

*dinglichen Dimension.* Diese wird deutlich bei den Besitzschutzansprüchen (§§ 861, 862 BGB) des Mieters auch gegenüber dem Vermieter, dem deliktischen Schutz des Besitzrechts des Mieters gegenüber jedermann über § 823 Abs. 1 BGB, dem Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB) sowie der Formel „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 566 BGB).

(5.) Der Dauerschuldcharakter der Miete führt schließlich zu einer Intensivierung der Vertragstreue in allen ihren drei Elementen:

– In Bezug auf die *Vertragsbindung* hat die Vertragserfüllung (§ 362 BGB) in Dauerschuldverhältnissen anders als in punktuellen Austauschverträgen keine befreiende Wirkung. Eine Liberation kommt nur durch Kündigung in Frage. Während die außerordentliche Kündigung dem Rücktritt funktional entspricht, ist die ordentliche Kündigung ein echtes Spezifikum der Dauerschuldverhältnisse, das sich in Ermangelung einer Liberation durch Naturalerfüllung als systemnotwendige Korrektur der Vertragsbindung erweist. Systemkohärent sind ferner die über die Geschäftsgrundlagenlehre hinausgehenden Möglichkeiten zur einseitigen Vertragsanpassung.

– Die *Leistungstreuepflicht* (§§ 242, 241 Abs. 2 BGB) hat in Dauerschuldverhältnissen eine gesteigerte Bedeutung. Sie äußert sich in einem Kooperationsgebot der Parteien. Aus-

prägung der Leistungstreue ist § 536c BGB, wonach der Mieter dem Vermieter einen Mangel anzuzeigen hat, andernfalls er sich schadensersatzpflichtig macht oder gemäß dem *tu-quoque*-Gedanken eigene Rechte einbüßt.

– In Dauerschuldverträgen manifestiert sich der *Naturalerfüllungsgrundsatz* in einer Vergangenheits- und einer Zukunftsdimension: Zum einen wird die bereits erfolgte Naturalerfüllung konserviert, indem Anfechtung und Rücktritt die Rückwirkung genommen wird. Zukunftsbezogen zeigt sich der Naturalerfüllungsgrundsatz in der Pflicht des Vermieters zur Zustandserhaltung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese wird namentlich über die Sanktion der Minderung durchgesetzt.

(6.) Bei der mietrechtlichen Minderung (§ 536 BGB) handelt es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung, die auch ohne Erhebung durch den Mieter von Amts wegen zu beachten ist. Seiner *ratio* nach beinhaltet der Minderungsautomatismus einen besonders effektiven Mechanismus zur Selbstdurchsetzung der Naturalerfüllung, der aufgrund des störungsanfälligen Fixschuldcharakters der Miete gerechtfertigt ist. Aus Rechtsnatur und *ratio* folgt, dass die Minderung im Mietrecht entgegen der *h.M.* nicht durch einen vorbehaltlos zahlenden Mieter *pro futuro* verwirkt werden kann.

Privatdozent Dr. Tobias Herbst, Berlin/Frankfurt a. M.\*

## Die These der einzig richtigen Entscheidung

Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas

Die These der einzig richtigen Entscheidung besagt, dass es in jedem Rechtsfall genau eine richtige Entscheidung gibt. In der starken, von Dworkin und Habermas mit unterschiedlicher Akzentuierung vertretenen Form ist damit gemeint, dass die einzig richtige Entscheidung nicht nur in der Perspektive des jeweils Entscheidenden, also subjektiv, sondern in einem objektiven Sinne existiere. Dem ist eine Konzeption der einzig richtigen Entscheidung im subjektiven Sinne gegenüberzustellen.

### I. Die These der einzig richtigen Entscheidung als Theorieelement

Dass die Vorstellung, in jedem Rechtsstreit gebe es nur eine einzige richtige Entscheidung, die Rechtspraxis überfordert, liegt auf der Hand. Ein kurzer Blick auf divergierende Entscheidungen im Instanzenzug der Gerichte in ein und demselben Fall genügt, um zu sehen, dass diese Vorstellung in der Praxis gerichtlichen Entscheidens nicht umsetzbar ist. Das letztinstanzliche Gericht verwendet beim Entscheiden von Rechtsfällen keine grundlegend anderen Methoden als die vorhergehenden Instanzen; seine Entscheidung ist zwar aufgrund der anzuwendenden Prozessordnung maßgeblich und

damit in formaler Hinsicht „die richtige“, aber es gibt offensichtlich keine Garantie dafür, dass sie auch inhaltlich die einzig richtige ist. Selbst wenn sie es wäre, könnte sie als solche nicht erkannt werden, solange keine praktikable und nachvollziehbare Methode zur Auffindung der einzig richtigen Entscheidung angegeben werden kann.

An einer solchen Methode fehlt es freilich. Niemand behauptet heute ernsthaft, dass Gerichtsentscheidungen das Produkt streng logischer Operationen sind, sich also in jedem Fall zwingend aus Gesetzen oder Rechtsbegriffen ergeben.<sup>1</sup> „Schwierige Fälle“, in denen sich auch bei zweifelsfrei festgestelltem Sachverhalt aus den einschlägigen Normen oder sonstigen Rechtsakten zunächst kein eindeutiges Ergebnis ableiten lässt, kennen jede Juristin und jeder Jurist aus eigener Erfahrung. Dass der Gedanke der Existenz einer einzig richtigen Entscheidung keine Entsprechung in der Rechtspraxis findet, hindert jedoch nicht daran, ihn für theoretische Überlegungen fruchtbar zu machen.<sup>2</sup> Die Annahme, in jedem Rechtsfall einschließlich der „schwierigen Fälle“

<sup>1</sup> Ein solches simplifizierendes Richterbild wird gerne dem 19. Jahrhundert zugeschrieben. Die Ansichten waren jedoch auch zu dieser Zeit weitaus differenzierter; dazu eingehend *Ogorek*, Aufklärung über Justiz, Zweiter Halbbd.: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. 2008 (insb. S. 4 ff.).

<sup>2</sup> Der Gedanke der Existenz einer einzig richtigen Entscheidung wird in der Literatur immer wieder (in unterschiedlichen Zusammenhängen, ablehnend oder zustimmend) aufgegriffen. Beispielhaft seien hier genannt *Aarnio* Rechtstheorie 20 (1989), 409; *Roumeliotis* ARSP 87 (2001), 72; *Schulz* ZIS 2007, 353.

\* Der Autor vertritt derzeit eine Professur für Öffentliches Recht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf seinem Habilitationsvortrag, den er am 15.7.2010 vor der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gehalten hat.

existiere eine einzig richtige Entscheidung, kann als Argument in einer Theorie des Rechts auch dann eingesetzt werden, wenn diese Theorie zugibt, dass die Rechtspraxis mit dem Finden der einzig richtigen Entscheidung überfordert ist.<sup>3</sup> Es fragt sich nur, welchen Ertrag ein solches Argument für die jeweilige Theorie bringt. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine – auf das hierfür Nötige beschränkte – Strukturanalyse der betreffenden Theorie.

Vor allem in zwei bekannten Theorien wird mit der These der einzig richtigen Entscheidung argumentiert: in der ursprünglich als Rechtspositivismuskritik entwickelten Rechtstheorie von *Ronald Dworkin* und in der Diskurstheorie des Rechts von *Jürgen Habermas*. Beide Theorien operieren mit der Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung in einem objektiven Sinne, wobei das Moment der Objektivität unterschiedlich verstanden wird: bei *Dworkin* ontologisch, bei *Habermas* nichtontologisch.

## II. Die einzig richtige Entscheidung im ontologisch-objektiven Sinne (Dworkin)

Die These der einzig richtigen Entscheidung behauptet in ihrer stärksten Form deren objektive Existenz als etwas unabhängig von und vor aller menschlichen Erkenntnis Seiendes, das, soweit es der Erkenntnis zugänglich ist, vorgefunden oder entdeckt wird wie ein Naturphänomen. Dieses Verständnis der einzig richtigen Entscheidung soll hier als ontologisch-objektiv bezeichnet werden. Die wohl ambitionierteste Argumentation, die auf diesem Verständnis aufbaut, findet sich in *Ronald Dworkins* Theorie des Rechts. *Dworkin* hat diese Theorie vor allem in den zwei Werken „Taking Rights Seriously“ und „Law's Empire“ entfaltet. Auch wenn *Dworkin* selbst seine Ausführungen zur einzig richtigen Entscheidung in „Law's Empire“ als Verteidigung seiner zuvor in „Taking Rights Seriously“ in dieser Frage vertretenen Position gegenüber seinen Kritikern betrachtet,<sup>4</sup> sollen im Folgenden diese beiden Werke getrennt behandelt werden. Die nähere Untersuchung wird nämlich zeigen, dass sich entgegen *Dworkins* eigener Absicht und Darstellung die Konzeptionen der einzig richtigen Entscheidung in den beiden Werken deutlich unterscheiden.

### 1. Die ursprüngliche Konzeption in „Taking Rights Seriously“

#### a) Dworkins Kritik am Rechtspositivismus

Für *Dworkin* ist ein zentrales Anliegen seiner Aufsatzsammlung mit dem Titel „Taking Rights Seriously“<sup>5</sup> der Nachweis, dass der Rechtspositivismus das Recht und vor allem das richterliche Entscheiden nicht richtig beschreibe und erfasse; *Dworkin* erhebt den Anspruch, dem Rechtspositivismus eine eigene Theorie entgegenzusetzen, die den Eigenheiten des Rechts und des richterlichen Entscheidens in höherem Maße als der Rechtspositivismus gerecht wird.<sup>6</sup> Die Spielart des

Rechtspositivismus, die im Zentrum von *Dworkins* Kritik steht, ist die Lehre von *H.L.A. Hart*.<sup>7</sup> Kritikwürdig ist für *Dworkin* vor allem das Bild, das *Hart* davon zeichnet, wie Richter die „schwierigen Fälle“ (hard cases) entscheiden, also solche Fälle, die sich nicht unter eine klare Rechtsregel bringen lassen.<sup>8</sup> In diesen Fällen müsse, so *Dworkin* über *Hart* und den Rechtspositivismus, ein Richter (oder eine andere zuständige Amtsperson) entscheiden, indem er sein Ermessen (discretion) ausübt, wobei der Richter über das Recht hinausgehe und nach einem anderen Maßstab greife.<sup>9</sup> Das Recht gebe dem Richter hier gleichsam nur einen Entscheidungsrahmen vor, innerhalb dessen er frei – oder eben nach anderen Maßstäben seiner Wahl – entscheiden könne.

Diese Beschreibung richterlichen Entscheidens steht nach *Dworkin* im Widerspruch zu Formulierungen, mit denen Gerichtsurteile üblicherweise abgefasst werden. Die Stellungnahme des Richters sei nämlich in einer Sprache abgefasst, die „seems to assume that one or the other party had a preexisting right to win the suit“.<sup>10</sup> Die durch solche Formulierungen hervorgerufenen Vorstellungen wären, wenn der Rechtspositivismus ein zutreffendes Bild richterlichen Entscheidens zeichnen würde, eine bloße Fiktion. In Wirklichkeit würde der Richter nämlich – in der Sichtweise des Rechtspositivismus – ein Gesetz erst selbst schaffen und es dann rückwirkend auf den vorliegenden Fall anwenden.

Nach *Dworkin* liegt der Fehler in dem Bild, das der Rechtspositivismus vom richterlichen Entscheiden zeichnet; dagegen gebe die in Gerichtsentscheidungen verwendete Sprache die Dinge zutreffend wieder. *Dworkin* vertritt die „rights thesis“<sup>11</sup>, die im Wesentlichen besagt, dass richterliche Entscheidungen „enforce existing political rights“<sup>12</sup>. Bei dem Vorgehen des Richters, wie es der Rechtspositivismus beschreibt, sieht *Dworkin* dagegen die Gefahr, dass die Rechte eines Unschuldigen im Namen irgendeiner neuen Pflicht, die erst im Nachhinein geschaffen wird, geopfert werden könnten.<sup>13</sup> Einem Individuum dürfe zum Beispiel nicht sein Eigentum genommen werden, um ein vom Richter gesetztes Ziel (wie etwa die Verbesserung der ökonomischen Gesamteffizienz) zu verfolgen. Für *Dworkin* stellt sich damit die

6 Vgl. *Dworkin* (Fn. 5), S. 81.

7 Vgl. *Dworkin* (Fn. 5), S. ix, 16, 22.

8 *Dworkin* (Fn. 5), S. 81.

9 *Dworkin* (Fn. 5), S. 17.

10 *Dworkin* (Fn. 5), S. 81. – Diese Beobachtung *Dworkins* trifft zweifelsohne zu. Auch wenn die Verwendung entsprechender Formulierungen noch nichts darüber aussagt, ob das jeweilige Gericht tatsächlich darüber nachgedacht hat, in welchem Sinne das fragliche Recht schon „vor dem Urteilspruch“ existierte, sind solche Formulierungen üblich. Ein prominentes Beispiel aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung ist das Urteil des *BVerfG* zur sogenannten Online-Durchsuchung (*BVerfGE* 120, 274; dazu *T. Böckenförde* JZ 2008, 825). In diesem Urteil macht das Gericht erstmals Ausführungen zu dem bis dahin unbekanntem „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ (Bezeichnung in Ls. 1 der Entscheidung und in den Gründen erstmals auf S. 302). Dieses neue Grundrecht wird präsentiert wie die Entdeckung von etwas, das schon immer vorhanden war.

11 *Dworkin* (Fn. 5), S. 82 ff.

12 *Dworkin* (Fn. 5), S. 87. „Political rights“ sind in diesem Zusammenhang Rechte, die auf vorhergehende politische Entscheidungen des Gesetzgebers (z. B. über eine gemeinwohlfördernde Subventionierung) zurückgehen. Sie beruhen selbst auf „arguments of policy“ (also zum Beispiel das Argument, eine bestimmte Subventionierung fördere das Gemeinwohl), die nur dem Gesetzgeber, nicht aber dem Richter zur Verfügung stehen. Durch diese Differenzierung nach den zur Verfügung stehenden Argumenten wird die Präexistenz der entsprechenden Rechte nahegelegt: Sie können nur zustande kommen durch eine zeitlich vor der Gerichtsentscheidung stattfindende politische Entscheidung des Gesetzgebers. Vgl. zu den „arguments of policy“ und den auch dem Richter zur Verfügung stehenden „arguments of principle“ *Dworkin* (Fn. 5), S. 82 ff.

13 *Dworkin* (Fn. 5), S. 85.

3 Auch bei der Erörterung konkreter Rechtsprobleme wird gelegentlich ganz explizit mit der Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung argumentiert, etwa bei der Begründung, warum eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung im Strafrecht nicht gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt: Die schon immer bestehende Rechtslage werde erst durch die neue Gerichtsentscheidung zutreffend erkannt (wobei natürlich auch die neue Entscheidung revidierbar ist). Kritik dazu mit Nachweisen *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, S. 60 ff.

4 *Dworkin*, Law's Empire, 1986, Preface S. viii f.

5 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977 (deutsche Übersetzung u. d. T. Bürgerrechte ernstgenommen, 1984).

Aufgabe, in seinem Gegenentwurf zum Rechtspositivismus die Tätigkeit des richterlichen Entscheidens als ein Auffinden schon existierender Rechte zu beschreiben. Er gesteht dabei allerdings selbst ein, dass kein „mechanisches Verfahren“ existiert, mit dem sich zeigen ließe, welche Rechte die Beteiligten in schwierigen Fällen haben; *Dworkin* reduziert den Anspruch seiner Theorie dahingehend, dass sie lediglich die Fragen beschreibe, die Richter und Anwälte sich stellen müssen, um die schon existierenden Rechte aufzufinden. Seine Theorie könne nicht garantieren, dass Richter und Anwälte diese Fragen alle auf dieselbe Weise beantworten werden.<sup>14</sup>

Welche Fragen es sind, die nach *Dworkins* Ansicht zum Zwecke des Auffindens existierender Rechte in schwierigen Fällen gestellt werden müssen, braucht hier nicht im Detail zu interessieren.<sup>15</sup> Im Wesentlichen geht es darum, die in „schwierigen Fällen“ bestehenden Unklarheiten dadurch zu beseitigen, dass nach einer Kombination von Prinzipien gesucht wird, die auf bestmögliche Weise eine kohärente Rechtfertigung sämtlicher in der betreffenden Rechtsordnung zweifelsfrei geregelten Fälle ergeben, und durch die Anwendung dieser als Bestandteil des Rechts betrachteten Prinzipien den konkreten problematischen Fall zu lösen.<sup>16</sup> Ein Beispiel für ein solches Prinzip ist etwa der sich in Rechtsakten widerspiegelnde, aber nicht notwendig ausdrücklich normierte Grundsatz, dass niemand aufgrund eines von ihm begangenen Unrechts einen Vorteil haben soll.<sup>17</sup> *Dworkin* versucht also, die von ihm für den Rechtspositivismus konstatierte rechtliche Unbestimmtheit dadurch zu vermeiden, dass er neben den zweifelsfreien Regelungen auch diejenigen Prinzipien als im Einzelfall zu beachtende Bestandteile des Rechts ansieht, die – zusammengefasst – rechtfertigend „hinter“ den zweifelsfreien Regelungen stehen.

*Dworkin* behauptet nun, dass es bei perfekter Anwendung seiner Methode in (fast) jedem „schwierigen Fall“ nur eine einzige richtige Entscheidung gebe. Nur als seltene (eher in unterentwickelten Rechtsordnungen anzutreffende) Ausnahme hält er es für möglich, dass mehrere Kombinationen von Prinzipien konstruiert werden können, die alle zweifelsfrei geregelten Fälle rechtfertigen und dennoch in dem zu entscheidenden schwierigen Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.<sup>18</sup> Ein solches „Unentschieden“ („tie“) ist für *Dworkin* nur als Folge einer Unterdeterminiertheit denkbar, die in entwickelten Rechtsordnungen schon aufgrund der Fülle des Materials von zweifelsfrei geregelten bzw. entschiedenen Fällen kaum zu erwarten sei. Immer wieder betont *Dworkin* allerdings, dass nicht erwartet werden kann, dass die einzig richtige Entscheidung in der Praxis realer Gerichte auch gefunden und als solche erkannt werden kann. Er macht dies bekanntlich mit Hilfe zweier fiktiver Richterfiguren deutlich:<sup>19</sup> dem über übermenschliche Fähigkeiten und Kräfte und außerdem beliebig viel Zeit verfügenden Richter Herkules und dem realen Durchschnittsrichter Herbert. Herkules ist in der Lage, *Dworkins* Methode perfekt anzuwenden und die einzig richtige Entscheidung zu finden und

als solche zu erkennen. Herbert kann das nicht; Herbert kann (und sollte) allenfalls versuchen, dem Ideal des Herkules im Rahmen seiner Möglichkeiten nachzueifern. Stößt er an seine Erkenntnisgrenzen, dann bleibt ihm nichts, als die Entscheidung nach seiner subjektiven Meinung zu fällen.

### b) Die Funktion der These der einzig richtigen Entscheidung

*Dworkin* hält im Kontext der Aufsatzsammlung „Taking Rights Seriously“ die Behauptung der Existenz einer einzig richtigen Entscheidung für einen zentralen Baustein seiner Argumentation gegen den Rechtspositivismus; die Widerlegung dieser Behauptung wäre für die Argumentation „destructive“, wie *Dworkin* selbst konstatiert.<sup>20</sup> Damit stellt sich die Frage, welche Funktion diese These in *Dworkins* Argumentation eigentlich hat.

Die Funktion könnte die einer regulativen Idee sein im Sinne eines Appells an den Richter, so zu entscheiden, *als ob* es eine einzig richtige Entscheidung gäbe.<sup>21</sup> Für *Dworkin* genügt das jedoch offenbar nicht.<sup>22</sup> Es finden sich zwar Äußerungen in dem Band „Taking Rights Seriously“, in denen er die Existenzbehauptung zu relativieren scheint (was für ein Verständnis als bloße regulative Idee spräche), aber diese Äußerungen fallen eher beiläufig und sind nicht eindeutig.<sup>23</sup> Betrachtet man die These der einzig richtigen Entscheidung im Kontext seiner Argumentation gegen den Rechtspositivismus in „Taking Rights Seriously“ genauer, dann wird deutlich, dass *Dworkin* hier von der ontologischen Existenz der einzig richtigen Entscheidung ausgeht. In seiner Argumentation gegen den Rechtspositivismus ist nämlich die „Entscheidung“, die als einzig richtige vorgestellt wird, immer eine Entscheidung über die Rechte von streitenden Parteien in einem Gerichtsverfahren. Diese Rechte sind für *Dworkin* in einem ontologischen Sinne einfach vorhanden – unabhängig von Gerichtsentscheidungen, die sie bestätigen. Er betont ausdrücklich, dass das Gerichtsverfahren nicht auf die Erfindung, sondern auf die Entdeckung der Rechte der streitenden Parteien abziele, und macht die politische Rechtfertigung des Gerichtsverfahrens von der Richtigkeit dieser Charakterisierung abhängig.<sup>24</sup> *Dworkin* sieht die These seiner Gegner, dass es *keine* einzig richtige Entscheidung gibt,

<sup>20</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 5), S. 279.

<sup>21</sup> Zur einzig richtigen Entscheidung als regulative Idee vgl. etwa *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 6. Aufl. 2008, S. 414; *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 73 f.

<sup>22</sup> So auch *Bittner* (Fn. 15), S. 240; *Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1997, S. 181.

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Dworkin* (Fn. 5), S. 216: „I anticipate a philosophical objection to these conclusions: that I am treating law as a ‚brooding omnipresence in the sky‘. I have spoken of people making judgements about what the law requires, even in cases in which the law is unclear and undemonstrable. ... I will therefore be charged with the view that there is always a ‚right answer‘ to a legal problem to be found in natural law or locked up in some transcendental strongbox. The strongbox theory of law is, of course, nonsense. When I say that people hold views on the law when the law is doubtful, and that these views are not merely predictions of what the courts will hold, I intend no such metaphysics. I mean only to summarize as accurately as I can many of the practices that are part of our legal process.“ – Diese Passage wendet sich nicht gegen die Vorstellung einer tatsächlich existierenden einzig richtigen Entscheidung als solche, sondern gegen die Vorstellung, ihr Inhalt ergebe sich aus naturrechtlichen oder metaphysisch-obskuren Begründungen. Dieser Vorstellung setzt *Dworkin* in der Tat in seinen Schriften die im Text kurz erläuterte Methode zur Auffindung der einzig richtigen Entscheidung entgegen; diese Methode ist handlungsorientiert und dabei weder naturrechtlich noch metaphysisch-obskur (auch wenn sie im Letzten nicht praktikabel ist). – Die zitierte Passage wird allerdings anders verstanden (nämlich als ausdrückliche Verwahrung gegen die Vorstellung einer tatsächlich existierenden Lösung) von *Osterkamp* (Fn. 21), S. 73 Fn. 45.

<sup>24</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 280.

<sup>14</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 81.

<sup>15</sup> Gesamtdarstellungen der Theorie *Dworkins* finden sich etwa bei *Bittner*, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, 1988; und bei *Heinold*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, 2011.

<sup>16</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 5), S. 115 ff.; zusammenfassende und auch die Fortentwicklung dieser Interpretationsmethode in „Law’s Empire“ einbeziehende Darstellung bei *Bittner* (Fn. 15), S. 33 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 5), S. 23.

<sup>18</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 286. Dazu *Bittner* (Fn. 15), S. 230 ff.

<sup>19</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 105 ff. (zu Herkules), 125 ff. (zu Herbert).

ausdrücklich im Widerspruch zu seiner These der Rechte, der zufolge, wie schon erwähnt, Gerichtsentscheidungen dazu dienen, existierende Rechte durchzusetzen –<sup>25</sup> mit anderen Worten: *Dworkins* Vorstellung der ontologischen Existenz der einzig richtigen Entscheidung korrespondiert mit seiner Vorstellung der ontologischen Existenz von Rechten. Die einzig richtige Entscheidung ist für *Dworkin* diejenige, die ein ohnehin schon existierendes Recht entdeckt und durchsetzt; sie existiert für ihn im gleichen ontologischen Sinn wie das Recht, das sie durchsetzt.

Die Frage nach der Funktion der einzig richtigen Entscheidung in *Dworkins* Argumentation in „Taking Rights Seriously“ führt damit zur näheren Betrachtung seiner Vorstellung der ontologischen Existenz von Rechten. *Dworkin* gibt keine explizite Begründung für seine Annahme, dass ein Recht, über das ein Gericht in einem „schwierigen Fall“ zu entscheiden hat, schon vor der Entscheidung des Gerichts eine Existenz im ontologischen Sinne habe. Offenbar hält er das für evident und nicht begründungsbedürftig. Folgende Textpassage macht das deutlich:

„Some readers will remain unconvinced. Surely it *cannot* be that in a genuinely hard case one side is simply right and the other simply wrong. But why not? It may be that the supposition that one side may be right and the other wrong is cemented into our habits of thought at a level so deep that we cannot coherently deny that supposition, no matter how skeptical or hard-headed we wish to be in such matters. That would explain our difficulty in stating the theoretical argument in a coherent way. The ‚myth‘ that there is one right answer in a hard case is both recalcitrant and successful. Its recalcitrance and success count as arguments that it is no myth.“<sup>26</sup>

Dass für *Dworkin* die ontologische Existenz von Rechten einfach evident und nicht weiter erklärungsbedürftig ist, wird auch an seiner eingangs erwähnten und von ihm selbst formulierten Motivation deutlich, aus der heraus er seine Theorie entwickelt: Er konstatiert als Kardinalfehler des Rechtspositivismus, dass dieser nicht die Funktion der Gerichte beschreiben könne, vorher bestehende Rechte durchzusetzen. Dass Gerichte diese Funktion haben und dass dementsprechend vorher bestehende Rechte im ontologischen Sinne existieren, scheint für *Dworkin* schlicht selbstverständlich zu sein.<sup>27</sup>

### c) Implausibilität und Entbehrlichkeit der These

Bei näherem Hinsehen ist diese scheinbare Selbstverständlichkeit aber durchaus fragwürdig. Die Behauptung der ontologischen Existenz einer einzig richtigen Entscheidung oder von präexistenten Rechten mutet nicht nur wie eine Art von „großer Erzählung“ an, deren Ende die Philosophie der Postmoderne längst verkündet hat;<sup>28</sup> eine solche Behauptung muss sich auch fragen lassen, ob sie nicht schon hinter der kritischen Philosophie Kants zurückbleibt.<sup>29</sup> Die Existenz von etwas zu behaupten, ohne eine zuverlässige Methode zum Nachweis dieser Existenz angeben zu können, ist ein äußerst problematisches Unterfangen.<sup>30</sup> Die Problematik

wird dadurch verschärft, dass *Dworkin* mit der Figur des allwissenden Richters Herkules explizit erkenntnistheoretische Fragen aus seiner Theorie ausklammert: Herkules stellt sich die kantische Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit der Erkenntnis nicht, denn er verfügt definitionsgemäß über unbegrenzte Erkenntnismöglichkeiten. Im Übrigen ist es schlicht nicht plausibel, dass für jeden schwierigen Fall objektiv nur eine einzige richtige Entscheidung existiert, zu der jeder Richter kommen müsste, wenn er nur über unbegrenzte Ressourcen verfügte und sich gehörig anstrenge.<sup>31</sup>

Die bloße Behauptung der ontologischen Existenz eines Rechts und der diesem Recht entsprechenden einzig richtigen Entscheidung ist also ein schwaches, um nicht zu sagen: unbrauchbares Argument. Damit fällt aber nicht notwendig *Dworkins* Theorie. Es lohnt sich, die Frage zu stellen, wie weit die Aussagekraft von *Dworkins* Argumentation in „Taking Rights Seriously“ reichen würde, wenn sie auf die problematischen Existenzbehauptungen verzichten würde. Ausgangspunkt ist sein Anspruch, mit seiner Theorie eine bessere Beschreibung richterlichen Entscheidens zu geben als der Rechtspositivismus. Die Fehlerhaftigkeit des Rechtspositivismus zeigt sich für *Dworkin* darin, dass in schwierigen Fällen das an juristische Maßstäbe nicht mehr gebundene richterliche Ermessen einer Streitpartei, die im zu entscheidenden Fall in Wirklichkeit ein präexistentes Recht auf eine bestimmte Entscheidung hat, dieses Recht nimmt.

Diese Kritik ist offensichtlich nicht so zu verstehen, dass der Rechtspositivismus das richterliche Entscheiden rein soziologisch-deskriptiv falsch beschreibe; vielmehr bezieht sich diese Kritik auf die fehlende Legitimität eines richterlichen Entscheidens, wie es der Rechtspositivismus beschreibt. Jemandem ein Recht wegzunehmen, das er *hat*, ist illegitim. Die ontologische Existenzbehauptung macht es möglich, einer Streitpartei ein präexistentes Recht wie eine ihr gehörende Sache zuzuordnen und die an außerjuristischen Maßstäben orientierte Ermessensentscheidung des Gerichts in die Nähe eines Diebstahls zu rücken: Würden Gerichte so entscheiden, wie es sich der Rechtspositivismus vorstellt, dann würden sie in *Dworkins* Betrachtungsweise – zugespitzt formuliert – den Betroffenen ihre Rechte stehlen.

Es liegt auf der Hand, dass eine solche Betrachtungsweise sehr eingängig ist. Sie macht sich das bekannte Phänomen zunutze, dass Gerechtigkeits- und Legitimitätsargumente dann das höchste Überzeugungspotenzial haben, wenn sie an die Erfahrung elementaren Unrechts appellieren:<sup>32</sup> Bei der Wegnahme von etwas, das einem gehört, handelt es sich um eine solche elementare Unrechtserfahrung. Es fragt sich aber, ob *Dworkins* Theorie nicht auch ohne einen solchen Appell an die Erfahrung elementaren Unrechts auskommen würde. Immerhin erscheint eine Konzeption, nach der richterliches Entscheiden in schwierigen Fällen auf einen juristischen Maßstab verzichtet (so *Dworkin* über den Positivismus bei *Hart*, siehe oben), auch dann als illegitim, wenn sich überzeugend zeigen lässt, dass ein rechtlicher Maßstab eigentlich zur Verfügung steht – auch wenn es einiger Anstrengung bedarf, nach diesem Maßstab zu entscheiden, und sich

<sup>25</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 280.

<sup>26</sup> *Dworkin* (Fn. 5), S. 290.

<sup>27</sup> Vgl. auch *Dworkins* Hinweis auf die Wichtigkeit der Idee der Menschenrechte für die konstruktiven Abschnitte seiner Theorie: *Dworkin* (Fn. 5), S. vii.

<sup>28</sup> Vgl. *Lyotard*, Postmoderne für Kinder, 2. Aufl. 1996, S. 32 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781 (2. Aufl. 1787), A 246 ff./B 303 ff.

<sup>30</sup> Vgl. auch die Kritik an der *Dworkinschen* Theorie von *Koller* (Fn. 22), S. 181: „Die Behauptung der Existenz einer einzigen richtigen Lösung (ist) nicht nur unbegründbar, sondern auch ohne jeden Nutzen.“ Ähnlich kritikwürdig sind auch andere Theorieansätze, die von einer ontologisch begründeten „Wahrheit“ im Recht ausgehen; vgl. dazu die Kritik von *Dennis*

*Patterson* am ontologischen Realismus in der Rechtstheorie *Michael Moores: Patterson*, Recht und Wahrheit, 1999, S. 53 ff.

<sup>31</sup> So *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 121 ff. (Bezugnahme auf *Dworkin* in Fn. 23). Die fehlende Plausibilität wird in der Kritik an *Dworkin* auch etwa durch den Hinweis auf einen zweiten Richter Herkules zum Ausdruck gebracht, von dem nicht ausgeschlossen werden kann, dass er zu einem anderen Ergebnis kommt als der erste; so *Aarnio* ARSP-Beiheft 53 (1994), 36 (44).

<sup>32</sup> Vgl. *H. Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl. 2011, S. 72 ff.

dabei Fehler nicht immer vermeiden lassen. Genau das hat *Dworkin* aber (zumindest nach seinem eigenen Verständnis) mit seiner Theorie getan: Er hat gezeigt, dass auch in schwierigen Fällen zumindest prinzipiell ein juristischer Maßstab zur Verfügung steht. Allein daraus ergibt sich schon die Illegitimität eines richterlichen Entscheidens, das diesen juristischen Maßstab ignoriert und durch nichtjuristische Maßstäbe ersetzt.

*Dworkin's* Argumentation gegen den Rechtspositivismus in „Taking Rights Seriously“ könnte daher entgegen seiner oben erwähnten eigenen Einschätzung auf die Annahme der ontologischen Existenz von Rechten und damit auf die Annahme der ontologischen Existenz der einzig richtigen Entscheidung in schwierigen Fällen verzichten. Freilich wäre der Argumentationsgang mühsamer: Die Illegitimität des Rechtspositivismus, die *Dworkin* als Motivation zur Entwicklung und Weiterentwicklung seiner eigenen Theorie immer wieder erwähnt, ließe sich erst am Ende der Argumentation nachweisen, nicht schon am Anfang; und der Appell an die Erfahrung elementaren Unrechts stünde als Darstellungsmittel nicht zur Verfügung.

## 2. Die Abschwächung in „Law's Empire“

Die Verzichtbarkeit der problematischen Behauptung der ontologischen Existenz einer einzig richtigen Entscheidung zeigt sich in *Dworkin's* späterem Werk „Law's Empire“. Obwohl er hier die Kontinuität seiner Haltung zur Frage der einzig richtigen Entscheidung betont<sup>33</sup> und auch die Sekundärliteratur diese Kontinuität meist nicht in Frage stellt,<sup>34</sup> lässt sich bei näherem Hinsehen ein Bruch erkennen zwischen der ersten Ausarbeitung seiner Rechtspositivismuskritik in dem aus unabhängigen Einzelbeiträgen zusammengeführten Band „Taking Rights Seriously“ aus dem Jahr 1977 und der Reformulierung und Weiterführung seiner Gedanken in dem von vornherein als Monographie konzipierten Buch „Law's Empire“, das im Jahr 1986 erschienen ist. In beiden Werken spricht *Dworkin* zwar von der Figur der einzig richtigen Entscheidung („one right answer“); aber diese Figur ist in „Law's Empire“ nicht mehr mit einer ontologischen Existenzbehauptung verknüpft.

„Law's Empire“ unterscheidet sich schon im argumentativen Ansatz von „Taking Rights Seriously“. Ausgangspunkt ist nun nicht mehr die Kritik am Rechtspositivismus; *Dworkin* möchte hier vielmehr seinen Gegenentwurf zum Rechtspositivismus, also seine in „Taking Rights Seriously“ im Ansatz dargelegte Theorie der „konstruktiven Interpretation“ des Rechts, weiter entfalten und systematisch darstellen. Zu diesem Zweck benötigt er seine „These der Rechte“, wonach Gerichte präexistierende Rechte durchzusetzen haben, nicht

mehr. Dementsprechend wiederholt er diese These jetzt nicht (er distanziert sich aber auch nicht von ihr). Die Annahme der ontologischen Existenz von Rechten hat also keine Funktion mehr innerhalb der Theorie; damit entfällt auch der argumentative Anknüpfungspunkt für die Annahme der ontologischen Existenz der einzig richtigen Entscheidung. Von beidem ist bei genauem Hinsehen auch keine Rede mehr.

In gewisser Weise greift *Dworkin* in „Law's Empire“ den Gedanken der einzig richtigen Entscheidung aber doch auf und verteidigt ihn.<sup>35</sup> Es handelt sich aber nun – ohne dass *Dworkin* dies thematisiert – um eine andere Konzeption der einzig richtigen Entscheidung als in „Taking Rights Seriously“. Das betrifft schon die Art von „Entscheidung“ (bzw. „answer“), um die es hier geht: Nicht mehr allein Gerichtsentscheidungen über präexistente Rechte, sondern Antworten auf allgemeine Interpretationsfragen sind jetzt das Thema.<sup>36</sup> Anstelle der Durchsetzung von Rechten thematisiert *Dworkin* nun die Interpretation des Rechts und spricht in diesem Kontext auch von der Interpretation von literarischen Texten, sozialen Praktiken oder moralischen Regeln. Nicht die Gerichtsentscheidung, sondern in einem ganz allgemeinen Sinne die Interpretationsentscheidung steht hier im Zentrum der Betrachtung.

*Dworkin* identifiziert nun die Redeweise von der auf diese Weise allgemeiner verstandenen „einzig richtigen Antwort“ mit der Redeweise von der „objektiven“ Richtigkeit und verteidigt diese Redeweise nicht als ontologische Existenzbehauptung, sondern lediglich im Sinne der Bekräftigung einer subjektiven Überzeugung.<sup>37</sup> Wenn jemand zum Beispiel sagt, dass Sklaverei falsch sei, und nach einer Pause eine Reihe von Bekräftigungen hinzufügt wie zum Beispiel dass Sklaverei „wirklich“ oder „objektiv“ falsch sei, dann sei damit keine bizarre metaphysische Fundierung der ersten Behauptung gemeint, sondern eine Wiederholung der ersten Behauptung, verbunden mit einer Präzisierung ihres Inhalts etwa in dem Sinne, dass es sich um eine echte moralische Behauptung und nicht um eine bloße Geschmacksfrage handle. Es bestehe kein relevanter Unterschied zwischen der Behauptung, dass Sklaverei falsch sei, und der Behauptung, dass es eine einzige richtige Antwort auf die Sklavereifrage gebe, nämlich dass Sklaverei falsch sei.<sup>38</sup> Die Vorstellung moralischer Wahrheiten, die „da draußen“ existierten („out there“) oder „in der Struktur des Universums festgemacht“ seien („locked into the fabric of the universe“), lehnt *Dworkin* ausdrücklich ab.<sup>39</sup> Dieses Verständnis der einzig richtigen Entscheidung als bloße Bekräftigung einer Überzeugung ist ein anderes als das Verständnis in „Taking Rights Seriously“. Präexistente Rechte kommen in „Law's Empire“ genauso wenig vor wie die zugehörigen einzig richtigen Entscheidungen, die genau diese Rechte durchsetzen und deren Existenz dementsprechend in einem ontologischen Sinne gedacht werden muss.

*Dworkin* greift die Figur der „one right answer“ freilich nicht nur in „Taking Rights Seriously“ und „Law's Empire“, sondern auch in anderen Werken auf, häufig als Reaktion auf Kritik an seiner Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung, wie er sie in „Taking Rights Seriously“ verwendet. Auch in diesen anderen Werken entfernt er sich

<sup>33</sup> Vgl. etwa *Dworkin* (Fn. 4), Preface S. viii f. Gegen die Behauptung einer Diskontinuität in seiner Position zur einzig richtigen Entscheidung wendet sich *Dworkin* auch etwa in *ders.*, Pragmatism, Right Answers, and True Banality, in: *Brint/Weaver* (Hrsg.), Pragmatism in Law and Society, 1991, S. 359 (382 Fn. 1) (= *ders.*, Justice in Robes, 2006, S. 266 Fn. 3).

<sup>34</sup> Von einer einheitlichen Position *Dworkin's* gehen offenbar aus *Watkins-Bienz*, Die Hart-Dworkin Debatte, 2004, S. 117 ff.; *Bittner* (Fn. 15), S. 71 ff., 215 ff.; *Koller* (Fn. 22), S. 172 ff. Eine Diskontinuität sehen etwa *Heinold* (Fn. 15), S. 144 f.; *McCaffery* California Law Review 85 (1997), 1043 (1060 mit Fn. 57); *Barry*, Times Literary Supplement October 25, 1985, 1195 (1195); *Wesche*, in: *Wesche/Zanetti* (Hrsg.), Dworkin. Un débat – in der Diskussion – debating Dworkin, 1999, S. 254 (284). Eine Diskontinuität sieht auch *Martin* ARSP Beiheft 91 Bd. 4 (2004), 11 (16); er sieht den Wandel freilich im Übergang von dem als Einzelrichter urteilenden „Herkules“ zu einem Kollegialgericht, das durch Abstimmungsmehrheit entscheidet – es lässt sich allerdings nicht nachvollziehen, dass dies ein maßgeblicher Gedanke in „Law's Empire“ ist.

<sup>35</sup> *Dworkin* (Fn. 4), S. 80 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 4), S. 45 ff.

<sup>37</sup> *Dworkin* (Fn. 4), S. 80 ff.

<sup>38</sup> Dieses Verständnis des Arguments der einzig richtigen Entscheidung als bloße Bekräftigung rückt in die Nähe der deflationären Wahrheitstheorien, die den Wahrheitsbegriff auf eine bloße sprachliche Funktion reduzieren. Dazu näher *Poscher* ARSP 89 (2003), 200 (205 ff.).

<sup>39</sup> *Dworkin* (Fn. 4), S. 267 (hier mit Bezug auf das Recht).

von dem ontologischen Verständnis. Das wird etwa in folgender Textpassage deutlich: „My interest in the question of objectivity ... is entirely negative. I see no point in trying to find some general argument that moral or political or legal or aesthetic or interpretive judgements are objective. Those who ask for an argument of that sort want something different from the kind of arguments I and they would make for particular examples or instances of such judgements. But I do not see how there could be any such different arguments. I have no arguments for the objectivity of moral judgements except moral judgements, nor arguments for the objectivity of interpretive judgements except interpretive judgements, and so forth.“<sup>40</sup> In einem anderen Text<sup>41</sup> heißt es: „My thesis about right answers in hard cases is, as I have said, a very weak and commonsensical legal claim. ... The most natural way to support that legal claim is therefore to try to show what the right answer is in some particular hard case. I can only do that, of course, by making an ordinary legal argument.“ Wiederum an anderer Stelle<sup>42</sup> bestreitet *Dworkin* die These, dass in Fragen der Moral und Ethik keine einzig richtige Antwort existiere, mit dem Hinweis auf die Begründungsbedürftigkeit (und auf die von seinen Kritikern zu Unrecht angenommene Selbstverständlichkeit) dieser These und versteht dabei die besagte These als Behauptung der Unmöglichkeit der Argumentierenden, eine ihnen selbst richtig erscheinende Antwort zu finden. Ein solches Verständnis findet sich auch schon in der ursprünglich 1978 erschienenen Abhandlung „Is There Really No Right Answer in Hard Cases?“<sup>43</sup> Zunächst argumentiert *Dworkin* hier (S. 122 ff.) zwar wie in „Taking Rights Seriously“ mit der ontologischen Existenzbehauptung, indem er auf die Existenz von Rechten und entsprechende Entscheidungspflichten des Richters abstellt; er stellt dabei eine Parallele her zwischen einerseits einem durch Ermessen auszufüllenden Zwischenraum zwischen der Pflicht des Richters, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, und seiner Pflicht, gegenteilig zu entscheiden, und andererseits einem durch Unbestimmtheit charakterisierten logischen Zwischenraum zwischen den beiden Entscheidungsmöglichkeiten (*Dworkin* lehnt das Bestehen dieser Zwischenräume letztlich ab). Einige Seiten später (S. 131 ff.) geht *Dworkin* dann aber zu einer Argumentation über, die auf die verschiedenen Möglichkeiten abstellt, (subjektive) rechtliche Überzeugungen oder auch Überzeugungen zu ganz allgemeinen Fragen wie der Interpretation eines literarischen Textes (S. 134) herauszubilden und diese Möglichkeit der Überzeugungsbildung mit der Möglichkeit der einzig richtigen Antwort gleichsetzt. In Bezug auf dieses Verständnis der einzig richtigen Entscheidung kann man also tatsächlich eine Kontinuität in *Dworkin's* Gesamtwerk erkennen, nicht aber in Bezug auf die mit der These der Rechte verbundene ontologische Existenzbehauptung. Der Unterschied zwischen den beiden Arten des Verständnisses scheint ihm aber nicht klar zu sein, wie der zuletzt erörterte Text zeigt.

Es fragt sich, ob der Figur der einzig richtigen Entscheidung in „Law's Empire“ überhaupt eine Funktion zukommt, die über die einer – für *Dworkin's* Theorie der konstruktiven Interpretation eigentlich überflüssigen – Bekräftigungsformel hinausgeht. Denkbar wäre auch hier die schon erwähnte Funktion als regulative Idee, die den Richter bei seiner Entscheidungsfindung anleitet und ihn etwa zu größtmöglicher Objektivität ermahnt.<sup>44</sup> Aber *Dworkin* greift in „Law's Empire“ nicht auf diese Möglichkeit zurück, der Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung eine Funktion für seine Theorie zu geben. Der Grund dafür liegt offenbar darin, dass *Dworkin* in „Law's Empire“ ein anderes Theorieelement einführt, das diese Funktion (neben anderen Funktionen) übernimmt: die „Integrität“ („integrity“).<sup>45</sup> *Dworkin's* Kon-

zept der Integrität verlangt vom Richter, bei der Fallentscheidung eine bestimmte Haltung<sup>46</sup> gegenüber dem Recht einzunehmen, nämlich es soweit wie möglich (und das heißt in entwickelten Rechtsordnungen: praktisch vollständig)<sup>47</sup> als durch eine kohärente Kombination von Prinzipien strukturiert zu betrachten, und bei der Entscheidung eines neuen, „schwierigen“ Falles diese Prinzipien anzuwenden.<sup>48</sup> Verhält sich ein Richter so, wie es das Konzept der Integrität von ihm verlangt, dann entspricht er damit auch den Anforderungen, die die regulative Idee der einzig richtigen Entscheidung an ihn richten würde: Er entscheidet so, als ob es eine einzig richtige Entscheidung gäbe.

Anderer Funktionen der Figur der einzig richtigen Entscheidung im Rahmen der *Dworkin's* Theorie in „Law's Empire“ sind nicht ersichtlich. Es bleibt bei der – für die Theorie irrelevanten – Funktion als Bekräftigung subjektiver Überzeugungen. *Dworkin* kommt hier ohne die problematische ontologische Existenzbehauptung aus und hätte, wie gesagt, auch schon in „Taking Rights Seriously“ auf sie verzichten können.

### III. Die einzig richtige Entscheidung im nichtontologisch-objektiven Sinne (Habermas)

Die Behauptung der ontologischen Existenz einer einzig richtigen Entscheidung, wie sie sich in *Dworkin's* „Taking Rights Seriously“ findet, ist erkenntnistheoretisch nicht haltbar. Andererseits ist das stark reduzierte Konzept der einzig richtigen Entscheidung, das *Dworkin* in „Law's Empire“ verwendet, eigentlich enttäuschend: Als bloße Bekräftigung subjektiver Überzeugungen fehlt ihm der argumentative Stachel in Gestalt des Hinweises auf eine (zumindest behauptete) Objektivität. Eine solche Objektivität lässt sich auch ohne ontologische Existenzbehauptung ins Spiel bringen, indem nicht die Entscheidung selbst, sondern die Kommunikation über die Entscheidung betrachtet wird. Objektivität bedeutet dann intersubjektivität. Sie wird nicht mehr durch den Bezug auf etwas schon vor dem Erkenntnisvorgang für alle gleichermaßen Vorhandenes hergestellt, sondern durch einen im Wege der Kommunikation herzustellenden Konsens. In dieser Perspektive ist diejenige Entscheidung, über die ein Konsens hergestellt wird bzw. hergestellt werden kann, die einzig richtige, und zwar in einem nichtontologisch-objektiven Sinne. An die Stelle von Aussagen über einen angeblich objektiv existierenden Gegenstand treten hier Aussagen über die Art und Weise, wie über diesen Gegenstand gesprochen wird, oder auch Aussagen über die kommunikativen Voraussetzungen, unter denen über diesen Gegenstand gesprochen werden kann.<sup>49</sup>

<sup>40</sup> On Interpretation and Objectivity, in: *Dworkin*, A Matter of Principle, 1985, S. 167 (171).

<sup>41</sup> *Dworkin* (Fn. 33), S. 365.

<sup>42</sup> Objectivity and Truth: You'd Better Believe it, in: *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996), 87 (135 ff.).

<sup>43</sup> In: *New York University Law Review* 53 (1978), no. 1; wiederabgedruckt in: *Dworkin*, A Matter of Principle, 1985, S. 119 ff. – hierauf beziehen sich die folgenden Fundstellenangaben; eine frühere, an manchen Stellen abweichende Version dieses Textes findet sich unter dem Titel „No Right Answer?“, in: *Hacker/Raz* (Hrsg.), *Law, Morality, and Society*, 1977, S. 58.

<sup>44</sup> In diese Richtung geht offenbar die Interpretation von *McCaffery* *California Law Review* 85 (1997), 1043 (1061).

<sup>45</sup> Dazu *Bittner* (Fn. 15), S. 55 ff., 165 ff.

<sup>46</sup> Dass es sich bei „integrity“ um eine Haltung oder Einstellung handelt, kommt zum Beispiel in den Begriffen „style of adjudication“ oder „ambition“ zum Ausdruck, die *Dworkin* hier verwendet; vgl. *Dworkin* (Fn. 4), S. 243. Allgemeiner (nicht auf das Recht bezogen) zur „interpretative attitude“ *Dworkin* (Fn. 4), S. 46 ff.

<sup>47</sup> Die Ausnahme sind offenbar die schon erwähnten „Unentschieden“-Fälle, die nach *Dworkin* praktisch nur in unterentwickelten Rechtsordnungen zu erwarten sind (vgl. oben Fn. 18).

<sup>48</sup> *Dworkin* (Fn. 4), S. 243. Vgl. dazu *Dworkin* (Fn. 5), S. 116 f.; der Vergleich zeigt, dass sich das Konzept der Integrität inhaltlich – wenn auch nicht dem Namen nach und auch nicht in der Ausprägung als Appell an die Haltung oder Einstellung des Richters bei der Fallentscheidung – schon in der früheren Version von *Dworkin's* Theorie findet.

<sup>49</sup> Allgemein zu solchen konsensstheoretischen Ansätzen *Poscher ARSP* 89 (2003), 200 (204 f.).

Die wohl elaborierteste Version solcher Theorien ist die Diskurstheorie von Jürgen *Habermas*, die dieser zunächst für den Bereich der Moral<sup>50</sup> und später für den Bereich des Rechts<sup>51</sup> entwickelt hat. Anhand dieser Theorie soll im Folgenden die Reichweite des nichtontologisch-objektiven Ansatzes ausgelotet werden.

### 1. Diskursiv erzeugter Konsens als einzig richtige Entscheidung

Ausgangspunkt ist *Habermas'* Auseinandersetzung mit *Dworkins* Rechtstheorie in seinem rechtsphilosophischen Hauptwerk „Faktizität und Geltung“ aus dem Jahr 1992.<sup>52</sup> *Habermas* begriff hier, das sei vorweggeschickt, die beiden Versionen von *Dworkins* Theorie, wie sie in „Taking Rights Seriously“ einerseits und in „Law's Empire“ andererseits entwickelt werden, offenbar als Einheit, jedenfalls nimmt er keine grundlegenden Differenzierungen vor. Dort, wo er näher auf *Dworkins* Konzeption der einzig richtigen Entscheidung eingeht, nimmt er aber (soweit ersichtlich) nur Bezug auf „Taking Rights Seriously“, also auf die Theorievariante der ontologischen Existenzbehauptung.

*Habermas* konstatiert, dass auf *Dworkins* Rechtstheorie „der lange Schatten starker Idealisierungen“ liege,<sup>53</sup> und schlägt eine Modifikation vor, die in seinen Augen einem solchen Vorwurf nicht mehr ausgesetzt wäre und die Theorie gegenüber den Einwänden verschiedener Kritiker immunisieren könnte:<sup>54</sup> Nicht mehr der einsame Richter, der sich Herkules zum Vorbild gewählt hat und ein Erkenntnisprivileg für sich in Anspruch nimmt, soll als der maßgebliche Autor der Entscheidung betrachtet werden;<sup>55</sup> der einzelne Richter müsse seine konstruktive Interpretation vielmehr „grundsätzlich als ein gemeinsames Unternehmen konzipieren, das von der öffentlichen Kommunikation der Staatsbürger getragen wird“<sup>56</sup>. *Habermas* schlägt daher vor, ideale Anforderungen an einen juristischen Diskurs zu formulieren, der „dem regulativen Ideal der einzig richtigen Entscheidung und der Fallibilität der tatsächlichen Entscheidungspraxis gleichermaßen Rechnung trägt“<sup>57</sup>. Erst auf diese Weise ist es nach *Habermas* möglich, die Richtigkeit normativer Urteile zu erklären: Diese Richtigkeit ergebe sich nicht aus einer Korrespondenztheorie der Wahrheit,<sup>58</sup> sondern „allein diskursiv“. Unter „Korrespondenztheorie der Wahrheit“ versteht *Habermas* dabei eine Theorie, die eine Aussage (oder eine Norm) dann für wahr oder richtig erachtet, wenn sie „empirischen Evidenzen“ oder „Tatsachen, die in idealer Anschauung gegeben sind“,<sup>59</sup> entspricht.<sup>60</sup> Eine Erklärung

der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung, die zur Fixierung ihres Inhalts führen könnte, wäre nach *Habermas* nur in einer „geschlossenen“ Theorie möglich, die unter Bedingungen nachmetaphysischen Denkens nicht mehr plausibel sei.<sup>61</sup> Jede Konstruktion des Richters Herkules könne nur vorläufig sein, weil sie immer offen für neue und bessere Gründe sein müsse. Die Lücke zum Unbedingtheitsanspruch der einzig richtigen Entscheidung wird dann nach *Habermas* durch das argumentative Verfahren der kooperativen Wahrheitssuche geschlossen.<sup>62</sup>

Die Details des idealen juristischen Diskurses, wie *Habermas* ihn vorschlägt, müssen hier nicht erörtert werden. Im Wesentlichen geht es darum, in einem zwanglosen, aber geregelten und chancengleichen Wettbewerb um die besseren Argumente ohne Handlungsdruck die Zustimmung eines universalen Auditoriums, das sich aus den Angehörigen der jeweiligen Rechtsgemeinschaft zusammensetzt,<sup>63</sup> zu gewinnen.<sup>64</sup> Die Teilnahme am idealen Diskurs sieht *Habermas* als Form verständigungsorientierten Handelns;<sup>65</sup> das orientierunggebende Ziel dieses Diskurses ist daher die Herbeiführung eines Konsenses. Dieser Konsens ist in dem Sinne gemeint, dass alle Diskursteilnehmer das Ergebnis als das richtige betrachten.<sup>66</sup> Ziel des argumentativen Austauschs von Gründen im idealen Diskurs ist es für *Habermas*, wahre oder richtige Aussagen zu begründen und nicht bloß bei fortbestehendem Dissens eine Grundlage für die respektvolle Anerkennung der anderen Meinung zu bilden. Weil der Konsens für *Habermas* einen notwendigen Bestandteil seiner Diskurstheorie darstellt,<sup>67</sup> ergibt sich hier eine gleichsam natürliche Anschlussstelle zum Unbedingtheitsanspruch der einzig richtigen Entscheidung.<sup>68</sup>

### 2. Kritik am Konsensmodell

*Habermas'* Vorschlag stellt eine Möglichkeit dar, die Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung zu handhaben, ohne die problematische ontologische Existenzbehauptung aufzustellen.<sup>69</sup> Der Vorschlag wirft allerdings einige Probleme

(202 ff.); mit Bezug auf die Tatsachenfeststellung im Strafverfahren *Hörnle* Rechtstheorie 35 (2004), 175 (177 ff.).

61 *Habermas* (Fn. 51), S. 278.

62 *Habermas* (Fn. 51), S. 279.

63 Der juristische Diskurs unterscheidet sich nach *Habermas* vom moralischen unter anderem durch seine Teilnehmer: Beim moralischen Diskurs handelt es sich um die gesamte Menschheit, beim juristischen nur um die Angehörigen der jeweiligen Rechtsgemeinschaft bzw. des jeweiligen politischen Gemeinwesens. Vgl. dazu *Habermas* (Fn. 51), S. 139.

64 Vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 279 f.

65 Zu den Besonderheiten des verständigungsorientierten Handelns gegenüber anderen Handlungsformen *Habermas* (Fn. 50), Bd. 1, S. 114 ff.

66 Siehe dazu auch *Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas, 2007, S. 144 f.

67 *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 323 ff.

68 Vgl. dazu *Habermas* (Fn. 58), S. 344 f. *Habermas* identifiziert offenbar die Notwendigkeit der Orientierung an der einzig richtigen Entscheidung (im nicht-ontologischen Sinne) mit der Unmöglichkeit, aus dem moralischen (oder juristischen) Sprachspiel auszusteigen: „Die Fortsetzung kommunikativen Handelns mit diskursiven Mitteln gehört zur kommunikativen Lebensform, in der wir uns alternativlos vorfinden.“ (Zitat S. 345.) Dieses von *Habermas* häufig verwendete Alternativlosigkeits-Argument wird kritisiert und abgelehnt von *Gril*, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 68 ff.

69 Der Einwand, dass es keine Garantie gebe, dass ein idealer Diskurs tatsächlich zum Konsens führt (und somit auch die Diskurstheorie die „Existenz“ der einzig richtigen Entscheidung nicht nachweisen könne), geht fehl. In *Habermas'* Theorie bedarf die Möglichkeit des finalen Konsenses keiner besonderen Begründung, weil sie in dieser Theorie vorausgesetzt wird. Der ideale Diskurs führt seinem Anspruch nach zum Konsens – nach der „Möglichkeit“ des Konsenses zu fragen ergibt so wenig Sinn wie

50 V. a. in *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981 (2 Bände).

51 In *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992.

52 *Habermas* (Fn. 51), S. 248 ff.

53 *Habermas* (Fn. 51), S. 261.

54 *Habermas* (Fn. 51), S. 272 ff.

55 *Habermas* (Fn. 51), S. 272. *Habermas* sieht den Übergang zu einer diskursiven Theorievariante offenbar schon in *Dworkins* Theorie angelegt; er nimmt Bezug auf den – allerdings erst in „Law's Empire“ voll entwickelten – Gesichtspunkt der Integrität, der nach seiner Ansicht eigentlich „Herkules aus der Einsamkeit einer monologisch vorgenommenen Theoriekonstruktion befreien“ müsste (S. 273).

56 *Habermas* (Fn. 51), S. 274.

57 *Habermas* (Fn. 51), S. 277.

58 *Habermas* (Fn. 51), S. 277; zum Unterschied zwischen Richtigkeit und Wahrheit siehe auch *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 299 ff. (zum Unterschied zwischen einem ontologischen und einem nicht-ontologischen Verständnis der „einzig richtigen Antwort“ S. 335 ff.).

59 *Habermas* (Fn. 51), S. 277.

60 Allgemein zu den Korrespondenztheorien der Wahrheit und der Problematik ihrer Anwendung auf das Recht *Poscher* ARSP 89 (2003), 200

auf. Ein Problem ergibt sich daraus, dass die Diskurstheorie ursprünglich auf moralische Fragen bezogen war und daher auf größtmögliche Offenheit für Argumente angelegt ist; sie zielt auf das unter Berücksichtigung aller erdenklichen Aspekte richtige Ergebnis. Eine solche offene Theorie lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Entscheidung juristischer Fälle übertragen, denn hier ist die Menge zulässiger Argumente durch Rechtsakte, insbesondere durch anzuwendende Gesetze, eingeschränkt. Der Ausdruck „richtig“ hat bei der Entscheidung von Rechtsfällen eine andere Bedeutung als bei der Klärung moralischer Fragen. So kann die Anwendung eines im moralischen Sinne „unrichtigen“ Gesetzes im juristischen Sinn eine richtige Entscheidung darstellen.<sup>70</sup>

*Habermas* versucht, dieses Problem im Anschluss an *Klaus Günther*<sup>71</sup> durch die Unterscheidung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs zu lösen.<sup>72</sup> Der Begründungsdiskurs zielt dabei auf die legitimierende Begründung einer Norm, während der Anwendungsdiskurs die richtige Anwendung der als gültig vorausgesetzten Norm zum Gegenstand hat. Abgesehen davon, dass diese Theorie sich etwas schwer damit tut, eine diskurstheoretische Begründung dafür zu geben, warum es im Anwendungsdiskurs richtig sein soll, ein „unrichtiges“ Gesetz als gültig vorauszusetzen,<sup>73</sup> scheint das Konzept des Anwendungsdiskurses auf den ersten Blick ein geeignetes Mittel zu sein, um die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung begrifflich zu fassen: Man könnte sie definieren als diejenige Entscheidung eines Rechtsfalls, auf die sich die Angehörigen der betreffenden Rechtsgemeinschaft unter idealen Diskursbedingungen einigen würden, wenn sie in ihren Argumenten grundsätzlich die Gültigkeit erlassener Gesetze oder sonstiger Rechtsakte nicht in Frage stellen dürften. An die Stelle des Richters Herkules könnte also die Diskursgemeinschaft treten. Sie könnte sich die gleichen Fragen stellen wie Herkules, würde sie allerdings nicht in einsamer Reflexion, sondern im Diskurs beantworten.<sup>74</sup>

Die diskurstheoretische Variante der einzig richtigen Entscheidung hat allerdings einen anderen Mangel, der so gewichtig ist, dass er sich nicht durch bloße Korrekturen innerhalb der Diskurstheorie beseitigen lässt. Der Mangel zeigt sich in denjenigen „schwierigen“ Fällen, in denen Grundrechte betroffen sind. Eine wesentliche Funktion der Grundrechte besteht – in einer Kurzformel ausgedrückt – im Schutz der Minderheit (oder des Einzelnen) gegen die Mehrheit. Wird die einzig richtige Entscheidung in einem „schwierigen“ Fall mit Grundrechtsbetroffenheit als diejenige Entscheidung konstruiert, auf die sich alle Angehörigen der Rechtsgemeinschaft als Ergebnis eines idealen Diskurses einigen würden, dann hieße das, dass sich immer die – wenn auch durch den Diskurs geläuterte – Meinung der Mehrheit durchsetzen würde. Die Diskurstheorie enthält keine Vorkehrungen, die dafür sorgen könnten, dass die Läuterung der Mehrheitsmeinung durch den Diskurs in „schwierigen“ Grundrechtsfällen zu einem angemessenen Grundrechtsschutz führt. Das hat insbesondere beim Anwendungsdis-

kurs nachteilige Folgen, weil hier der Abstand zum Einzelfall nicht mehr gegeben ist, der im Begründungsdiskurs bei der Setzung allgemeiner Normen noch eine gewisse Unparteilichkeit erzeugt. Im Anwendungsdiskurs geht es um die Entscheidung eines konkreten Falles, und hier haben die Diskursteilnehmer in höherem Maße eigene Interessen, die dem Grundrechtsschutz der Streitparteien zuwiderlaufen könnten.

*Habermas* versucht zwar, dem Grundrechtsschutz in seiner Diskurstheorie des Rechts dadurch einen festen Platz einzuräumen, dass er die Menschenrechte für „gleichursprünglich“ mit der Volkssouveränität erklärt und die Legitimitätsanforderungen an demokratische Verfahren mit Hilfe abstrakter Kategorien von Rechten formuliert. Die Konkretisierung dieser abstrakten Rechte wird dann aber dem demokratischen Verfahren selbst anheim gestellt.<sup>75</sup> Daher sind lediglich Grundrechtsgehalte in äußerst abstrakter Form theoretisch abgesichert (z. B. das Recht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten). Dem Gesetzgeber im demokratischen Verfahren steht es frei, auf welche Weise er diese abstrakten Grundrechtsgehalte konkretisiert. Dieses auch mit der These von der „Gleichursprünglichkeit“ von Menschenrechten und Volkssouveränität nicht zu beseitigende Defizit an Grundrechtsschutz gegenüber dem Gesetzgeber<sup>76</sup> wird durch die Anwendung der Diskurstheorie auf die richterliche Entscheidung in den Bereich des Rechtsschutzes hinein verlängert und wegen der Nähe zum Einzelfall, wie gesehen, noch verstärkt: In „schwierigen“ Fällen wird bei der Anwendung von normierten Grundrechten deren Schutzwirkung durch die Orientierung der Gerichtsentscheidung an Konsensfähigkeit aufgeweicht.

Dieser Befund trifft nicht nur für die Diskurstheorie in der *Habermas*schen Ausprägung zu, sondern auch für andere Theorieansätze, die Objektivität dadurch herzustellen versuchen, dass sie nach dem Konsens oder dem intersubjektiv Konsensfähigen fragen. Die Grundidee von verfassungsrechtlich vor dem Zugriff der Mehrheit geschützten Rechten verträgt sich nicht mit solchen Konsensmodellen. Konstruktionen der einzig richtigen Entscheidung, die allein auf Konsens oder Konsensfähigkeit abstellen, vermögen die Funktion von Grundrechten nicht hinreichend abzubilden, weil in solchen Konstruktionen kein Platz für die inhaltliche Kontrolle von Entscheidungen anhand eines übergeordneten materiellen Richtigkeitsmaßstabs ist.

#### IV. Die einzig richtige Entscheidung im subjektiven Sinne

Beide Varianten der These der einzig richtigen Entscheidung im objektiven Sinne, nämlich die ontologische und die nicht-ontologische, haben sich somit als nicht tragfähig erwiesen. Auf die Vorstellung der *objektiv* einzig richtigen Entscheidung sollte daher verzichtet werden. Nun liegt der Gedanke

nach der „Möglichkeit“ des idealen Diskurses zu fragen. Vgl. dazu auch *Lieber* (Fn. 66), S. 11.

<sup>70</sup> Das ist eine Konsequenz der sogenannten Trennungsthese, nach der es sich bei Recht und Moral grundsätzlich um zwei verschiedene Normensysteme handelt. Vgl. näher zur Trennungsthese *Hofmann* (Fn. 32), S. 6 ff., 25 ff.

<sup>71</sup> *K. Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988. Zum juristischen Anwendungsdiskurs bei *Günther* vgl. *Lieber* (Fn. 66), S. 290 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 285.

<sup>73</sup> Zu diesem Problem *Lieber* (Fn. 66), S. 290 ff.

<sup>74</sup> In diese Richtung gehen wohl auch die Überlegungen von *Günther* (Fn. 71), S. 345 ff.

<sup>75</sup> Zu diesem „System von Rechten“ *Habermas* (Fn. 51), S. 155 ff.

<sup>76</sup> Das Defizit an Grundrechtsschutz gegenüber dem Gesetzgeber in *Habermas*' Theorie zeigt sich vor allem darin, dass diese Theorie die hierarchische Überordnung der Verfassung über das einfache Gesetzesrecht nicht thematisiert; vgl. dazu *Lieber* (Fn. 66), S. 194. Zur Freiheitssicherung durch eine in einem besonderen Akt von der Mehrheit beschlossene Verfassung, an die der Gesetzgeber (also wiederum die Mehrheit, aber in anderer Funktion) fortan gebunden ist, und zu weiteren Spezifika der Verfassungslegitimität siehe auch *Herbst*, Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt, 2003, insb. S. 104 ff.



nahe, zu fragen, ob nicht als Alternative zu den „starken“ objektiven Argumentationsweisen eine Argumentation mit der einzig richtigen Entscheidung im *subjektiven* Sinne sinnvoll ist. Die Entscheidung muss nach diesem Verständnis nur aus der Perspektive des Richters, der sie fällt und begründet, also nur *für ihn*, die einzig richtige sein. Es fragt sich, wie weit diese im Vergleich zum objektiven Verständnis schwächere Argumentation trägt.<sup>77</sup>

Zunächst ist mit dieser Vorstellung eine aleatorische Rechtsfindung ausgeschlossen.<sup>78</sup> Es darf nämlich nicht der Fall eintreten, dass aus Sicht des Richters neben der getroffenen Entscheidung auch eine andere möglich gewesen wäre, für die Gründe von exakt gleichem Gewicht wie für die getroffene sprechen, so dass die Auswahl zwischen beiden möglichen Entscheidungen nicht begründbar ist und deswegen dem Zufall überlassen wird.<sup>79</sup> Außer in den Fällen, in denen das Recht ausdrücklich Zufallsentscheidungen (zum Beispiel durch Losverfahren) vorsieht, würde eine solche Vorgehensweise den Rationalitätsansprüchen des Rechts widersprechen und als illegitim erscheinen.<sup>80</sup> Die unterlegene Streitpartei müsste zur Kenntnis nehmen, dass rechtlich gesehen auch eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre, sie also ebensogut hätte obsiegen können, und wird eine solche Begründung ihrer Niederlage nicht akzeptieren.<sup>81</sup>

Der tiefere Grund, warum solche aleatorische Rechtsfindung als ungenügend erscheint, ist wohl darin zu sehen, dass durch ein solches Vorgehen die Entscheidung eines Rechtsfalles von Umständen abhängig gemacht wird, die für das Recht keine Bedeutung haben. Soweit das Recht für eine bestimmte Fallkonstellation keinen Münzwurf anordnet, ist das Fallen einer Münze auf die eine oder die andere Seite ein Sachverhalt, der für das Recht bedeutungslos ist. Ein Richter, der von diesem Sachverhalt die Entscheidung eines Falles abhängig macht, verlässt den Argumentationszusammenhang des Rechts – und zwar selbst dann, wenn er etwa aus der Motivation heraus handelt, Chancengleichheit herzustellen.

Diese Überlegung führt zu einer weiteren Konkretisierung der Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung im subjektiven Sinne: Ob eine Entscheidung die einzig richtige ist, darf sich für den Richter, der sie fällt, allein aus *rechtlichen* Gründen ergeben. Persönliche Vorlieben und politische Ziele scheiden als Gründe ebenso aus wie das Werfen einer Münze. Die damit vom Richter zu fordernde inhaltliche Begründung seiner Entscheidung muss sich also auf normative Maßstäbe beziehen, die letztlich auf Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers bzw. des Verfassungsgebers oder auf Gewohnheitsrecht zurückgehen (in Rechtsordnungen, in denen Präjudizienbindung besteht, ergeben sich normative Maßstäbe auch aus Präjudizien, soweit deren Bindungswirkung reicht). Bei „Lücken“ im Gesetz ist die Kunst des Richters gefragt, insbesondere mit Hilfe des Ver-

fassungsrechts und seiner Prinzipien (aber auch mit anderen rechtlichen Argumenten wie der Analogie, soweit sie zulässig ist) rechtliche Maßstäbe zur Entscheidung des Falles zu finden. Unter den Bedingungen von Justizgewähranspruch und Rechtsverweigerungsverbot<sup>82</sup> stellt die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung im subjektiven Sinne demnach an den Richter die Anforderung, in einem schwierigen Fall so lange nach rechtlichen Gründen für die eine oder die andere der zunächst möglich erscheinenden Entscheidungen zu suchen, bis aus seiner Sicht die besseren Gründe für eine der Entscheidungen sprechen. Es ist ihm verwehrt, unter Verweis auf eine „Pattsituation“ eine *rechtliche* Begründung für die Auswahl zwischen den Entscheidungen zu verweigern. Die Begründung darf die getroffene Entscheidung nicht als rechtlich vollkommen gleichwertig mit einer anderen Entscheidung ausweisen. In einer Rechtsordnung, die auf der praktisch immer auch einschlägigen verfassungsrechtlichen Ebene eine Anzahl allgemeiner Grundsätze und Prinzipien umfasst (wie das beim Grundgesetz der Fall ist), sollte ein Richter auf der Suche nach einem (weiteren) rechtlichen Maßstab dabei ohne allzu große Anstrengung fündig werden.

Damit sind einige denkbare Argumentationsformen ausgeschlossen. So ist ein bloßer Verweis auf die Entscheidungsfolgen ohne Begründung, warum die Entscheidungsfolgen rechtlich relevant sind,<sup>83</sup> selbst noch keine rechtliche Begründung und kann ein Begründungspatt daher nicht auflösen.<sup>84</sup> Auch moralische oder sittliche Argumente sind für sich genommen noch keine Rechtsargumente und können nur dann ein Begründungspatt auflösen, wenn sie rechtliche Relevanz haben, sich also in Rechtsnormen widerspiegeln. Ebenso ausgeschlossen ist der bloße Verweis auf die richterliche Entscheidungsautorität.<sup>85</sup>

**82** Dazu und zur historischen Bedeutung des Rechtsverweigerungsverbots für die Entwicklung des Rechts *Hofmann*, *Das Recht des Rechts*, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 14 f.

**83** Begründungen für die rechtliche Relevanz von Entscheidungsfolgen sind freilich in vielfältiger Form möglich; vgl. dazu die Auflistung von 23 in der Rechtsprechung verwendeten Begründungsarten bei *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 252 ff. (wobei nicht alle 23 Begründungsarten als *rechtliche* Argumente überzeugen). Zur theoretischen Einordnung der Folgenargumentation vgl. *Alexy* (Fn. 21), S. 245 ff.

**84** Zum notwendigen Normbezug einer Argumentation mit Entscheidungsfolgen vgl. *Grimm*, in: *Teubner* (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, 1995, S. 139 (145).

**85** Das hält aber offenbar *Bäcker* in dem „unvermeidlichen, letztlich willkürlichen Bereich im richterlichen wie im juristischen Urteilen überhaupt“ für ausreichend: *Bäcker*, *Begründen und entscheiden*. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, 2008, S. 304 ff. (Zitat S. 308); siehe auch *ders.*, in: *Bäcker/Baufeld* (Hrsg.), *Objektivität und Flexibilität im Recht*, 2005, S. 96 (109 f. mit Fn. 76). Diese Sichtweise ist im Kontext von *Bäckers* Fokus auf das juristische Urteilen als *tatsächlichen* Diskurs zu sehen (vgl. dazu *ders.*, *Begründen und entscheiden*, a.a.O., S. 143 ff.), mit dessen Hilfe in der Tat nicht immer ein Ergebnis erzielt werden kann; nach *Bäcker* muss in solchen Fällen „außerdiskursiv“ entschieden werden. Dazu ist anzumerken, dass auch „außerdiskursiv“ gefundene Entscheidungen einer *rechtlichen* Begründung bedürfen und sich nicht damit begnügen dürfen, auf die Befugnis des Richters zur Dezision zu verweisen. Das wird deutlich etwa bei Entscheidungen des *BVerfG*, die zusammen mit einem Minderheitsvotum veröffentlicht werden: Obwohl hier der richterliche Diskurs keine inhaltliche Übereinstimmung zustande brachte, wird das auf einem „außerdiskursiven“ *Abstimmungsvorgang* beruhende Mehrheitsvotum rechtlich begründet – ebenso wie das Minderheitsvotum. Nicht ausreichend wäre es, unter Verweis auf die Unmöglichkeit einer inhaltlichen Einigung auf eine Begründung ganz zu verzichten. Akzeptabel ist die aus Sicht der *Senatsmehrheit* subjektiv einzig richtige und entsprechend begründete Entscheidung, nicht aber die resignierte Feststellung, die gefundene Entscheidung nicht rechtlich begründen zu können. – In der zweiten Auflage von „Begründen und entscheiden“ (im Druck) geht *Bäcker* ausführlicher auf die Fälle „echter Vertretbarkeit“ ein (S. 332 ff.) und verweist darauf, dass auch dann, wenn zwischen vertretbaren Alternativen

**77** Vgl. dazu auch *Neumann* (Fn. 3), S. 39 ff. *Neumann* betrachtet die einzig richtige Entscheidung als „regulative Idee“ in einem subjektiven Sinne.

**78** Vgl. dazu *Osterkamp* (Fn. 21), S. 70 f.

**79** Zur Problematik vgl. auch *v. Arnould*, in: *ders.* (Hrsg.), *Recht und Spielregeln*, 2003, S. 171 (179 ff.).

**80** Dazu näher *Depenheuer* JZ 1993, 171. Illustrativ ist auch die Figur des Richters *Zäumegans* bei *Rabelais*, dessen durch Würfeln getroffene Entscheidung nur deswegen von den Streitparteien (und vom höchsten Gerichtshof) akzeptiert werden, weil der Richter seine „Methode“ der Entscheidungsfindung nicht offenlegt; näher dazu *Schild*, in: *Festschrift für Winfried Platzgummer*, 1995, S. 201.

**81** Vgl. den Hinweis von *Neumann* (Fn. 3), S. 40 f., auf die Notwendigkeit, sich am Ziel der einzig richtigen Entscheidung zu orientieren, um die Anforderungen zu erfüllen, die an die Begründung einer Gerichtsentscheidung zu stellen sind.

Allerdings gibt die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung im subjektiven Sinne für sich genommen keine Antwort auf die Frage, wie die gegebenenfalls notwendigen zusätzlichen rechtlichen Gründe für die eine oder die andere Entscheidung gefunden werden können. Es ist die Aufgabe des Richters, sich hierfür der im jeweiligen Rechtssystem zur Verfügung stehenden Methoden zu bedienen und ein vermeintliches Begründungspatt durch Heranziehen (weiterer) ausschließlich rechtlicher Gründe aufzulösen.

außerdiskursiv entschieden wird, es sich um eine begründete Entscheidung handelt, weil jede dieser Alternativen für sich jeweils begründbar sei. Das scheint die Bedeutung des außerdiskursiven Entscheidens gegenüber *Bäckers* ursprünglicher Konzeption zu verringern (oder die Bedeutung des diskursiven Entscheidens zu vergrößern); jedenfalls liegt seine Position nun wohl nicht mehr so weit von der hier vertretenen entfernt wie in der ersten Auflage.

## V. Was bleibt?

Die beiden objektiven Varianten der These der einzig richtigen Entscheidung sind, wie gezeigt, aus verschiedenen Gründen diskreditiert: Die ontologisch-objektive Variante *Dworkins* ist als nicht beweisbare Existenzbehauptung nicht haltbar (und bringt außerdem für die Argumentation *Dworkins* keinen Ertrag); die nichtontologisch-objektive Variante in Gestalt von *Habermas'* Diskurstheorie kommt zwar ohne die problematische Existenzbehauptung aus, versagt aber bei der Abbildung der Funktion der Grundrechte.

Die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung im subjektiven Sinne wirft dagegen keine solchen Probleme auf. Sie lässt sich unter den Bedingungen von Justizgewähranspruch und Rechtsverweigerungsverbot auf die in jedem Rechtssystem zu erhebende Forderung an den Richter zurückführen, in jedem zulässigerweise an ihn herangetragenen Rechtsstreit eine Entscheidung zu fällen und diese ausschließlich rechtlich zu begründen.

## Glückwunsch

### Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag

Am 13. September 2012 feierte *Peter Hommelhoff*, einer der Großen des deutschen Gesellschaftsrechts und ehemaliger Rektor der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, seinen 70. Geburtstag. Der noch heute unschwer als geborener Hamburger erkennbare Jubilar legte das Abitur an der Gelehrtenschule des Johanneums ab und studierte, nach dem Wehrdienst bei der Bundesmarine, Rechtswissenschaften in Berlin, Tübingen und Freiburg. Erste Berufserfahrungen als Jurist sammelte er als Rechtsanwalt in einer Freiburger Kanzlei und als Syndicusanwalt in Hannover. In dieser Zeit entstand seine von *Fritz Rittner* betreute Dissertation „Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf“. An der Ruhr-Universität Bochum begegnete *Hommelhoff* seinem akademischen Lehrer *Marcus Lutter*, der ihn als persönliches und fachliches Vorbild nachhaltig beeindruckt und geprägt hat. Die Habilitationsschrift aus dem Jahre 1981 über „Die Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts“ legt davon ein erstes Zeugnis ab. Noch im selben Jahr wurde *Hommelhoff* als Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an die Universität Bielefeld berufen. 1990 folgte er dem Ruf auf ein Ordinariat für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Dort wurde *Hommelhoff* im Jahr 2001 zum Rektor gewählt – er führte die ehrwürdige Ruperto Carola erfolgreich in die erste Runde der Exzellenzinitiative. Zum Ende seiner Amtszeit als Rektor ist er im Herbst 2007 emeritiert worden.

Das wissenschaftliche Werk des Jubilars hat seinen Schwerpunkt im Gesellschafts- und Unternehmensrecht. Der „Lutter/Hommelhoff“ ist als eine der führenden Kommentierungen des GmbH-Gesetzes jedem Fachmann ein Begriff. Neben vielem anderen ist zudem seine langjährige Tätigkeit als Mitherausgeber der angesehenen Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) und sein Wirken als Geschäftsführender Vorstand der Zivilrechtslehrer-

vereinigung hervorzuheben. Im Dialog mit der Betriebswirtschaftslehre hat er sich überdies im Recht der Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung einen Namen gemacht. Bei alledem geht es ihm immer auch um die europäische Dimension des Rechts. Die *Societas Privata Europaea* (SPE), die derzeit als europäisches Pendant zur GmbH diskutiert wird, hat er mit seinem unermüdlichen Einsatz in der deutschen Rechtswissenschaft und -politik überhaupt erst salonfähig gemacht. Dass die mittelständische Wirtschaft geschlossen hinter diesem Vorschlag steht, zeigt das hervorragende Gespür des Jubilars für die praktischen Bedürfnisse, auf welche die Rechtswissenschaft heute Antworten geben muss.

Dabei gehen Wissenschaft und Lehre in der Person *Peter Hommelhoffs* eine fruchtbare Symbiose ein. Seine lebendige und prägnante Vortragsweise bleibt jedem Vorlesungsteilnehmer im Gedächtnis, seine Seminare sind geprägt von intensiver Diskussion auf Augenhöhe. So manche herausragende Seminararbeit entwickelte sich dank seiner Förderung zum anspruchsvollen Fachaufsatz. Die Juristenausbildungsreform hat er als Mitglied der Hochschulrektorenkonferenz entschieden vorangetrieben, um den Fakultäten mehr Freiraum für die wissenschaftliche Vertiefung in Schwerpunktbereichen zu verschaffen. An der Heidelberger Juristenfakultät hob er zur stärkeren Verzahnung von Wissenschaft, Lehre und Praxis gemeinsam mit dem Staatsrechtler *Görg Haverkate* und dem Rechtsanwalt *Gerald Rittershaus* die „Anwaltsorientierte Juristenausbildung“ aus der Taufe. All diese Anstöße wirken bis heute fort.

Das fachliche und hochschulpolitische Wirken *Hommelhoffs* ist stets von tief empfundener staatsbürgerlicher Verantwortung geprägt. Als die geschichtliche Stunde die Einheit und Freiheit Deutschlands zuließ, war ihm dies die größte Freude. Rasch erkannte er: Die Bewältigung der Teilungsfolgen würde auch eine wichtige rechtliche Dimension haben. Ohne zu zögern wandte er sich Themenkreisen zu, die andere erschauern ließen: Treuhandanstaltskonzernrecht, Altkredite-Überleitung, Sachenrechtsbereinigung, LPG-Umwandlungen. Auf all diesen Gebieten leistete er seinen Beitrag zur Schaffung von Rechtsfrieden. Ebenso wichtig war ihm die