Recht wahrgenommen, wenn es völlig ungeeignet wäre, zwischenmenschliche Fragen sinnvoll (in einer allen dienenden Weise) zu regeln.²³

rale siehe: RUSSELL, *History*, 636; LEVY, *Idiocy of Idealism*, 87–112. Vgl. auch ISENSEE, § 190, N. 287.

18 Vgl. KLEY, *Sakralisierung*; KLEY, *Menschenwürde als Rechtsprinzip?*, 280.

19 Vgl. WESEL, *Juristische Weltkunde*, 39 ff.

20 ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen*, N. 133.

21 Bereits MONTESQUIEU, *Pensées*, N. 460: Eine Sache sei nicht richtig, weil sie Gesetz ist, sondern sie soll Gesetz sein, weil sie richtig ist; vgl. TSCHENTSCHER, *Prozedurale Theorien*, 43; ALEXU, *Juristische Argumentation*, 242; DERS., *Begriff und Geltung*, 39 ff.

22 Siehe hiernach, Teil 1, B.II und vertiefend hinten Teil 3, F.3 – 4.

23 MONTESQUIEU, *Pensées*, N. 174, 187: Ungerechtes Recht ist unvorteilhaft gegenüber bestimmten Personen, ohne dass es zugleich geeignet wäre, denselben Personen zu dienen; ebd., 186: „[L]a loi de l’esclavage n’a jamais pu lui être utile, elle est dans tous les cas contre lui sans être jamais pour lui, ce qui est contre le principe fondamental de toutes les sociétés“.

Die Frage, wodurch sich Recht auszeichnet, ist von jener zu trennen, warum es wirkt. Es gibt höchst unterschiedliche Gründe, warum sich Menschen an rechtliche Regeln halten: Grau denkt, die Vorschriften seien sinnvoll; Türkis gehorcht aus Gewohnheit; Silber aus Zufriedenheit mit dem Status quo; Lila hat gesetzestreue Freunde, deren Verhalten er imitiert; Kobalt respektiert auch Vorschriften, die sie gerne anders hätte, um andere nicht zum Regelbrechen anzustiften; Rot käme wegen enger sozialer Kontrolle durch Angehörige nicht auf die Idee, gesetzesbrüchig zu sein; Ocker verzichtet einzig deshalb auf strafbare Handlungen, weil sie denkt, die Strafverfolgungsbehörden kämen ihr auf die Schliche.

Weil Grundrechte einen Staat voraussetzen, der zu ihrer Verwirklichung effektiv beiträgt (auch auf der Horizontalebene), muss dieser Staat die Vielseitigkeit der Motive zur individuellen Regeltreue beachten und sie möglichst einkalkulieren. Das öffnet ein Betätigungsfeld der Rechtssoziologie und Rechtspsychologie, die hier nicht im Vordergrund stehen. Eine hierin wichtige Frage ist die nach dem Geltungsgrund (i.S.d. Geltungswürdigkeit) des Rechts:

II Einigungsbasis

Die Einigung ist vorliegend das legitimierende Prinzip des Rechts schlechthin.²⁴ Rechtsnormen gelten, weil (und wenn) sie Ausdruck einer realen oder jedenfalls plausiblen hypothetischen Einigung sind. Nicht nur Vereinbarungen unter Privaten, sondern auch alles öffentliche, auf demokratische Verfahren zurückgehende Recht weist einen Vertragscharakter auf.²⁵ Das Recht demokratischer Staaten ist vermutungsweise stets geltungswürdig, weil die normgebende Gesellschaft es in einem der hierzu vorgesehenen Verfahren vereinbarte. In diesem Sinne ist *pacta sunt servanda*²⁶ der Leitgedanke allen direkt oder indirekt demokratisch legitimierten Rechts.

24 Zur vertieften Begründung insb. hinten, Teil 3, F.II.3.

25 Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Vol. I, 94: „La distinction [zwischen privatem und öffentlichem Recht] porte son âge: celui d’une époque où, politiquement, l’Etat avait pour finalité essentielle de garantir le déroulement libre et régulier de la vie sociale. Les temps ont changé: partout les activités privées et publiques s’interpénètrent, et la finalité étatique s’est diversifiée en une multiplicité d’objectifs sociaux et économiques.“

26 Zum Grundsatz ausführlich: LANDAU, *Pacta sunt servanda*, 457–474; vgl. MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit*, § 5, N. 14, insb. zur Bedeutung in Naturrecht und Völkerrecht.

Der Skeptiker mag daraufhin einwenden: Möglich, dass in der idealen Welt alles Recht frei vereinbart sei und einem ebenso idealen Konstrukt des vernünftigen Willens der Betroffenen entspreche, dem alle harmonisch Folge leisten. Doch in der Realität sei das geltende Recht oft nicht einmal das Produkt der Beteiligung einer Mehrheit. An der politischen Willensbildung seien nur wenige beteiligt, die Beteiligten selten frei von Zwängen, seltener wohlinformiert; das resultierende Recht sei oft missverständlich formuliert; selbst wo verständlich, sei ungewiss, ob es wirke. Kurz: Die Idee des Rechts als Einigung zerschelle an der Härte der Realität. Dieser Einwand zeigt, wie wichtig es ist, die Akzeptabilität des Rechts nicht von Idealen abhängig zu machen. Denn der Gegeneinwand lautet: Die Einigung ist nicht binär strukturiert; zwischen totaler Fremdbestimmung und harmonischem Konsens gibt es viele Stufen.

Wer die Einigungsbasis des Rechts graduell würdigt²⁷, kann geltendes Recht an ihrer Einigungsfähigkeit kritisch messen, ohne von jedem Partizipationsmangel auf inakzeptables Unrecht zu schliessen. Zum Recht (freilich geringer Legitimität) gehören demnach auch Regeln, die bloss knapp erträglich sind und insofern etwas Akzeptabilität aufweisen. Es muss möglich sein, das Recht einer exekutivlastigen Demokratie mit geringen Partizipationsmöglichkeiten oder einer Monarchie mit umfassenden Konsultationsverfahren (beide haben immerhin einen rudimentären Einigungscharakter) einerseits vom „Recht“ einer Diktatur oder Scheindemokratie andererseits zu unterscheiden, das auf Gewalt oder Täuschung beruht und hiervon abhängig ist.

Woran erkennt man, ob das Recht eine Minimaleinigung enthält? Am Kontext: Ein wichtiges Indiz ist das Unterbleiben gewaltsamen Widerstands gegen dieses Recht.²⁸ Wer sich gegen das ihm auferlegte Recht nicht (ausserrechtlich) wehrt, drückt eine Art passiver Zustimmung aus, solange das Unterbleiben von Widerstand weder auf Täuschung, Angst vor ernstlichen Konsequenzen oder schlicht absoluter Hilfslosigkeit zurückzuführen ist. Das Kriterium der Abwesenheit der Täuschung bedingt, dass die Rechtsunterworfenen Zugang zu kritischen Informationen haben und nicht durch Propaganda noch so subtiler Art (z.B. bei Manipulation der Meinungsbildung durch „Trolle“, Sockenpuppen und andere *discourse saboteurs* in Internetforen²⁹) irregeführt werden. Ein notwendiges Indiz

27 Vgl. hinten, Teil 3, C.I.2.b; zur Gradualität als Prinzip zudem hinten, Teil 3, A.V.

28 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, N. 1211 ff., zum Recht auf Widerstand.

29 Siehe zum prominentesten Fall einer von einem anderen Staat orchestrierten Einflussnahme auf die demokratische Willensbildung: JANE MAYER, How Russia

hinreichender Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit ist m.E. die schlichte Existenz der Kritik gegen Machthaber in Medien, die einem grösseren Teil der Bevölkerung zugänglich sind. Das Fehlen von Kritik muss wegen der natürlichen menschlichen Rivalitäten und politischer Geschmacksunterschiede als demokratisch schlicht unmöglich gelten – selbst wo Regierungen vortreffliche Arbeit leisten. Das Kriterium fehlender Angst vor ernstlichen Konsequenzen bei Widerstand setzt voraus, dass Menschen, die gegen die herrschende Ordnung aufbegehren, nicht mit existenzbedrohenden Sanktionen rechnen müssen.³⁰ Niemand, der berechtigten oder unberechtigten Widerstand leistet, sollte damit rechnen müssen, dass er ermordet oder gefoltert wird oder es allein deswegen zu schweren Verletzungen der persönlichen Freiheit kommt; auch darf niemand Anlass zur Befürchtung haben, seine Angehörigen gerieten durch seinen Widerstand in Gefahr oder würden in der Gesellschaft ausgegrenzt (z.B. wenn dem Sohn der Verfasserin eines regierungskritischen Artikels der Ausschluss aus der Schule oder die Diskriminierung durch Lehrkräfte droht). Zuletzt setzt das Kriterium der Widerstandsfähigkeit voraus, dass die sozialen Bedingungen der sicheren Existenz nicht angegriffen werden; wenn Personen, denen staatliche Macht anvertraut wurde, Regimekritiker als Feinde der Nation stigmatisieren und damit in gewissen Kreisen – gegenüber der eigenen, hochgepeitschten Basis – als vogelfrei erklären, ist unweigerlich an der Rechtllichkeit (Einigungsfähigkeit) allen Rechts zu zweifeln, das die auf solche Massnahmen offenbar angewiesenen Herrscher veranlassen.

Kurz: Alles Recht basiert auf einer zumindest passiven und schwachen Form der Einigung. Was nicht als Produkt der Einigung informierter und widerstandsfähiger Personen angesehen werden kann, ist nicht Recht – so sehr es auch regelartig und wirksam sein mag. Das muss auch in Bezug auf die Grundrechte und ihre Auslegung gelten.³¹

helped swing the election for Trump, 24.9.2018, mit ausführlicher Diskussion der Forschungsergebnisse von Kathleen Hall Jamieson, die den treffenden Begriff des „*discourse saboteurs*“ verwendet, abrufbar auf: <www.newyorker.com/magazine/2018/10/01/how-russia-helped-to-swing-the-election-for-trump/amp> (zuletzt abgerufen am 12.10.2018).

30 Vgl. mit Bezug auf eine etwas andere Frage ISENSEE, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 135: „Die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit darf zuweilen Zivilcourage verlangen, nicht jedoch Heldenmut oder Abenteuerdrang.“

31 Für ein Beispiel, wo der Konsensgedanke bereits von Bedeutung ist, siehe die Praxis des EGMR zur „margin of appreciation“-Doktrin, wonach der Spielraum der Staaten bei der Umsetzung von Garantien der EMRK auch davon abhängt,

III Fehlerkalkül

Die Unvollkommenheit der Gesetze ist ein populärer Gemeinplatz.³² Doch postuliert kaum jemand ernsthaft ihre Entbehrlichkeit. Um unserer Freiheit willen, so CICERO, sind wir Diener der Gesetze.³³ Der Mangel am Gesetz begründet nicht die Unvernünftigkeit der Gesetzesbindung, für die auch andere, von der materiellen Richtigkeit unabhängige Gründe sprechen. Zu bedenken ist vor allem, dass die konsequente Einhaltung und Durchsetzung der Gesetze der Berechenbarkeit und der Publizität des Rechts und damit der Rechtssicherheit dienen.³⁴ Insofern ist Legalität ein Modus der Begründung von Legitimität³⁵ und folglich ist in jeder Abwägung für und wider die Gesetzesgeltung der Eigenwert der Legalität zu beachten. Das heisst, bei der Prüfung, inwieweit (etwa seitens der Gerichte) an gesetzlichen Regelungen festzuhalten ist, ist ein *legalistisches Fehlerkalkül* nötig.³⁶ Wo die Gesetze demokratisch legitimiert sind, ist zudem ein *demokratisches Fehlerkalkül* geboten. Demokratische Gesetze sollten nicht bloss toter Buchstabe sein, weil sonst ein Glaubwürdigkeits-

ob in der Staatenpraxis ein Konsens im Entstehen begriffen sei EGMR, *Glor v. Switzerland* (2009), 3444/04, § 75: „Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must, however, have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved. One of the relevant factors in determining the scope of the margin of appreciation left to the authorities may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States“; EGMR, *Evans v. UK* (2007), GK, 6339/05, § 45.

32 HONORÉ DE BALZAC, *La maison Nucingen*, Paris 1838, Arvensa E-Book, 66: „Les lois sont des toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites.“; ADOLPHE-BASILE ROUTHIER, *Le Centurion. Roman des temps messianique*, 1909, Teil 4, Kap. X, 382: „Il n'est pas nécessaire d'être avocat ou magistrat pour savoir que la légalité et la justice sont loin d'être synonymes.“

33 CICERO, *Pro Cluentio*, N. 53, 146: „Legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.“

34 RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 178: „[W]ie ungerecht immer das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge, es hat sich gezeigt, daß es *einen* Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit“ (eine von RADBRUCH selbst nach 1945 relativierte Position: siehe ders., *Gesetzliches Unrecht*, passim); KRIELE, *Staatslehre*, 117, 140 ff.; POTACS, *Rechtstheorie*, 57 f.; ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen*, N. 144; ausführlich zudem DREIER, *Recht und Moral*, 188–199, m.H.; vgl. TSCHENTSCHER, *Optimization*, 9; WINZELER, *Variationen*, 181 ff. Ferner RUSSELL, *Moral Philosopher*, 335.

35 WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 124 ff.; vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Vol. I*, 622: „Aujourd'hui, on fait un pari sur la raison de la norme.“

36 POTACS, *Rechtstheorie*, 57 f., 127; vgl. KRIELE, *Staatslehre*, 117.

verlust droht; und wo die Inhaber politischer Rechte ihr Vertrauen in die Ernsthaftigkeit demokratischer Partizipationsmöglichkeiten verlieren, drohen sie die Loyalität zur Demokratie zu verlieren – und damit die Bereitschaft, sich gegen allfällige antidemokratische Umtriebe zu wehren.³⁷ Aus diesem Grund sollten sich Gerichte davor hüten, demokratisch legitimates, für sich betrachtet etwas ungerecht erscheinendes Recht voreilig „moralisch“ zu korrigieren. Längerfristig dürfte es um die Gerechtigkeit in der Gesellschaft besser bestellt sein, wenn diesbezüglich ein Prinzip der Zurückhaltung besteht.

Kurz: Legalität und Demokratie dienen der Freiheit und dem Wohl der Menschen und sind damit Grundpfeiler elementarer Gerechtigkeit. Die Bindung ans demokratisch legitimierte Gesetz ist trotz aller Unvollkommenheit stets vermutungsweise richtig. Das legalistische und das demokratische Fehlerkalkül (kurz: das *Fehlerkalkül des demokratischen Rechtsstaats*) erklären, warum die Gesetzesbindung besonders der exekutiven und judikativen Staatsgewalten grundsätzlich inhaltsunabhängig richtig ist.³⁸

C. Moral

I Moral vs. Recht

1. Probleme der Verbindungs- und der Trennungsthese

Der sichtbarste Unterschied der Rechtsordnung zur Moralordnung ruht in den Verfahren der Normgenese und Normdurchsetzung: Recht wird im organisierten Verfahren beschlossen, ist meist schriftförmig und durchsetzbar; Moral entsteht formunabhängig und wirkt unabhängig von staatlichen Durchsetzungsmechanismen.³⁹

Eine praktisch relevante Frage lautet, ob ungeachtet der Formunterschiedlichkeit für staatliche Funktionsträger zulässige Wege bestehen, Erkenntnisse aus der Moral auf eine das positivierte Recht erweiternde Weise unmittelbar einzubringen. Ob dies möglich ist, hängt davon ab, ob von einer *Trennungsthese* oder einer *Verbindungsthese* auszugehen ist.⁴⁰

³⁷ Vgl. WINZELER, 181 ff.

³⁸ RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 178.

³⁹ Vgl. HORSTER, Postchristliche Moral, 496 f.

⁴⁰ Ausführlich hierzu etwa: HORSTER, Postchristliche Moral, 495 ff., insb. 502.

Für Vertreter der Trennungsthese sind Moral und Recht zwei unabhängige Regelordnungen.⁴¹ Das Recht gilt als ein in sich geschlossenes und von Gerechtigkeitsnormen unabhängiges System.⁴² Die moralische Kritik des Rechts kommt hier stets nur von aussen.⁴³ Aus diesem Grund wird befürchtet, bei Annahme der Trennungsthese sei das Recht zu wenig dynamisch.⁴⁴ Ein Vorzug der Trennungsannahme ist der Gewinn an Klarheit beim Kritisieren moralisch verwerflichen Rechts, weil Recht als moralisch neutral gedacht und die moralische Zulässigkeit des zu kritisierenden Rechts nicht vermutet wird.⁴⁵ Zudem sind bei Annahme der Trennung der Ideologisierung des Rechts höhere Hürden gestellt.⁴⁶

Die Verbindungsthese betont dagegen die Einheit von Recht und Moral. Recht sei begriffsnotwendig gerechtigkeitsbasiert.⁴⁷ Rechtsnormen können daher auch direkt moralisch begründet werden.⁴⁸ Für die Verbindungsthese spricht, dass Recht und Moral fast identische Interessen schützen. Gerade die Auslegung der Grundrechte, die ohne Gerechtigkeitserwägungen kaum denkbar ist⁴⁹, illustriert den engen Bezug. Die Verbindungsthese birgt aber Risiken. Sie kann Richter und Rechtsanwender dazu verleiten,

41 Eindrücklich HART, Positivism, insb. 595–597, in Bezug auf die von Austin und Bentham vertretene Trennungsthese: „Both thinkers' prime reason for this insistence [on the separation of law as it is and law as it ought to be] was to enable men to see steadily the precise issues posed by the existence of morally bad laws [...]. [...] Bentham was especially aware, as an anxious spectator of the French revolution, that [...] the time might come in any society when the law's commands were so evil that the question of resistance had to be faced, and it was then essential that the issues at stake at this point should neither be oversimplified nor obscured. Yet, this was precisely what the confusion between law and morals had done.“

42 KELSEN, Reine Rechtslehre, 51: „[D]aß der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen.“; ähnlich ders., Gerechtigkeit, 360; HART, Concept of Law, 66 ff., 185 ff.; vgl. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 62 ff.; ders., Selbstlegitimation des Staates, 75 ff. (jeweils mit der zentralen These, dass Rechtsnormen im Selbstinterpretationsprozess konkretisiert werden); am Rande auch ARENDT, Über das Böse, 36, die Legalität als „moralisch neutral“ bezeichnet.

43 Vgl. HART, Positivism, 597.

44 Vgl. DWORKIN, Igel, 678.

45 HART, Positivism, 593 f., 611 ff.; kritisch dazu aber DREIER, Recht und Moral, 194.

46 DREIER, Recht und Moral, 181–182.

47 Vgl. ALEXY, Begriff und Geltung, 39 ff.; ders., Rechtspositivismus, 9.

48 DWORKIN, Igel, 678 f.; ALEXY, Grundrechte, passim.

49 Vgl. MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, § 5, N. 21; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 3 (Ziff. 5), in Bezug auf die Auslegung der Menschenwürde.

private Moralvorstellungen ins Recht einzuflechten, ohne sich an Vorgaben des positiven Rechts oder an die bewährte Praxis zu halten. Auch ist die Konsultation des Gerechtigkeitsgefühls (im Vergleich zur Analyse des komplexen positiven Rechts) verlockend einfach. Trägheit und ideologischer Eifer drohen wichtige Entscheidungen zu prägen. Letzteres ist heikel, weil die Festigkeit einer Überzeugung keineswegs ihre Richtigkeit verbürgt⁵⁰, aber die Bereitschaft erhöht, diese Überzeugungen umzusetzen. Nun kann selbst das Gerechtigkeitsgefühl gebildeter Menschen irren.⁵¹ Man denke ans Richtigkeitsgefühl des (nicht ergebnis-, aber intentions-) pazifistischen britischen Premierministers Chamberlain, der an der Münchener Konferenz 1938 trotz der Kriegsdrohungen Hitlers bestrebt war, den Frieden um jeden Preis zu sichern; in der Folge schenkte er Hitler einen wesentlichen Teil der Tschechoslowakei und verbesserte dessen Ausgangslage im bevorstehenden Krieg.⁵²

Die Möglichkeit, „Moral“ als Ersatzrechtsquelle zu nutzen, ist zudem problematisch, weil die einmal errichtete Brücke von der Moral ins Recht sich auch in die andere Richtung begehen lässt. Wer (gerade als Richter) mit positiviertem Recht so umgeht, als dürfe es sich von der Gerechtigkeit nicht unterscheiden, der verleitet zur Fehlannahme, wonach das positivierete Recht irgendwie von Gerechtigkeit zeuge; das erschwert die kritische Beurteilung des Rechts.⁵³

2. Implementationsargument und bedingte Trennungsthese

Ein Mittelweg zwischen Trennungs- und Verbindungsthese könnte auf den Grad an bereits verwirklichter Gerechtigkeit im Recht abstellen: Je stärker geltendes Recht den Schutz elementarer Gerechtigkeit sicherstellt, desto geringer ist der Wert des direkten Rückgriffs der Rechtsanwendung oder der Justiz auf eine irgendwie geartete „Moral“.⁵⁴ Die Umgehung des positivierten Rechts drohte dann nämlich schwerer zu wiegen als der

50 KAHNEMAN, *Thinking*, 239–240: „[T]he confidence that people have in their intuitions is not a reliable guide to their validity.“

51 Vgl. ARENDT, *Über das Böse*, 16.

52 SAGER, *Verhandlungstechnik*, 26–28 m.H.

53 Vgl. HART, *Positivism*, 598, mit der Befürchtung: „that the existing law may supplant morality as a final test of conduct and so escape criticism.“; ferner RUSSELL, *Moral Philosopher*, 336.

54 Vgl. DREIER, *Moral und Recht*, 201, in Bezug auf die Notwendigkeit eines (ausserrechtlichen) Widerstandsrechts.

mögliche punktuelle Gewinn an Gerechtigkeit durch direkten Einbezug der Moral. Im demokratischen Rechtsstaat mit verlässlichen Institutionen, die Gerechtigkeitsanliegen auf routinierte Weise sichern, ist die (bedingte) Trennungsthese vorzuziehen. Sie ist insofern bedingt, als alles vom Umfang der bereits „implementierten“ Gerechtigkeit abhängt. Nur wo wichtige Anliegen der Gerechtigkeit im Recht realisiert sind, bedarf es keiner (riskanten) Öffnung des Rechts für eine wandelbare „Moral“. Anders könnten die Dinge in einem Staat liegen, der sich eben erst eines autokratischen Regimes entledigte; hier müssten rechtsstaatliche Fundamente aktiv errichtet werden – mithilfe aller willigen Gewalten und verfügbaren Argumente.

Für die Schweiz ist von der bedingten Trennungsthese auszugehen. Ihre Verfassungsordnung und Verfassungsrealität verwirklicht ein reiches Mass an Gerechtigkeit. Wo weitere Fortschritte notwendig erscheinen, lassen sie sich regelmässig an den Wortlaut bestehender Verfassungsnormen binden; etwa ans Prinzip der Selbstverantwortung und der sozialen Mitverantwortung (Art. 6 BV)⁵⁵, an die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) oder ans Prinzip und Recht auf Treu und Glauben (Art. 5 und 9 BV). Es dürften bei der Ausgangslage kaum Gerechtigkeitsprobleme auftauchen, für deren Lösung man sich ausschliesslich extralegalen Kriterien bedienen müsste. Für die Lösung der Grundrechtskollision bedeutet dies, dass man jede Kollisionslösung zumindest auch mit den bereits in der Verfassung enthaltenen Normen erklären sollte. Das diszipliniert die kollisionslösende Begründung und fördert Rechtssicherheit in einem sonst oft (wegen der Vagheit der Normen) eher rechtsunsicheren Kontext.

Abgesehen von Form- und Verfahrensfragen trennen Recht und Moral im vorliegenden Verständnis auch der unterschiedliche Geltungsgrund: Der Geltungsgrund des Rechts ist der Gedanke der Einigung. Der Massstab der Gerechtigkeit ist dagegen die Eignung einer Verhaltensweise zur Erwirkung möglichst guter Folgen. Moralische Erkenntnisse sind aufgrund dieses Unterschieds für die Deutung der Rechtsnormen nicht direkt relevant. Dennoch sind trotz unterschiedlicher direkter Geltungsgründe die letzten Zwecke des Rechts und der Moral identisch. Weil die Defi-

55 Dazu überzeugend HÄBERLE, SG-Komm. BV, Art. 6, N. 10 und 13; KIENER, in: Staatsrecht, § 29, N. 8; für einen Ansatz der Konkretisierung des Art. 6 BV durchs Bundesgericht siehe BGE 141 I 153 E.4.2, 156: „[D]ie Subsidiarität [meint], dass Sozialhilfe prinzipiell nur gewährt wird, soweit der Einzelne keinen Zugang zu einer anderweitigen, zumutbaren Hilfsquelle hat. Es ist damit Ausdruck der Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gemeinschaft, wie sie in Art. 6 BV verankert ist.“

inition des Rechts als Produkt von Einigungen selbst folgenethisch legitimiert ist, kann die vorliegende Trennungsthese keine absolute sein.

Methodisch bedeutet die Trennungsthese, dass im Falle rechtlicher Unklarheiten und Konflikte primär nach Lösungen zu suchen ist, die sich mit dem Gedanken des Rechts als Ausdruck einer Einigung vertragen. Also wird zuerst nach der Lösung gefragt, die der demokratisch legitimierte Normgeber vereinbart hat oder vereinbart haben könnte; wird man nicht fündig, fragt man, was er (hypothetisch) vereinbaren würde. Weil man nicht unterstellen kann, dass er etwas Ungerechtes will, ist nach Lösungen zu suchen, von welchen man sich die besten Folgen für das Wohl möglichst aller erhoffen kann.⁵⁶ Hier decken sich Recht und Moral.

Weil Grundrechte gerechtigkeitsorientierte Normen sind⁵⁷, findet deren Auslegung nach Gerechtigkeitskriterien zumindest formal noch auf dem Boden des Rechts statt. Gleiches gilt, wo moralische Erwägungen direkt zur Geltung kommen, weil das Recht für bestimmte Normenkonflikte keine materialen Lösungen vorgibt; hier ist der Staat kraft seiner Konfliktlösungspflicht zum Rückgriff auf ausserrechtliche Kriterien ermächtigt. Zur Notwendigkeit einer moralisch begründeten Abweichung vom positiven Recht kommt es, wenn dieses eine Lösung gebietet, die von einem objektiven Standpunkt aus als inakzeptabel oder unerträglich ungerecht (so RADBRUCH⁵⁸) bezeichnet werden kann; dann gestattet es die Trennungsthese, formal richtig gesetztes Recht zurückzuweisen und eine „moralische“ Lösung zu bevorzugen. Das Recht wird selbst da nicht durch Moral ersetzt, sondern moralische Erwägungen füllen eine Lücke, da unter förmlichem Rechtskleid gerade kein gültiges Recht „existiert“.⁵⁹

II Moral vs. Ethik

Die Begriffe der Moral und der Ethik bezeichnen im vorliegenden Verständnis praktisch Identisches. Nicht gefolgt wird hier der bisweilen anzu-

⁵⁶ Ausführlich hinten, Teil 3, D-F.

⁵⁷ Vgl. statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 9.

⁵⁸ RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht, 107: Gemäss der Formel muss ein Richter im Falle eines Konfliktes zwischen dem positiven Recht und materieller Gerechtigkeit immer dann und nur dann gegen das Gesetz und für die Gerechtigkeit entscheiden, wenn das Gesetz unerträglich ungerecht ist oder wenn es die Gleichheit aller Menschen bewusst verleugnet; vgl. RADBRUCH, Vorschule, 33 f.

⁵⁹ Zu den (zwei) Nichtigkeitsgründen des Rechts vertiefend hinten, nach der Auseinandersetzung mit den Gerechtigkeitstheorien: Teil 3, F.II.4.

treffenden Unterscheidung, wonach Moral eine Frage des Verhaltens in privaten Angelegenheiten, Ethik indessen eine Frage des zwischenmenschlichen Verhaltens sei.⁶⁰ Damit trennte man die Gerechtigkeit in zwei Teil-domänen mit diffuser Wechselwirkung und liesse zudem die Möglichkeit zu, dass es eine unethische Moral und eine unmoralische Ethik gebe. Die Tatsache allein, dass zwei Begriffe zur selben Sache existieren, zwingt nicht zur Differenzierung. Im vorliegenden (folgenethischen) Gerechtigkeitsverständnis ist eine Handlung, die sich im privaten oder sozialen Lebensbereich ereignet und die insgesamt vergleichsweise gute Folgen mit sich führt, aus allgemeiner Perspektive richtig und moralisch (ethisch) gutzuheissen.

III Moral vs. Gerechtigkeit

Der Gerechtigkeitsbegriff (im auch vorliegenden Verständnis) unterscheidet sich nicht substantiell vom Moralbegriff. Alles, was aus Gerechtigkeitsgründen geboten ist, ist moralisch richtig. Umgekehrt sind aber nicht alle moralischen Werte Gegenstand der Gerechtigkeit. Sinnvoll ist, von einem breiteren Verständnis des Moralischen auszugehen.⁶¹ Nennt man ein Verhalten moralisch, heisst man es gut, wünschenswert. Gerechtigkeit bezeichnet hingegen jenes gute, wünschenswerte Verhalten, das man als Pflicht formulieren kann, weil auf deren Erfüllung andere Menschen einen (moralischen) Anspruch haben können.⁶²

Es gibt zwei Kategorien menschlichen Verhaltens, die hier der Moral, nicht aber der Gerechtigkeit zugeordnet werden⁶³; die nur zur evaluativen (wertenden), nicht aber zur vorschreibenden Moral gehören:

- Es gibt alltägliches moralisches Verhalten unter der Schwelle des Pflichtwürdigen, das sich nicht sinnvoll erzwingen liesse oder das an Wert verlöre, wenn es nicht freiwillig erfolgte. Hierzu zählen diverse

60 Unterscheidung Moral/Ethik: Privat vs. Zwischenpersönlich (Horster u.a.).

61 Ausführlich und anschaulich zum Thema: TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 52–55, zum „Sollensbezug“ der Gerechtigkeit; dort im Unterschied zu hier mit einem weniger ontologischen Verständnis dessen, was Normativität ausmacht.

62 TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 52: „Wer behauptet, er sei ungerecht behandelt worden, der rügt gleichzeitig eine Verletzung seiner (moralischen) Rechte.“; NUSSBAUM, Grenzen, 457 f.; vgl. LEVY, Legal Thinking, 75: Gerechtigkeit könne als „legally organizable morality“ bezeichnet werden.

63 Vgl. TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 53.

Freundlichkeiten und gute Gesten des Alltags, auf die keiner ein Recht hat und deren Verweigerung nicht ungerecht, sondern allenfalls stilllos wäre. Etwa das Freigeben des Sitzplatzes an ältere (aber nicht gebrechliche) Personen im Bus oder der Besuch von Freunden im Spital. Diese Tätigkeiten sind gut und moralisch; aber sie sind nicht Gegenstand von Gerechtigkeitsforderungen, da Ansprüche hierauf oder gar sanktionsbewehrte Pflichten hierzu unverhältnismässig wären. Man kann hier von einer *kleinen Moral* sprechen.

- Die zweite Kategorie kann man demgegenüber als *grosse Moral* bezeichnen. Niemand hat Anspruch auf den Heroismus des Nächsten. Es gibt keine Pflicht, unter Gefährdung des eigenen Lebens in den Strom zu springen, um jemanden zu retten, sich einem Entführer als Ersatzgeisel anzubieten oder in die Lebendspende einer Niere einzuwilligen. Solcherlei sind sogenannte supererogatorische Handlungen, die moralisch wertvoll sind, sich aber jenseits der (pflichtfähigen) Gerechtigkeit befinden. Es gibt keine Pflicht zur Selbstaufopferung und keinen Anspruch auf den moralischen Heroismus des Nächsten, oder auf dessen unbedingten Altruismus.⁶⁴ Wenn Berufe Pflichten zur erhöhten Selbstgefährdung vorsehen, ist dies eher eine unechte Ausnahme, solange die Berufswahl frei und der Lohn angemessen ist, was in der Schweiz etwa für den Polizeiberuf anzunehmen ist. Supererogatorisch ist allenfalls der Feuerwehrdienst für hypothetische Personen, die sich die (freilich bescheidene⁶⁵) Feuerwehripflichtersatzabgabe nicht leisten könnten. Im Kriegsfall kann der obligatorische Militärdienst zu Selbstaufopferungspflichten führen.

Für die Kollisionsproblematik ist die Abgrenzung der pflichtfähigen Gerechtigkeit von der kleinen sowie der supererogatorischen Moral indirekt bedeutsam: Sie verrät, was der Staat vom Einzelnen zugunsten anderer einfordern kann.

64 Vgl. SINGER, 346; ZUPPINGER, Schutz gegen sich selbst, 66.

65 Vgl. etwa § 8 Abs. 2 des Feuerwehrgesetzes des Kantons Aargau (SR-AG 581.100): Der Pflichtersatz beträgt 2 ‰ des steuerbaren Einkommens, höchstens aber CHF 300.-.

D. Grundrechte

I Wesen und Begriff

1. Grundrechte als rechtlich verbürgte Gerechtigkeit

Grundrechte beschirmen Werte, an denen der Mensch ein starkes, oft nicht nur instrumentelles Interesse empfindet.⁶⁶ Sie schützen Lebensbereiche, die sich im Laufe der historischen Erfahrung als besonders vulnerabel erwiesen.⁶⁷ Inhaltlich kreisen sie um die Natur des Menschen als ein denkendes und empfindendes, nach Entfaltung und sozialer Teilhabe strebendes, zugleich aber auch verletzliches Wesen.⁶⁸ Kurz: Grundrechte sichern elementare Gerechtigkeitsansprüche⁶⁹ und stehen damit sowohl auf dem Boden des Rechts wie auf jenem der Moral.

2. Abgrenzung sinnverwandter Worte (Menschenrechte et al.)

Der Begriff der Grundrechte überschneidet sich mit jenem der Menschen-, Freiheits- und verfassungsmässigen Rechte. Als Synonyme lassen sie sich dennoch nur begrenzt verwenden:

- Freiheitsrechte gewährleisten der klassischen Wortprägung nach in erster Linie Ansprüche auf staatliche Nichtintervention. Schutzgut ist ein bestehender Grad an Autonomie und an Möglichkeiten der freien Lebensgestaltung.⁷⁰ Rechtsstaatliche Garantien wie die Verfahrensgrundrechte (Art. 29–32 BV) oder Leistungsgarantien wie das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) sind vom Begriff nicht erfasst.
- Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte ist breiter als jener der Grundrechte: Die Garantie der Gewaltenteilung (Art. 49 Abs. 1 BV), das Doppelbesteuerungsverbot (Art. 127 Abs. 3 BV) oder die Gemeinde-

66 RAZ, *The Morality of Freedom*, 192: „A person has a fundamental (moral) right when he has an interest of ultimate value, ie inasmuch as the value of that interest does not derive from some other interest of the right-holder, or from other persons.“

67 J.P.MÜLLER, *Bemerkungen*, § 39 N. 6; vgl. TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 N. 9.

68 TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 7 N. 3.

69 ZUCCA, *Constitutional Dilemmas*, *passim*; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 N. 9.

70 MAHON, *Droits fondamentaux*, 4.

autonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) verbürgen verfassungsmässige Rechte, nicht aber Grundrechte.⁷¹

- Alle Menschenrechte sind Grundrechte. Umgekehrt kann es Ausnahmen geben, wo bestimmte Rechte nicht allen Menschen zustehen.⁷² Der Begriff der Menschenrechte unterstreicht den anthropozentrischen Charakter der Grundrechte.⁷³ Das ist einerseits redlich, zumal man sich tatsächlich erst durch die Gattungszugehörigkeit zum Rechtsgenuss qualifiziert, doch ist damit andererseits auch eine Gefahr verbunden: Indem gewissen Menschen das Menschsein rhetorisch abgesprochen wird, werden ganze Gruppen von Menschen (der Wirksamkeit) ihrer Rechte beraubt. Ein Warnruf aus der Geschichte sind dabei die „Untermenschen“ des Nazi-Vokabulars oder die hetzerische Bezeichnung der Tutsis in Ruanda als „Kakerlaken“ vor und während des Völkermords.⁷⁴ Verglichen hiermit ist es m.E. schwieriger, den Begriff der Grundrechte in sein Gegenteil zu verkehren.

Kurz: Der Begriff der Grundrechte ist vorzuziehen. Wo hier gleichwohl jener der Menschenrechte verwendet wird, liegt dies vor allem am Kontext (z.B., wo von den Garantien der EMRK die Rede ist).

II Typen von Grundrechtskonflikten

1. Grundrechtskollision

a. Unvereinbarkeit rechtlich verbürgter Gerechtigkeitsanliegen

Die Grundrechtskollision ist ein Normkonflikt im Bereich der Grundrechte. Bei Normkonflikten schreibt von zwei Normen die eine ein bestimmtes Verhalten, die andere ein mit diesem Verhalten unvereinbares Verhalten

71 MAHON, *Droits fondamentaux*, 4.

72 Dazu hinten, Teil 2, B.I.1.

73 Kritisch auch PANIKKAR, *Western Concept*, 90.

74 SCHLOSSER, *Sprache unterm Hakenkreuz*, passim; vgl. für die Hintergründe des Ruanda-Genozids: JEAN-PIERRE CHRÉTIEN/MARCEL KABANDA, *Rwanda, Racisme et génocide*, Clamecy 2013, Teil 3, 169 ff., zur anti-Tutsi-Rhetorik insb. Kap. 9, 213 ff.; kritisch zur Vorstellung, die blosser Symbolik und Wortmacht der Menschenrechte führe bereits zu deren (Selbst-)Verwirklichung vor allem auch ARENDT, *Totale Herrschaft*, 605.

vor.⁷⁵ Gegenstand der Kollision sind Werte, deren Schutz die Grundrechte garantieren. Das heisst, es geht um Gerechtigkeitsanliegen.⁷⁶ Ein Verhalten oder Ergebnis, das gemeinhin aus Gerechtigkeitsgründen geboten wäre, lässt sich aufgrund der Kollision nicht (gänzlich) realisieren.

Dass nicht alle kollidierenden Werte verteidigt werden können, ist Definitionsmerkmal: Die Grundrechtskollision ist eine Konstellation der Umstände, bei der die Wahrung eines Teils der involvierten grundrechtlichen Schutzgüter nur auf Kosten anderer grundrechtlicher Schutzgüter erfolgen kann (ein Leben nur etwa auf Kosten der körperlichen Integrität einer anderen Person). Daraus folgt, dass wichtigste Individualwerte der Rechtsordnung im Kollisionsfall empfindliche, reale Einbussen erleiden und die Kollision nicht nur etwa Ausdruck einer tieferliegenden Einheit der Werte ist.⁷⁷

Mag die Idee der Grundrechte auch eher den inneren Idealisten im Juristen ansprechen, so ist die Lösung der Grundrechtskollision ein realistisches Unterfangen: Man kann es nicht allen recht machen, muss das am ehesten Hinnehmbare ausloten.

b. Keine Pflichtenkollision

Kann man die Grundrechtskollision als Pflichtenkollision betrachten? Es stehen sich bedeutende Verhaltensanordnungen an den Staat gegenüber. Doch Unmögliches ist nicht Pflicht; niemand kann vernünftig verpflichtet werden, zwei sich gegenseitig ausschliessende Dinge zu tun.⁷⁸ Genau genommen kollidieren nicht Pflichten, aber die (unter üblichen Umständen) durch die konfligierenden Pflichten geschützten Güter.

75 So KELSEN, *Recht und Logik*, 421; vgl. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 209; vgl. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas*, 52: „The problem that makes conflicts of FLRs so daunting is the spectre of normative inconsistency. A normative inconsistency arises when two norms are jointly incompatible. Either we follow one or we follow the other; but there is no logical possibility to conciliate the two, since they contradict one another. We can only choose one or the other; and that choice will entail an inevitable loss.”

76 Vgl. Teil 2, A.I.

77 ZUCCA, *Constitutional Dilemmas*, 23, m.H. auf DWORKIN, *Igel*, 30, der von einer solchen tieferliegenden Einheit der Werte ausgeht.

78 Vgl. POTACS, *Rechtstheorie*, 124.

c. Echte und unechte Kollisionen

Man kann echte von unechten Grundrechtskollisionen unterscheiden.⁷⁹ Unechte Grundrechtskollisionen werden primär auslegungshalber gelöst, durch kontextuelle Normkonkretisierung.⁸⁰ Das setzt eine Auseinandersetzung mit den rechtlichen Vorgaben und der konkreten Sachlage voraus, aus welchen prima facie die Annahme einer Kollision fließt. Bei echten Grundrechtskollisionen ist abzuwägen (ausser wo ein unantastbares grundrechtliches Schutzgut mit einschränkbar Grundrechten zu kollidieren scheint; solche Konflikte werden im Prinzip wie unechte Grundrechtskollisionen untersucht und gelöst). Das liegt daran, dass die Verfassung und die diese definierende Grundrechtspraxis keine Lösung enthalten, die einfach per Auslegung ermittelt werden könnte.⁸¹

2. Grundrechtskonflikt

Der Grundrechtskonflikt ist der Oberbegriff für jedes Verhältnis der Grundrechte untereinander, das zu tatsächlich oder scheinbar konfligierenden persönlichen Ansprüchen oder staatlichen Gewährleistungspflichten führt. Grundrechtskollisionen sind Grundrechtskonflikte, die sich durch die Besonderheit der unvermeidbaren Einschränkung eines üblicherweise geschützten Gewährleistungsgehalts auszeichnen.⁸²

3. Grundrechtskonkurrenz

Eine Grundrechtskonkurrenz liegt vor, wenn verschiedene Grundrechte auf gleicher Interessenseite betroffen sind und sich daher die Frage stellt, wie zu prüfen ist (kumulativ, alternativ, der Reihe nach?), ob Grundrechte der betroffenen Person unzulässig eingeschränkt werden.⁸³ Sie ist ein

79 Vgl. BETHGE, Grundrechtskollisionen, 26; v. MÜNCH, Vorbemerkungen, N. 45; MARTIN, Grundrechtskollision, 2. Siehe auch hinten, Teil 2, B.II.1.a, d.

80 Vgl. RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Verfassungsrecht, 207, zur erheblichen Bedeutung der Grundrechtskonkretisierung.

81 Vgl. MARTIN, Grundrechtskollision, 6.

82 ROHRER, Beziehungen der Grundrechte, 16.

83 Ausführlich dazu: CHRISTOPH SPIELMANN, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, Baden-Baden 2008. Gelegentlich werden die semantisch ähnlichen Begriffe der Kollision, des Konflikts und der Konkurrenz anders verwendet – so etwa bei

Grundrechtskonflikt im weiten Sinn, hat aber nichts mit der Grundrechtskollision zu tun.⁸⁴ Unklar ist, ob die Grundrechtskonkurrenz ein Problem darstellt; oder nur ein „Scheinproblem“.⁸⁵

Theoretisch relevant ist die Konkurrenzfrage für die Kollisionslösung in jenen Fällen, in denen die Wahl des massgeblichen Grundrechts entscheidet, ob abgewogen werden darf. Dies wäre dort der Fall, wo eines der betroffenen Grundrechte schutzwürdige Interessen nur vor gesetzlich nicht erlaubten und unverhältnismässigen Eingriffen bewahrte, während ein anderes, konkurrierendes Grundrecht diese Interessen vor allen denkbaren Einschränkungen schützen und damit unantastbar machen würde. Dann bestünde eine sogenannte Schrankendivergenz, sodass die Frage, welchem der konkurrierenden Grundrechte man die zu schützenden Güter unterstelle, entscheidend schiene.⁸⁶

Zur Illustration: Stuft man einen konkreten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (z.B. das Knebeln eines Menschen) als Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) ein, lässt er sich im Falle der Kollision mit überwiegenden Interessen rechtfertigen; wertet man ihn aber als Einschränkung der Menschenwürde (Art. 7 BV), ist solch ein Eingriff stets unzulässig.

Praktisch ist dies nun aber nicht entscheidend. Denn erstens schützt die Menschenwürde in konkurrenzträchtigen Fällen kaum etwas, was nicht gleichzeitig auch vom Kerngehalt des konkurrierenden Grundrechts abgedeckt wäre. Weil auch dieser unantastbar ist (Art. 36 Abs. 4 BV), bestünde keine Schrankendivergenz. Zweitens kommt es bei der Klärung der Anwendbarkeit der Menschenwürde ebenfalls in der Regel zu einer Art vorverlagerten Güterabwägung, bei der geprüft wird, ob sie auf den spezifischen Fall Anwendung finden soll (oder ob die betroffenen Güter es nicht würdig sind, von der uneinschränkbaren Höchstnorm abgedeckt zu sein).⁸⁷ Drittens, selbst wo unantastbare Normen anders als die allgemeine Menschenwürdegarantie sehr konkrete materiale Handlungsgrenzen definieren (z.B. das Verbot, jemandem die Finger abzuschneiden), gründet dies in einer bereits erfolgten Abwägung, im Rahmen welcher ermittelt wurde, dass ein Verhalten in allen denkbaren Situationen grob unverhält-

Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 31, wo der Begriff der Konkurrenz als Oberbegriff fungiert (also für den Grundrechtskonflikt) und die Grundrechtskollision als auflösungsbedürftige Normkonkurrenz bezeichnet wird.

84 Vgl. ROHRER, Beziehungen der Grundrechte, 16 ff.

85 BIAGGINI, BV, Vorb. zu Art. 7–36, N. 14.

86 Zu diesen Fragen ausführlicher: KAHL, Schutzergänzungsfunktion.

87 Vgl. dazu hinten, Teil 2, C.V.5.

nismässig und damit absolut unzulässig (und keiner erneuten Abwägung mehr würdig) ist.⁸⁸ Viertens, aufgrund der Rechtsgleichheit und des Symmetriegebots⁸⁹ ist im Zweifelsfall davon auszugehen, dass auf beiden Seiten der Grundrechtskollision (oder auf keiner) unantastbare Schutzgüter betroffen sind. Ist dies der Fall, ist abzuwägen.⁹⁰ Auch deshalb führt die Grundrechtskonkurrenz kaum zu einer ergebnisdeterminierenden Schrankendivergenz.

Mit anderen Worten, die Grundrechtskonkurrenz ist selbst bei der (kollisionsrelevanten) „Schrankendivergenz“ mehr Schein- als echtes Problem.⁹¹

E. Erkenntniswege

I Selbstverständnis der Rechtswissenschaft

1. Erkenntnis durch Deduktion

Über die Methodik, welche rechtswissenschaftliche Erkenntnis auszeichnen soll, herrscht wenig Klarheit.⁹² Unstrittig ist wohl nur, dass die Subsumtion (als Vorgang der Anwendung der Rechtsnorm auf den konkreten Fall) eine Art logischer Syllogismus ist; also ein Schluss vom Allgemeinen auf das Spezifische.⁹³ Kaum bestreitbar ist ferner die Geltung gewisser formaler Standards, wie etwa des Gebots der Kohärenz der Begründung.⁹⁴ Das ist wichtig, aber nicht genug: Auch ein Science-Fiction-Schriftsteller ist um die innere Kohärenz seiner Geschichte bemüht. Wenn Erkenntnis im Recht allein Deduktion voraussetzte (was selbst Rechtspositivisten kaum denken⁹⁵), bestimmte sich die Richtigkeit einer Norm nur daran,

88 Hinten, Teil 2, C.V.4.

89 Siehe dazu hinten, Teil 2, B.IV.1.c; vgl. Teil 2, C.IV.1.e.

90 Vgl. DUBEY, Droits fondamentaux, N. 1167.

91 Vgl. BIAGGINI, BV, Vorb. Art. 7–36, N. 14.

92 Eingehend zur Natur der Wissenschaftlichkeit des Rechts und zum Streit hierüber DREIER, Selbstverständnis, 48 ff.; vgl. DERS., Verfassungsinterpretation, 106 ff.

93 FORSTMOSER/OGOREK/SCHINDLER, Juristisches Arbeiten, 72–73, zum Justizsyllogismus; siehe auch KUNZ/MONA, Kap. 2.1, 5; Kap. 4.2.1, 94 ff.; MAYR, Rechtserzeugung, 97 ff.; POTACS, Rechtstheorie, 126 ff.; ARISTOTELES, Topik (I 1), 100a25–27.

94 Vgl. MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, § 12, N. 12; KUNZ/MONA, Kap. 2 N. 8.

95 Zur Illustration POTACS, Rechtstheorie, 88 ff.

ob sie in übergeordneten Normen enthalten wäre.⁹⁶ Doch die Deduktion allein begründet nicht; sie ist nur ein Verweis auf eine ihrerseits begründungsbedürftige Norm. Weil nicht endlos auf eine stets noch höhere, noch abstraktere Norm verwiesen werden kann, erweise sich eine rein deduktive Erkenntnis als unmöglich: Jeder Versuch endete in einer Scheinbegründung, etwa einem Zirkelschluss, oder im schlichten Begründungsabbruch.⁹⁷

Auch das Bundesgericht geht implizit davon aus, dass die Deduktion allein nicht hinreicht, wenn es betont, eine konkrete Interessenabwägung erfordere den Einbezug sämtlicher Umstände des Einzelfalls⁹⁸, oder für das geltende Recht feststellt, es könne „ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden“.⁹⁹ Diese Realitätsbezüge sind Ausgangspunkt richterlicher Rechtsfortbildung.¹⁰⁰ Offen ist, wie sie in methodischer Hinsicht zu klassifizieren sind: als besonderes (hermeneutisches) Interpretationsverfahren oder als Prozess des (induktiven) Rückgriffs auf Erfahrungswissen?

2. Erkenntnis durch hermeneutische Interpretation?

Die Hermeneutik gilt als eine Wissenschaft zur Entzifferung der Bedeutung von Texten.¹⁰¹ In ihrer jurisprudentiellen Form will sie Erkenntnisse nicht oder nicht vorwiegend auf empirisch-naturwissenschaftlicher Basis erlangen, sondern mittels sinngebender und sinnerweiternder Interpretation.¹⁰² Hermeneutik ist somit eine Art Deduktion, bei der sich ein Teil der Prämissen nicht im positiven Recht oder in der konkreten Sachlage befindet, sondern im Vorverständnis des Interpreteten.¹⁰³ Von Interpret zu Interpret sind höchst unterschiedliche Schlussfolgerungen und damit Rechtsfolgen möglich, denn diese hängen massgeblich vom privaten Verständnis des Vernünftigen ab. Was mit der hermeneutisch geprägten Aus-

96 POTACS, *Rechtstheorie*, 84.

97 ALBERT, *Traktat*; vgl. DREIER, *Selbstverständnis*, 51–56.

98 BGE 142 III 263 E.2.2.2, 269.

99 BGE 131 II 13 E.7.1, 31; vgl. BGE 133 III 175 E.3.3.1, 178, zum „an Sachverhalten verstandene[n] und konkretisierte[n] Gesetz“.

100 Vgl. DREIER, *Selbstverständnis*, 51.

101 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, 134.

102 Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, 132–134 und 138 f., insb. 133: „une démarche qui revient sur elle-même pour tester ce qui a d’abord été une hypothèse de solution“.

103 GIZBERT-STUDNICKI, *Hermeneutik*, 476 f.

legungsmethodik an Lösungshypothesen hergeleitet wird, entspricht dem, wozu der jeweilige Interpret wahrscheinlich von Beginn an neigt.¹⁰⁴ Der Einfluss ausserrechtlicher, „philosophischer“ Faktoren ist beabsichtigt: Der Philosophie traut es die hermeneutische Methodik zu, Rechtsprinzipien zu begründen, die der Praxis eine klare Grundorientierung verleihen.¹⁰⁵

Wie Hermeneutik zur Erkenntnis führt, ist allerdings unklar:

Soweit sie primär fordert, dass die sachkundige Person ihre zu verlässlicher Intuition herangewachsene Erfahrung und ihre vertiefte, teils internalisierte Präjudizienkenntnis benutze, um die Zweckmässigkeit und Zieltauglichkeit bestimmter Rechtsnormen zu beurteilen, dann ist am hermeneutischen Ansatz nichts auszusetzen. Doch stellte sich die Frage, ob man sich noch jenseits der Naturwissenschaften bewegt.¹⁰⁶

Ist der hermeneutische Ansatz indes ein erfahrungsunabhängiges Werkzeug der Erkenntnis, dann liefert er keinen Anhaltspunkt, nach dem eine Lösung als mehr oder weniger zutreffend qualifiziert werden kann.¹⁰⁷ Der Unkundigste oder die an der kritischen Hinterfragung ihrer Intuition nicht Interessierte gölten a priori als genauso zur treffenden Interpretation fähig wie jene Person, die regelmässig ihre eigenen Überzeugungen kritisch prüft. Die nicht-empirisch begriffene Hermeneutik legitimiert damit den Glauben jeder Person an die Überlegenheit ihrer intuitiven und instinktiven Interpretation. Der Interpret dürfte sich wegen der durchschlagenden Macht des Vorverständnisses selten der unangenehmen Situation ausgesetzt fühlen, nach der hermeneutischen Analyse zwingende Gründe zur Abweichung von der von Beginn an präferierten Lösung anzutreffen. Anders gesagt, die hermeneutische Methodik beruft die blossе Intuition und den mit ihr gelegentlich einhergehenden Bestätigungsfehler (*confirmation bias*)¹⁰⁸ zum Erkenntnisprinzip. Sie erschwert damit auch die Prognostizierung des gesprochenen und angewendeten Rechts auf Basis des positiven Rechts und des konkreten Einzelfalls (man bräuchte dazu profunde Kenntnisse der ideologischen und psychischen Verfassung der Richter und

104 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, Vol. I.; POTACS, Rechtstheorie, 76; GIZBERT-STUDNICKI, Hermeneutik, 480.

105 HÖFFE, Kategorische Rechtsprinzipien, 20; vgl. auch GIZBERT-STUDNICKI, Hermeneutik, 476 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 3.

106 Vgl. DREIER, Selbstverständnis, 57–61.

107 POTACS, Rechtstheorie, 78; siehe auch ebd., 77; vgl. KELSEN, Reine Rechtslehre, 201.

108 Siehe KAHNEMAN, Thinking, 80–88, zum *confirmation bias* und zum verwandten *halo effect*.

Rechtswissenschaftler). Der Verlust an Rechtssicherheit führte seinerseits zu erhöhten Verfahrenskosten und mehr Ungleichheit.

Dies alles legt eher ein empirisch-analytisches Selbstverständnis der Rechtswissenschaft nahe:¹⁰⁹

3. Erkenntnis durch Erfahrung?

a. Allgemeine Vorbemerkung

Das empirische Verständnis der Rechtswissenschaft geht von der Einheitlichkeit der Wissenschaften aus.¹¹⁰ Demnach ist auch die Erkenntnis des Rechts in vieler Hinsicht ein induktiver Vorgang, ein Schluss vom beobachtbaren, sich teilweise wiederholenden Konkreten auf das Allgemeine. Das heisst nicht, alle zu klärenden Fragen bedürften einer umständlichen quantitativen Untersuchung: Erfahrungswissen entsteht bereits im entwerfartigen Bemühen, aus gegebenen Daten möglichst plausible Schlüsse zu ziehen. Erkenntnisse lassen sich auch über Abstrahierungen und Generalisierungen aus Erfahrungen mit einer Vielzahl von Fällen (und ihren Folgen) schöpfen. Und über Analogieschlüsse, indem man relevante Parameter vertrauter Fallkonstellationen, soweit vorhanden, im neuen Fall berücksichtigt. Überdies kann auch die gedankliche Simulation (und die auf Basis sorgfältiger Schätzungen mit moderner Rechentechnologie durchgeführte Simulation ohnehin) Erfahrungswissen zutage fördern.¹¹¹

b. Intuition als Erfahrungswissen

Auch zwischen (vernünftiger) Intuition und Erfahrung besteht ein beachtlicher Zusammenhang. Die Intuition ist kein Geistesglaube, sondern unbewusstes Wissen, das Entscheidungen über komplexe Sachverhalte erfolgreicher macht.¹¹² Die Basis, aus der heraus solch unbewusstes Wissen herauswächst, ist die Erfahrung.¹¹³ So kann ein Feuerwehrhauptmann aufgrund

109 Vgl. DREIER, Selbstverständnis, 59 – freilich differenzierter und umfassender als der Verfasser vorliegender Arbeit zu dieser grundlegenden Frage.

110 Dazu ausführlich DREIER, Selbstverständnis, 48 ff.

111 Vgl. allg. POTACS, Rechtstheorie, 145 ff.

112 WALTER, Rhetorikschule, 16.

113 KAHNEMAN, Thinking, 234 ff.

seiner Erfahrung im Brandfall *spüren*, wenn im brennenden Gebäude eine Gasexplosion oder eine andere berufstypische Gefahr droht: Die Daten, die ihm seine Sinne zuführen (betr. Luftdruck, Geruch, Hitze), nimmt er aufgrund der Erfahrung nicht nur eher nuanciert wahr; er ordnet die für Laien unbemerkbaren Signale auch intuitiv eher richtig ein – und wird dadurch der Bedrohung gewahr.¹¹⁴ Dies zeigt, dass sachkonforme Erfahrung eine Grundbedingung treffender Intuitionen ist.¹¹⁵ Dies gilt m.E. auch für das moralisch-rechtliche Richtigkeitsgefühl: Dieses ist nicht bodenlos, sondern es hat stets einen Existenzgrund in der Erfahrung – persönlicher, kultureller oder evolutionärer Art.

c. Evolutionäres und kulturelles Erfahrungskapital

Selbstredend muss man sich nicht alles Erfahrungswissen im Laufe des eigenen, kein Jahrhundert währenden Lebens erarbeiten. Im Erfahrungswissen ist evolutionär erlerntes, genetisch gespeichertes Wissen enthalten. Zudem bilden soziale Normen aller Art (etwa kulturelle Sitten oder auch religiöse Bräuche) ein interessantes Erfahrungsreservoir. Gerade langlebige und kulturübergreifend geltende Normen sind in gewisser Weise kollektive Richtigkeitsintuitionen. Wenn in nahezu allen Kulturen und Traditionen der Menschheitsgeschichte die besondere Fürsorge Erwachsener gegenüber Kindern als wichtige Pflicht galt, weist dies auf die grosse Bedeutung dieser Fürsorge für das (gute) Leben der Menschen hin.

d. Quantitatives Erfahrungswissen (Empirie i.e.S.)

Einige spezifische Bereiche des Rechts sind einer empirischen Analyse im engeren (quantitativen) Sinn zugänglich. So lässt sich die Effektivität gesetzlich vorgesehener Massnahmen in diversen Bereichen nachträglich prüfen oder bereits vor Inkraftsetzung im begrenzten Rahmen testen.¹¹⁶ Dies erlaubt empirisch fundierte Schlüsse im Rahmen der teleologischen Normauslegung. Auch die Sprache ist einer empirischen Untersuchung

114 KAHNEMAN, *Thinking*, 236 f., m.H.

115 KAHNEMAN, *Thinking*, 240.

116 Für ein Ausprobieren von Gesetzen bereits MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* II, 104: „[Il] est même souvent à propos d'essayer une loi avant de l'établir.“; siehe auch KÖRBER, *Experimentelle Rechtsetzung*, 385 ff., m.H.

zugänglich, die von Nutzen sein kann: So lässt sich die Häufigkeit der Verwendung eines Wortes in einem bestimmten Sinnzusammenhang in der Sprachpraxis der Rechtsunterworfenen messen (dies dank moderner Technologien relativ exakt), was die sachliche Beurteilung der Plausibilität von Wortsinn-Hypothesen ermöglicht.¹¹⁷ Normen können als Bedeutung sprachlicher Äusserungen somit durchaus eine spezifische Existenz als Erkenntnisgegenstand einer beschreibenden Wissenschaft besitzen.¹¹⁸ Das Normative erweist sich dabei als ein Erkenntnisgegenstand, der sich in deskriptive, empirisch begreifbare Einzelteile aufspalten lässt – oder zumindest hierauf beruht.¹¹⁹ Technische Hindernisse der empirischen Erkenntnis, die es auch in jeder Naturwissenschaft gibt, machen den Untersuchungsgegenstand nicht etwa zur Wissenschaft *sui generis*.¹²⁰ In jeder Naturwissenschaft gibt es Fragen, die aus technischen Gründen nicht konkret beantwortet werden können (gibt es im Universum eine andere von menschenartigen Wesen bewohnte Welt?), ohne dass deswegen die unbekannteren Antworten jenseits der Naturgesetze liegen müssten. Es kann daher auch mit Blick auf die Empirie im engeren Sinn von der empirischen Gleichwertigkeit der Rechtswissenschaft¹²¹ die Rede sein. Das Recht ist ein Forschungsgegenstand, der sich nicht von den Prämissen der physischen Welt loslösen muss.

e. Kompatibilität empirischer und normativer Erkenntnis

Aussagen des Rechts lassen sich in deskriptive (tatsachenbeschreibende) Aussagen einerseits und evaluative (wertende) sowie normative (vorschreibende) Aussagen andererseits unterteilen.¹²² Weil normative Aussagen nicht beschreiben, was ist, sondern nur, was sein soll, könnte man nun folgern, das Recht, das sich ums Sollen kümmert, könne keine vorzüglich mit dem Sein beschäftigte (empirische) Wissenschaft sein. Solch ein Ausschluss des Empirischen griffe zu kurz.¹²³

117 Vgl. POTACS, Rechtstheorie, 147.

118 POTACS, Rechtstheorie, 88.

119 PETERSEN, empirische Wende, 2 ff.; vgl. bezüglich der Ethik: SHERMER, Good and Evil; HARRIS, Moral Landscape, 27 ff.

120 POTACS, Rechtstheorie, 149.

121 POTACS, Rechtstheorie, 145 ff.

122 Vgl. TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 261 (mit Fn. 5) ff.

123 PETERSEN, empirische Wende, passim, ebenfalls kritisch zur strikten Trennung von Sein und Sollen.

Im vorliegenden Verständnis ist eine Sollensaussage nichts grundlegend Unterschiedliches, sondern nur ein besonderer Typ Seinsaussage. Denn das normative Sollen lässt sich im Wesentlichen deskriptiv umschreiben; etwa als Sein, dessen besonderer Sinn ein Sollen ist.¹²⁴ Jeder Du-sollst-Satz lässt sich meist ohne Verlust deskriptiv einfangen¹²⁵, indem man beispielsweise die als Pflicht begriffene Sollensaussage als Ausdruck einer starken Erwartung beschreibt, deren Enttäuschung gewisse Konsequenzen nach sich zu ziehen neigt. Oder indem der Sollenssatz als eine auf stärkere Weise das Verhalten der Normadressaten und die Reaktion der Behörden beeinflussende (dadurch typischerweise bindende) Empfehlung begriffen wird (dieser Effekt kann damit zusammenhängen, dass von der die Norm guthetenden Gesellschaft ein gewisser Erwartungsdruck ausgeht, weil im Falle ungeahnter Normabweichungen Unruhen drohen).

Gleichwohl ist es die Bindung, bei der die deskriptive Formulierung an Grenzen stößt. Worte alleine binden niemanden, erst recht nicht, wenn sie nur Tatsachen erklären. Das könnte die Attraktivität der Idee einer vom Sein losgelösten Ordnung erklären. Wer nur sagt, Gelb habe überwiegende Gründe, X zu tun und Y zu unterlassen, weil sie sonst mit einem belastenden Gewissen, Schwierigkeiten im sozialen Umfeld oder polizeilichen Eingriffen rechnen müsse, der nötigt Gelb nicht dazu, X zu tun und Y zu unterlassen. Mit diesem Manko ist die deskriptiv umgedeutete Sollensaussage jedoch nicht allein. Auch ein Sollen löst bei aller Betonung seiner Verbindlichkeit nicht automatisch jene Handlungen oder Unterlassungen aus, die es gebietet (man denke an die durchgezogene Bilanz des „Du sollst nicht töten!“-Satzes). Die Normwirkung bedarf der sie ermöglichenden Umstände. Für sich selbst ist die Norm allenfalls in ihrer Wertung verbindlich (wenn überhaupt¹²⁶). Doch diese Wertung ist empirisch fassbar.¹²⁷

Die Bedeutung von Sollenssätzen zeigt sich im vorliegenden Verständnis somit nicht an einer den Seinsaussagen fremden Kapazität des Normativen, sondern daran, dass ein Sollen komplexe Zusammenhänge, die man deskriptiv meist nur umständlich beschreiben könnte, konzis in Worte

124 POTACS, Rechtstheorie, 88.

125 JACKSON, *Metaphysics to Ethics*, 124–124: „There is no ‘extra’ feature that the ethical terms are fastening onto, and we could in principle say it all in descriptive language.“; vgl. auch hinten, Teil 3, E.II.1, zur Kritik am Einwand des vermeintlichen (naturalistischen) Fehlschlusses vom Sein zum Sollen.

126 Ausführlich zu dieser Frage hinten, Teil 2, C.V.4 – 5.

127 Dazu hinten, Teil 3, E.I.

fasst. Sie sind insofern im vorliegenden Verständnis eine notwendige Simplifizierung.

Kurz: Der normative Charakter des Rechts macht dessen empirische Begreifbarkeit nicht unmöglich.

II Erkenntnispotenzial realer und fiktiver Fallbeispiele

Fallbeispiele sind der Prüfstein der Theorie. An ihnen zeigt sich, ob ansprechende Hypothesen in der Realität überzeugen. Die Lösung von Fallbeispielen dient der Auswertung von (realen und fiktiven) Erfahrungen und der Abstrahierung von Wissen aus vielfältigen und detaillierten Lebenszusammenhängen.

Zentral ist dabei die Untersuchung realistischer Fälle, die sich so oder ähnlich zugetragen haben oder zutragen könnten. Nützlich sind aber auch fiktive Fälle, selbst wenn sie sich so niemals ereignen werden. Die Fiktion erlaubt die Untersuchung rechtsethisch relevanter Variablen im gedanklichen Reagenzglas.¹²⁸

Allerdings weht dem Gebrauch fiktiver Fallbeispiele bisweilen rauer Wind entgegen. Wer mithilfe von Fiktionen zum Beweis ansetzt, rechnet mit Widerstand; denn fiktive Fallbeispiele gefährden ganze Moraltheorien – und das macht nicht beliebt. Zur Illustration ein provokativer Problemfall:

Unheimliche Rettung: Darf ein Mensch gequält werden, wenn sich dadurch ein Genozid verhindern lässt?

Nehmen wir an, mit dem Quälen sei eine Handlung angesprochen, die gemeinhin als absolut unzulässig gilt; zum Beispiel das Auspeitschen eines Menschen. Strikte Deontologen¹²⁹ wären hier im Dilemma. Denn einerseits fordert die Theorie, dass die fragliche Handlung immer unzulässig sei, also auch im konstruierten Fall. Andererseits muss jeder vernünftige Mensch, der die Beschäftigung mit der Frage nicht scheut, einräumen, dass die Ermordung eines Volkes dem Quälen einer Person niemals vorzuzie-

128 Vgl. STIFTUNG E.A., Singer vs. Schmidt-Salomon: „Gedankenexperimente haben nicht zum Ziel, die Realität abzubilden. Es geht ihnen darum, ethisch interessante Variablen zu isolieren. Sie sind ein Werkzeug, herauszufinden, worin unsere Handlungsziele letztlich bestehen [...]: Geht es letztlich darum, möglichst *viel Leid* zu verhindern – oder eher darum, *aktive Leidverursachung* zu verhindern?“

129 Vgl. dazu Teil 3, B.

hen ist. Die These, das Quälen von Menschen sei per se (d.h. intrinsisch, also auch in völlig fiktiven Fällen) ungerecht, büsst angesichts solch fiktiver Konstellationen an Glaubwürdigkeit ein. Wenn fiktive Beispiele gelegentlich harsche Reaktionen provozieren, belegt dies keineswegs ihre Unzulässigkeit. Die Beschäftigung mit fiktiven Fällen schärft die moralische Intuition, animiert zum kritischen Nachdenken und belebt den Diskurs. Sie als methodisch (oder gar ethisch) problematisch zurückzuweisen¹³⁰, führt nicht weiter; jedenfalls nicht weiter zur Erkenntnis.¹³¹

Man mag sich fragen, ob es einen gewissen Punkt gibt, ab welchem eine Fiktion zu realitätsfern wäre, als dass sie hilfreich sein könnte:

Erlösung auf T³: Loh lebt auf Planet T³, wo das Leben nur unerträgliche Qual ist. Alle Bewohner dieser für extraplanetares Leben völlig unerreichbaren Welt wünschen sich nichts sehnlicher als den Tod, den sie selbst zu geben nicht in der Lage sind. Sie bitten Loh darum, der über eine miraculöse Waffe verfügt, mit der er alle schmerzlos töten kann.

Darf Loh das Leben auf T³ auslöschen?

Wer die Prämissen des Falles ernst nimmt, dürfte dem Holozid wohl zustimmen. Woraus folgt: Im fiktiven Raum ist alles denkbar. Aber wo zu solch realitätsferne Fragen erlauben? Weil die Diskussion der Fiktion Erkenntnisse ermöglicht, die im realen Leben nützlich sind. Das obige Beispiel kann helfen, Kriterien zu identifizieren, die im Rahmen der Diskussion ethischer Dilemmata zum Thema der Sterbehilfe massgeblich sein können. Wer in *Erlösung auf T³* diese Form der Hilfe zum Holozid billigt, grundsätzlich aber gegen aktive Sterbehilfe ist, kann seine Position nur

130 In Bezug auf den fiktiven Fall der tickenden Zeitbombe: LUBAN, Ticking Bomb, 1440 (-1442): „[the ticking time bomb] is the wrong thing to think about“ und 1446: „The ticking time bomb distracts us from the real issue, which is not about emergencies, but about the normalization of torture.“; der Autor setzt sich zugleich aber weitgehend überzeugend mit dem fiktiven Fall auseinander, wodurch er beweist, dass man ihn nicht zu fürchten braucht (1440 ff.; wenig überzeugend ist einzig der [Fehl-]Schluss: „Once the prohibitionist admits that, then she has conceded that her opposition to torture is not based on principle. Now that the prohibitionist has admitted that her moral principles can be breached, all that is left is haggling about the price.“ [1440]); vgl. MÜLLER/SHEFER, Grundrechte, 68, m.V. auf LUBAN.

131 Vgl. PARFIT, Reasons and Persons, 389: „Even a deep impossibility may provide a partial test for our moral principles. We cannot simply ignore imagined cases.“

dann kohärent begründen, wenn er seine Ablehnung der Sterbehilfe auf Überlegungen abstützt, die im fiktiven Fall keine Grundlage haben. Die Ablehnung der Sterbehilfe könnte folglich nicht mit einer intrinsischen Unzulässigkeit der gezielten Tötung oder mit der absoluten Heiligkeit des Lebens begründet werden (und auch nicht mit dem Verbot, Gott zu spielen).

Massgebliche Gründe fänden wir vielleicht, wenn wir auf die besonderen Umstände des Lebens auf T³ achten, die bei realistischen Konstellationen der aktiven Sterbehilfe kaum vorkommen. Ins Auge fällt, dass im Fallbeispiel vorausgesetzt ist, dass alle sterben wollen und gute, nicht nur flüchtige Gründe dazu haben; dies ist im realen Leben selten in letzter Schärfe klar. Zudem ist wohl relevant, dass alle stürben; niemand litte als Hinterbliebener am Verlust der Verstorbenen. Kurz: Die Fiktion schafft Gewissheiten, wo das reale Leben mit mannigfaltigen Unsicherheiten aufwartet – ein typischer Unterschied zwischen Fiktion und Wirklichkeit.

III Ablehnung der Metaphysik

1. Interpersonale Irrelevanz metaphysischer Hypothesen

Metaphysische Postulate im vorliegenden Sinn sind Behauptungen, die Wissenschaftlichkeit oder Wahrhaftigkeit für sich beanspruchen, die jedoch einer empirischen Plausibilisierung oder Falsifizierung grundsätzlich (nicht nur mangels Ressourcen) nicht zugänglich sind.¹³² Metaphysisches Wissen setzt keine Erfahrungen voraus. Gleichwohl ist das Verhältnis der Metaphysik zum Erfahrungswissen nicht nur isolationistisch: Metaphysische Postulate sind oft darauf ausgerichtet, alltägliche Ereignisse in der empirischen Welt zu beeinflussen; so etwa durch Hygieneregeln, Essensvorschriften, Kommunikations- und Begegnungsrituale oder Vergeltungspflichten. Es geht um (Allzu-)Menschliches. Gleichzeitig will diese Metaphysik, die in die reale Welt hineinregiert, nicht den Prämissen der empiri-

132 Vgl. POTACS, *Rechtstheorie*, 150; TSCHENTSCHER, *Prozedurale Theorien*, 42 Fn. 84; die Metaphysik erfüllt nicht die Bedingung der Falsifizierbarkeit und ist damit nicht wissenschaftlich i.S.d. Kritischen Rationalismus (siehe dazu POPPER, *Falsifizierbarkeit*, 82–85); vgl. zur mit akzeptierter Widerlegbarkeit eigener Thesen einhergehenden Diskursoffenheit: POPPER, *Die offene Gesellschaft*, 281: Als kritischer Rationalist gebe ich zu, „dass ich mich irren kann, dass du recht haben kannst und dass wir zusammen vielleicht der Wahrheit auf die Spur kommen werden.“

schen Welt untergeordnet sein; sie ist über alle Kausalgesetze erhaben und lässt sich empirisch nicht widerlegen. Die Grenze zur Naturwissenschaft ist nur in eine Richtung offen. Diese einseitige Permeabilität ist einer der Gründe, die Metaphysik als unseriös (und diskursfeindlich) zurückzuweisen.¹³³

Könnte die Metaphysik, obschon nicht falsifizierbar, kraft Offenbarung Richtigkeitsansprüche erheben? Kaum, denn die Glaubwürdigkeit offenbarten Wissens hängt für alle, die nicht selbst Offenbarungsempfänger sind, von der Glaubwürdigkeit nicht nachweisbarer Behauptungen anderer Menschen ab. Warum jedoch sollte ein Mensch anderen Vertrauen schenken, die ihre moralischen „Wahrheiten“ mit einer mangels Überprüfbarkeit dieses Wissens für Dritte nicht nachvollziehbaren Selbstsicherheit verkünden? Weil jeder behaupten könnte, Offenbarungsempfänger zu sein, kann man die Spreu des Scharlatans nicht vom Weizen scheiden. Wer für ein Gebot der Nächstenliebe eintritt, hat in rein metaphysischer Hinsicht keine festeren Argumente als derjenige, der voller Überzeugung erklärt, man müsse zur Besänftigung der Götter Menschen opfern. Kurz: Offenbarungswissen und analoge Produkte einer nur subjektiv nachvollziehbaren Erkenntnismethodik leiden stets an folgenden, kaum unüberwindbaren Mängeln: Es fehlt an der Nachweisbarkeit, an Plausibilität – und damit auch an zwischenmenschlicher Relevanz. Dies ist der Preis der Unfalsifizierbarkeit. Die offenbarte Wertung und das bloße Postulat (als a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglichkeit und auch keines Beweises fähiger praktischer Imperativ¹³⁴) sind schlechterdings belanglos für all jene, die das „Wissen“ nicht unmittelbar oder als Glaubenssatz erreicht. Deshalb fehlen im Widerspruchsfall verbindende – für alle Betroffenen gültige – Bewertungskriterien.¹³⁵ Erst in der physischen Welt findet man solche: Nächstenliebe zeitigt die besseren Folgen für das glückliche

133 Für weitere Gründe und eine ausführliche Beschäftigung mit dem Thema vgl.: GÜNTHER PATZIG, *Ethik ohne Metaphysik*, 2. Aufl., Göttingen 1983.

134 So definiert bei KANT, *Verkündigung*, AA VIII, 418.

135 Vgl. KOEBER, Schopenhauer, 32: „Wo [...] das Individuum [...] nichts anderes kennt als sein Subjektivstes, Innerstes, da giebt es keine Verschiedenheit, also auch keine Identität, also auch keine Abstraktion, also auch keinen begrifflichen Ausdruck für das Erkannte, also auch keine Sprache, keine Möglichkeit, seine Erkenntnis mitzuteilen und dem nach aussen zugekehrten Intellekt des nicht Erleuchteten beizubringen und zu erweisen. Mit anderen Worten: der Illuminismus mag schon die richtige Erkenntnisquelle sein, aber die Wahrheiten, die aus ihr gewonnen werden, können schlechterdings nur für den Illuminirten selbst eine Geltung haben; der Menschheit sind und bleiben sie ewig verschlossen.“

Zusammenleben der Menschen und damit für das Leben des Einzelnen als Menschenopfer.

2. Keine Metaphysik im vorliegenden Sinn

Diese problematische Metaphysik gilt es von Belangen zu unterscheiden, die bisweilen auch Metaphysik genannt werden: kreative und spekulative Hypothesen, Religiosität, Wissenschaft über die Wissenschaft. (i) In der Wissenschaft bedarf es kreativer Würfe ins Ungewisse. Diese Würfe kann man spekulative Hypothesen nennen. Spekulative Hypothesen mögen gegenwärtig nicht überprüfbar sein, sind aber an sich (hätte man die Ressourcen und technischen Mittel) falsifizierbar; sie sind keine Metaphysik.¹³⁶ (ii) Keine Metaphysik ist zudem das, was die Umgangssprache Glauben oder Religiosität nennt:¹³⁷ die Überzeugung, dass es eine Wirklichkeit abseits der naturgesetzlichen Welt gibt. Religiosität ist unproblematisch, solange der Wissenschaft keine Prämissen oder Erkenntnisse vorgegeben werden. (iii) Unproblematisch ist ferner die Wissenschaft über die Wissenschaft (oder: Wissenschaftstheorie; Erkenntnistheorie; Epistemologie), deren Bezeichnung als Metaphysik etymologisch vertretbar wäre. Der Klarheit wegen wird der Metaphysik-Begriff vorliegend nicht in diesem Sinne verwendet.

136 Vgl. dazu NIETZSCHE, FW (5), N. 344 – das Einleitungsziat dieser Arbeit.

137 HÖFFE, Kategorische Rechtsprinzipien, 93, unterscheidet die Religion ebenfalls von der Metaphysik (mit etwas offenerer Haltung gegenüber Letzterer als hier); anders eingeteilt aber bei TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 42 Fn. 84, wo Religiosität als Metaphysik im engeren Sinn bezeichnet wird.