

Otfried Höffe
Moral und Recht

Eine philosophische Perspektive

Zu den Grundproblemen der ethisch-politischen Diskussion gehört die Frage, ob sich das Recht sinnvollerweise ohne jeden Bezug auf überpositive Rechtsgrundsätze, näherhin: auf Moral, definieren läßt oder nicht. Seit den Anfängen abendländischen Rechtsdenkens gibt es dazu zwei konkurrierende Grundpositionen, den Rechtspositivismus sowie das Natur- und Vernunftrechtsdenken. Nun gibt es einige gute Gründe, die jeweils für die eine und gegen die andere Partei sprechen. Diese Gleichzeitigkeit von Begründbarkeit und Kritikwürdigkeit beider Positionen gründet in einer häufig übersehenen oder doch vernachlässigten Mehrdeutigkeit der zur Diskussion stehenden Begriffe. Vor allem beim Begriff der *Moral* müssen wir mindestens *drei Bedeutungen* unterscheiden, die ebenso viele Bedeutungsfelder von „Moral und Recht“ definieren:

Erstens meint „Moral“ den Inbegriff der in einer Gruppe tatsächlich existierenden Verbindlichkeiten, und zwar jener Verbindlichkeiten, die sich in ihrer Gültigkeit und Beachtung nicht öffentlichen Gewalten verdanken. Das Verhältnis dieses deskriptiven Begriffs zum Recht soll nur einige Hinweise erhalten. – *Zweitens* ist die Moral der Inbegriff aller praktischen Grundsätze, die sich dem Anspruch an die menschliche Praxis verdanken, schlechthin gut zu sein. Unter Voraussetzung dieser normativen Bedeutung ist das Stichwort „Moral und Recht“ als die Frage zu lesen, ob es auch für den Bereich des Rechts Prinzipien und Kriterien gibt, die schlechthin gut sind. – *Drittens* verstehen wir unter „Moral“ den Inbegriff aller Grundsätze, die die Qualität des schlechthin Guten verdienen, sich aber nicht auf den gesamten Bereich der menschlichen Praxis erstrecken, vielmehr nur auf den vom Recht zu unterscheidenden Bereich personaler Praxis. Unter dieser Perspektive gilt es zu untersuchen, wie sich die personale Moral zum Recht verhält.

Um die verschiedenen Bedeutungen auch sprachlich voneinander abzuheben, spreche ich beim ersten Begriff der Moral von „positiver“ oder „konventioneller Moral“, beim zweiten Begriff von „Sittlichkeit“ und „sittlich“, beim dritten Begriff von „Moralität“ und „moralisch“. Moralität ist also die Sittlichkeit, bezogen auf personale Praxis; während die Sittlichkeit, bezogen auf institutionelle, vor allem rechtlich-staatliche Praxis objektive oder politische Gerechtigkeit heißen soll (zu der Freiheit, auch Solidarität hinzugehören).

1. Konventionelle Moral und Recht

In Übereinstimmung mit dem Rechtspositivismus kann man von einer begrifflichen Trennung zwischen konventioneller Moral und positivem Recht ausgehen. Das positive Recht stammt zum wesentlichen Teil aus formellen Akten staatlicher Gewalt; seine Auslegung und Durchsetzung geschieht ebenfalls mittels staatlicher Gewalt, die sich bei der Durchsetzung der Androhung, notfalls auch der Verhängung von Strafen bedient, die unmittelbar den Handlungsraum (Freiheitsstrafe) und/oder das Eigentum (Geldstrafe) betreffen. Die konventionelle Moral dagegen bedeutet eine geschichtlich gewachsene normative Lebenswelt (Brauch und Sitte). Ihre Übertretung zieht zwar auch Sanktionen nach sich, diese bestehen aber im Tadeln, im Vermeiden sozialer Beziehungen, in der sozialen Ächtung usw.

Trotz dieser – hier noch vorläufigen – Unterscheidung liegt aber keine reine Dissoziation vor. Für eine wechselseitige Beziehung spricht nicht bloß das Gewohnheitsrecht, das teilweise aus der konventionellen Moral entsteht, gleichwohl Rechtscharakter hat. Insbesondere tauchen Begriffe konventioneller Moral direkt in Rechtstexten auf, so die Generalklauseln „Treu und Glauben“, „Arglist“, „gute Sitten“ bzw. „Sittenwidrigkeit“. Daraus folgt, daß man gerade dann, wenn man die Rechtsordnung ausschließlich als eine empirische Gegebenheit versteht, es ernst nehmen muß, daß es im positiven Recht seit dem römischen Recht Begriffe konventioneller Moral gibt, und zwar um es möglich zu machen, „auf die Billigkeitsaspekte des Einzelfalles einzugehen“ (Deutsch, 277).

2. Sittlichkeit und Recht

2.1. *Begriff und Kriterium der Sittlichkeit*

Unter Handeln in einem emphatischen Sinn verstehen wir nicht jedes Verhalten des Menschen, sondern allein ein Tun oder Lassen, das wissentlich-willentlich geschieht, für das der Mensch daher Verantwortung trägt und zur Rechenschaft gezogen werden kann. Für ein Handeln Rechenschaft zu geben bedeutet aber, dafür gegebenenfalls Rede und Antwort zu stehen: das heißt Gründe anzugeben, durch die das Tun oder Lassen als gelungen (gut), oder aber als mißlungen (schlecht, falsch oder böse) erscheint.

Nun kann sich die Frage nach dem Gutsein auf verschiedene Aspekte richten. Sie bezieht sich *erstens* auf die sachliche Angemessenheit gegenüber beliebigen, aber jeweils vorausgesetzten Absichten. In diesen Fällen technischen oder strategischen Gutseins geht es um begrenzte oder bedingte Verbindlichkeiten. Die Frage kann sich aber auch auf die Dimension der Absichten selbst richten, zunächst und *zweitens* auf die Angemessenheit konkreter Absichten gegenüber

einer Absicht zweiter Ordnung, dem Interesse jedes Menschen am eigenen Wohlergehen, oder auf die Angemessenheit gegenüber der geltenden Moral bzw. dem geltenden Recht. Auch hier handelt es sich noch um begrenzte und bedingte Verbindlichkeiten, da das Tun oder Lassen nur unter Voraussetzung von etwas anderem als gut gilt. Davon unterscheidet sich *drittens* die sittliche Verbindlichkeit durch die Aufhebung des Begrenzten und Bedingten: Die Sittlichkeit ist das in keiner Weise relativ, sondern schlechthin oder absolut Gute; sie ist das, was nicht erst im Hinblick auf etwas anderes, sondern als solches und durch sich selbst gut ist.

Da es willkürlich, vor allem sinnlos wäre, zwar die Frage nach dem Gutsein aufzuwerfen, sie aber grundsätzlich auf begrenzte Aspekte einzuschränken, bezeichnet die Sittlichkeit den unabweisbaren Anspruch, das in den Begriffen von Verantwortung und humanem Leben enthaltene Moment des Guten sowie der Begründung zu Ende zu denken. In diesem Sinn ist die Sittlichkeit ein dem menschlichen Handeln als solchem immanenter Anspruch und zugleich die gemeinsame Wurzel von Recht und Moral.

Die Bestimmung der Sittlichkeit als des schlechthin Guten ergibt sich aus meta-ethischen, nicht aus normativ-ethischen Überlegungen. Allerdings haben diese Überlegungen auch normativ-ethische Konsequenzen: Das schlechthin Gute steht im Gegensatz zum relativen Gutsein, das von subjektiven (Bedürfnissen und Interessen) oder sozialen Gegebenheiten (Sitten und Gesetzen) abhängt. Während die Konfiguration der Bedürfnisse und Interessen bei jedem Menschen je anders ist, auch Gesetze und Sitten von der einen Gesellschaft zur anderen variieren, ist das Sittliche als solches von allen partikularen Bedingungen unabhängig. Das bedeutet – positiv gewendet –, daß zur Sittlichkeit als ein notwendiges, wenn auch vielleicht nicht zureichendes Kriterium die Verallgemeinerbarkeit (Universalisierbarkeit) der Praxis gehört.

2.2. Zwei Grundformen: personale und institutionelle Praxis (Recht und Staat)

An der menschlichen Praxis läßt sich eine personale (subjektive) und eine institutionelle (objektive) Seite unterscheiden. Zur ersten gehören all die Aspekte, die einem einzelnen als einzelner zugerechnet werden können, also die Überlegungen und Entscheidungen des Handelnden, seine Motive und Absichten, seine Einstellungen, letztlich sein Charakter und seine Lebensstrategie. So wichtig aber die personale Seite ist, so wenig darf man das Handeln auf sie verkürzen. Persönliche Entscheidungen stehen immer auch unter geschichtlich-gesellschaftlichen Bedingungen, die zwar dem einzelnen entzogen, insofern überpersönlich sind, die gleichwohl nicht von den Menschen gänzlich unabhängig sind. Zu diesen Bedingungen gehören insbesondere die Institutionen, durch die der Rahmen des sozial zulässigen Verhaltens der Individuen definiert, zugleich das davon abweichende Verhalten sanktioniert wird. Aufgrund ihrer Mängelhaft-

tigkeit, Instinktentbundenheit und ihres unspezialisierten Antriebsüberschusses, verbunden mit Weltoffenheit und Intelligenz, sind die Menschen schon zum Überleben, dann zum angenehmen, zum guten und gerechten Leben auf solche Institutionen angewiesen.

Beide Aspekte menschlichen Handelns stehen in Wechselwirkung. Einerseits wird der Mensch nur in Institutionen handlungsfähig; andererseits erhalten soziale Beziehungsformen erst dann die Dauerhaftigkeit von Institutionen, wenn sie in die Persönlichkeitsstruktur der betroffenen Individuen eingegangen sind. So sind die Institutionen ebenso Voraussetzung wie Gegenstand menschlicher Überlegungen und Entscheidungen.

2.3. *Die sittliche Idee von Recht und Staat: politische Gerechtigkeit*

Die im Begriff der Sittlichkeit radikal zu Ende geführte Frage nach dem Guten gilt nicht bloß für die subjektive, sondern ebenso für die institutionelle Seite menschlichen Handelns. Denn auch an sie, insbesondere an Recht und Staat läßt sich die Frage stellen, ob das Gegebene auch schlechthin gut ist. Auch gegenüber Recht und Staat ist der Anspruch auf sittliche Richtigkeit zu reklamieren, gleich wie dieser Anspruch noch des Näheren zu bestimmen ist.

Die Begründung dieser sittlichen Idee von Recht und Staat, der politischen Gerechtigkeit, stützt sich auf den allgemeinen Begriff von Sittlichkeit, nicht auf den besonderen Begriff personaler Sittlichkeit. Vielmehr sind die personale (Moralität) und die institutionelle Sittlichkeit (politische Gerechtigkeit) deutlich voneinander zu unterscheiden, womit ebenso eine Subjektivierung und Privatisierung von Sittlichkeit wie eine Moralisierung des Rechts und des Staats kritisiert werden.

Die erste Kritik betrifft vor allem den *Rechtspositivismus*, nach dem jeder beliebige Inhalt Recht sein darf (Kelsen, 153 f.). Gewiß läßt sich das positive Recht in erster Annäherung als Inbegriff jener Normen definieren, hinter denen – im Unterschied zur konventionellen Moral – eine öffentliche Zwangsgewalt steht. Insoweit ist die entsprechende Trennungsthese des Rechtspositivismus anzuerkennen. Aus dieser begrifflichen Trennung folgt aber keineswegs die Trennung von Recht und politischer Gerechtigkeit sowie die Befugnis der öffentlichen Zwangsgewalt, beliebige Normen zu erlassen. Im Gegenteil: In Anerkennung der letztlich sittlichen Orientierung positiven Rechts enthalten die Verfassungen moderner Gemeinwesen nicht bloß höchste Verfahrensvorschriften für die Entstehung und Veränderung positiver Gesetze, sondern auch und primär substantielle Leitprinzipien wie den Schutz der Menschenrechte als Grundrechte sowie das Rechts-, das Demokratie- und das Sozialstaatsgebot.

2.4. *Ein Kriterium politischer Gerechtigkeit*

Es ist die Aufgabe des Rechts, die Grundstruktur menschlichen Zusammenlebens zu bestimmen, und zwar sowohl Situationen der gegenseitigen Angewiesenheit als auch solche des Konflikts; es ist die Aufgabe der Gerechtigkeit, diese Grundstruktur so zu bestimmen, daß sie dem Kriterium der Sittlichkeit genügt. Nun hatte sich als Merkmal des Sittlichen die Universalisierbarkeit ergeben. Die Verbindung dieses Merkmals mit der Rechtsaufgabe, die Struktur des Zusammenlebens zu gestalten, ergibt ein grundlegendes Kriterium politischer Gerechtigkeit, nämlich das Prinzip wechselseitiger Einschränkung und Sicherung der Handlungsfreiheit (unter Berücksichtigung der gegenseitigen Angewiesenheit der Menschen) nach Maßgabe allgemeiner und somit für alle Personen und Situationen streng gleicher Grundsätze. Zugleich begründet dieser normativ-kritische Maßstab objektiven Rechts auch ein höchstes subjektives Recht, nämlich den Anspruch jedes frei handelnden Wesens gegenüber jedem anderen, mit ihm in einer Beziehung gemäß dem objektiven Rechtsprinzip zu leben.

2.5. *Zur normativ-kritischen Bedeutung des Gerechtigkeitsprinzips*

Philosophische Überlegungen zum Begriff und zur Begründung von Recht zeigen *erstens*, unter welchen Bedingungen es überhaupt Recht braucht und daß diese Bedingungen – gegenseitige Angewiesenheit und stete Konfliktgefahr – im Gegensatz zur Utopie der Herrschaftsfreiheit für die Menschen grundsätzlich gegeben sind. Die Frage, ob es überhaupt Recht zwischen den Menschen braucht, stellt sich übrigens auch dann, wenn man das Recht bloß rechtspositivistisch als Inbegriff der Gesetze definiert, die aus dem Willen eines staatlichen Gesetzgebers hervorgegangen sind. Denn auch wenn alle Gesetze bloß positive Gesetze sind, erhebt sich die Frage, worauf die Autorität des Gesetzgebers beruht, jemanden auf gewisse Gebote und Verbote zu verpflichten. Es ist nun der sittliche Begriff von Recht, der den prinzipiellen Sinn und Zweck einer Rechtsordnung klärt: Indem das Recht nicht bloß als Einschränkung, sondern gleichzeitig als Ermöglichung von Handlungsfreiheit erkannt wird, wird es als sinnvoll begriffen. Eine entsprechende Rechtsordnung ist nicht bloß die nackte Gewalt einer überlegenen staatlichen Macht, sondern auch die Bedingung der Möglichkeit von Freiheit einer Mehrzahl bedürftiger Freiheitswesen.

Zweitens begründet der sittliche Begriff von Recht im Unterschied zum Ahnherrn des neuzeitlichen Rechtspositivismus, Thomas Hobbes, nicht staatliche Rechtsordnung überhaupt und schon gar nicht einen absolutistischen Staat. Vielmehr hat er, zugleich im Gegensatz zum Relativismus des Rechtspositivismus (Kelsen, 153 f.), die Bedeutung eines höchsten Kriteriums für sittlich richtiges Recht.

Drittens läßt sich das allgemeine Rechtskriterium in eine Mehrzahl allgemein gültiger Bedingungen menschlichen Zusammenlebens spezifizieren, die als allge-

mein gültige Bedingungen dem Menschen vor und unabhängig von jeder individuellen oder öffentlichen Handlung zukommen. Mit anderen Worten: Es handelt sich um *Menschenrechte*, um unveräußerliche und unverletzliche Rechte jedes Menschen als Menschen. Das Prinzip dieser ursprünglichen Rechte ist nichts anderes als der sittliche Begriff objektiven Rechts, nur formuliert als ein subjektives Recht, das jedem Mitglied einer staatlichen Rechtsordnung zukommt. Danach hat jeder Mensch ein Recht auf jenes Höchstmaß an Handlungsfreiheit, das zugleich mit der Handlungsfreiheit jedes anderen nach allgemeinen Grundsätzen vereinbar ist. Dieses *eine* Menschenrecht läßt sich gemäß den verschiedenen Grundaspekten der Handlungsfreiheit im politisch-sozialen Zusammenhang in eine Vielzahl von spezifischen Menschenrechten auffächern, was etwa zu den persönlichen Freiheitsrechten (freiheitlicher Rechtsstaat), den politischen Mitwirkungsrechten (Demokratie), dann auch den sozialen und kulturellen Grundrechten (Sozialstaat) führt.

Viertens fordert der sittliche Begriff von Recht die tatsächliche Realisierung der Menschenrechte in der politisch-sozialen Welt; er fordert ihre Positivierung in der Form von *Grundrechten*. Dort, wo deren Gewährleistung vorherrscht, muß eine Rechtsordnung als im Prinzip gerecht anerkannt, dort, wo die Verweigerung vorherrscht, muß sie als ungerecht verworfen werden. Das trifft auch für eine kirchliche Rechtsordnung zu. Sie ist erst dann sittlich legitim, wenn sie die Menschenrechte (Grundrechte) tatsächlich zum Maßstab ihrer politisch-rechtlichen Verfassung gemacht hat; dies gilt um so mehr, als sich die Kirche als „speculum iustitiae“ versteht.

Fünftens ist es eine Grundaufgabe jeder Rechtsordnung, daß die Ansprüche menschenrechtlicher Würde nicht bloß in der Dimension bloßen Wunschs verbleiben, sondern tatsächlich jedem gesichert werden. Daher müssen sie vor möglichen Übergriffen geschützt und notfalls gegen den erklärten Willen einzelner Menschen, Gruppen oder Staatsorgane mit Zwang durchgesetzt werden können, so daß das Recht gerade auch in seinem sittlichen Begriff mit der Befugnis zu zwingen verbunden ist. Ein wesentliches Element dieses Zwangsaspekts jeder Rechtsordnung ist die Institution der (*staatlichen*) *Kriminalstrafe*, nach der Tötungsdelikte, Vergewaltigungen, Eigentumsverletzungen usw. durch die Androhung von Strafen möglichst verhindert und dort, wo sie trotzdem vorkommen, wirklich bestraft werden. Deshalb handelt es sich bei der Kriminalstrafe um eine sittlich grundsätzlich legitime Rechtsinstitution – insofern und insoweit sie dem Schutz gleicher Freiheit aller Mitglieder der Rechtsordnung dient.

3. Moralität und Recht

3.1. Zum Begriff und Kriterium der Moralität

In ihrer dritten Bedeutung meint „Moral“ die Sittlichkeit einer Person, die Moralität im Unterschied zur Sittlichkeit von Recht und Staat, der politischen Gerechtigkeit. Da es um die Sittlichkeit einer Person geht, betrifft die Moralität das, was einer Person überhaupt zugerechnet werden kann. Nun spielt sich das menschliche Tun und Lassen in einem Kräftefeld ab, das – soweit überhaupt – nicht durch das handelnde Subjekt allein konstituiert ist, von ihm nicht einmal voll überschaut wird. Weil sich die Moralität aber nur auf den Verantwortungsraum der Person bezieht, kann nicht das objektiv beobachtbare Handeln der direkte Maßstab für Moralität sein. Die personale Sittlichkeit läßt sich nicht an der Handlung als solcher, sondern erst am subjektiven Grund des Handelns, das heißt dem Willen, ausmachen. Da sich die Moralität auf den Willen bezieht, besteht das schlechthin Gute einer Person in ihrem guten Wollen. Von welchem Wollen darf man aber sagen, daß es gut ist? Als ein allgemeines Kriterium der Sittlichkeit hatte sich die Verallgemeinerbarkeit ergeben. Folglich besteht die personale Sittlichkeit in der Verallgemeinerbarkeit von Willensbestimmungen.

Da die Moralität im guten Wollen besteht, liegt sie nicht schon in der Übereinstimmung einer Handlung mit den sittlichen Pflichten. Moralität besteht nicht schon in einem pflichtmäßigen Handeln, das Kant legal genannt hat. Sie findet sich erst dort, wo die sittliche Pflicht selbst gewollt ist, das heißt dort, wo die Pflicht zugleich den Bestimmungsgrund des Handelns abgibt; Moralität qualifiziert ein Handeln aus Pflicht. Sie besteht zum Beispiel darin, daß man nicht bloß deshalb ehrlich oder hilfsbereit ist, weil man dann besser dasteht, sondern weil man die Ehrlichkeit und die Hilfsbereitschaft als solche will (vgl. nicht bloß Kant, sondern auch Thomas v. Aquin, S. Th. I–II q. 10 und 19).

Mit der Unterscheidung von Moralität und Legalität erschließt die Philosophie einen Aspekt im Problemfeld „Recht und Moral“, den die zeitgenössische philosophische Diskussion gar nicht kennt. Für Subjekte vom Typ bedürftiger Freiheitswesen gibt es nicht bloß zwei Gruppen von Verbindlichkeiten, nämlich rechtliche und moralische. Es gibt ebenso zwei Arten des Verhältnisses, das die Person zur moralischen Verbindlichkeit einnimmt: die Legalität und die Moralität. Von diesen beiden Verhältnissen stellt allein die Moralität das wirklich sittliche Verhältnis dar. Da die Moralität aber nicht in der bloßen Übereinstimmung mit dem moralisch Gebotenen und Verbotenen steht, folgt daraus, daß das Moralische nicht schon auf der Ebene beobachtbaren Verhaltens angesiedelt ist.

All jene Moraltheorien, die – wie die Wertethik, der Utilitarismus, das Erlanger Modell vernünftiger Konfliktbewältigung oder auch wie verhaltenstheoretische und soziologische Modelle (vgl. Bischof, Durkheim, Luhmann) – die

Moral bloß vom Inhalt der Praxis her definieren, nämlich in Begriffen von Pflichten, Normen, Werten oder von Verfahrensvorschriften zur Konfliktlösung, stellen daher nicht bloß eine möglicherweise unzureichende Moralphilosophie dar (unzureichend nämlich, insofern sie eine sittliche Verbindlichkeit nur gegenüber den Mitmenschen, nicht auch gegenüber dem Subjekt selbst kennen). Die genannten Moraltheorien enthalten streng genommen überhaupt keine Moralphilosophie, keine Philosophie der Moralität.

Um gegenüber dem Verhältnis von Moralität und Legalität ein Mißverständnis auszuräumen: Das moralische Handeln steht nicht in Konkurrenz zum legalen Handeln, bedeutet vielmehr dessen Verschärfung. Als Handeln aus Pflicht ist moralisches Handeln erstens ein Handeln gemäß der Pflicht, das zweitens eben diese Pflicht zum Bestimmungsgrund hat. Auch besteht die Moralität nicht in einer maßstablosen Innerlichkeit des guten Gewissens, vielmehr in einem Handeln gemäß verallgemeinerungsfähigen Willensgrundsätzen. Schließlich kann die Moralität durch fortgesetztes Einüben eines entsprechenden Wollens zu einer sittlichen Grundhaltung (Tugend) werden, zur festen Einstellung der emotionalen Fähigkeiten und Kräfte einer Person auf eine sittliche Lebensführung. Die Moralität ist also keinesfalls ein wirklichkeitsloses Sollen.

3.2. Kritik einer Moralisierung des Rechts

Aus der Unterscheidung von Moralität und politischer Gerechtigkeit folgt, daß die Gebote und Verbote personaler Sittlichkeit als solche nicht schon Bestandteil einer gerechten Rechtsordnung sind, ebenso wie umgekehrt die rechtliche Erlaubtheit keineswegs auf eine sittliche Erlaubtheit schließen läßt. Daher ist eine Aufhebung strafrechtlicher Bestimmungen nicht – wie es manche kirchenamtliche Verlautbarungen unterstellen – gleichbedeutend mit einer anpasserischen Permissivität oder gar einer Leugnung moralischer Werte. Diese Einsicht hat eine deutliche normativ-kritische Relevanz. Zwar kann man mit ihrer Hilfe nicht unmittelbar konkrete Rechtsbestimmungen kritisieren, wohl aber gewisse Argumentationstypen: Verfassungsbestimmungen, Gesetze oder Gerichtsurteile, die sich unmittelbar auf moralische Gebote oder Verbote berufen, sind in dieser Hinsicht zu verwerfen. (Das schließt nicht aus, daß gewisse moralische Güter zugleich auch Rechtsgüter sind.)

Sofern man es bloß moralisch, nicht auch rechtlich interpretiert, ist das Sittengesetz ebensowenig ein legitimer Grund für eine Rechtsbestimmung (gegen Art. 2,1 GG und verschiedene Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs der fünfziger Jahre) wie es sittliche Pflichten sind, die der Mensch gegenüber sich selbst hat oder die sich aus der Idee der eigenen sittlichen Vollkommenheit ergeben. Eine staatliche Rechtsordnung hat weder die Aufgabe noch die Befugnis, mit rechtlichen Mitteln die Bürger zur eigenen Vollkommenheit anzuhalten, und schon gar nicht die Befugnis, sich dabei strafrechtlicher Mittel zu bedienen. Im Gegensatz etwa

zur strafrechtlichen Verfolgung von Selbstmordversuchen in Großbritannien bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, ebenso andernorts, auch im Gegensatz zum Alkohol- oder Pornographieverbot für Erwachsene in islamischen Ländern, dem Verbot empfängnisverhütender Mittel im Spanien Francos oder dem Verbot „einfacher Homosexualität“ mögen die entsprechenden Handlungen als solche zwar sittlich verwerflich sein (etwa weil sie Pflichten gegenüber sich selbst verletzen), gleichwohl sind sie nicht eo ipso politisch ungerecht und insofern keine zulässigen Gegenstände strafrechtlicher Bestimmungen. Umgekehrt: Auch wenn sie strafrechtlich freigestellt werden, sind sie nicht deshalb schon moralisch erlaubt.

Die Kritik einer Moralisierung des Rechts gilt nicht nur gegenüber manchen Argumentationsformen konkreter oder prinzipieller Rechtsbestimmungen. Sie gilt gerade auch für die Begründung von Recht überhaupt. Eine Rechtsordnung als Zwangsordnung braucht es nur deshalb, weil die Menschen nicht reine Vernunft-(Moral-)Wesen sind. Da zur Moralität die Sittlichkeit des subjektiven Begehrungsvermögens (Autonomie des Willens) gehört, diese für die Begründung von Recht aber gerade nicht vorausgesetzt wird, ist jeder Rechtsmoralismus zu kritisieren, der das Recht nicht bloß allgemein sittlich, sondern spezifisch moralisch begründet. Überdies: Da die Moralität an die freie Zustimmung der Subjekte gebunden ist, kann sie durch keine auch noch so paternalistische Rechtsordnung besorgt werden. Wer ein Rechtssystem auf Moralität verpflichtet, kann zwar die Bürger tyrannisieren, doch das Ziel, die Moralität, ist ihm prinzipiell verwehrt.

Die Kritik an einer Moralisierung des Rechts wendet sich auch gegen die Versuche, Recht und Gerechtigkeit als „Grenzmoral“ oder als „Minimum an sittlichen Forderungen“ zu definieren. Eine erste Kritik kann sich schon gegen die Ausdrücke selbst richten. Denn die „Grenzmoral“ und das „Minimum an sittlichen Forderungen“ tendieren vom Begriff her gegen Null: Das Minimum an sittlichen Forderungen ist erst in der Abwesenheit solcher Forderungen, die Grenzmoral erst an der Grenze, das heißt im vollständigen Fehlen von Moral erreicht. Darüber hinaus gilt, daß dort, wo Recht und Gerechtigkeit in moralischen Begriffen statt in Rechtsbegriffen bestimmt werden, eine „Metabasis eis allo genos“ stattfindet.

3.3. Personale und politische Gerechtigkeit

Die Tatsache, daß Recht und Gerechtigkeit nicht Moralität und daß Moralität nicht Recht und Gerechtigkeit voraussetzen, begründet keine bloße Trennung beider Bereiche. Dazu nur eine Überlegungsreihe: Neben dem bisher verwendeten Begriff der politischen Gerechtigkeit gibt es noch einen, den der personalen Gerechtigkeit, womit eine persönliche Lebenshaltung im Verhältnis zu den Mitmenschen bezeichnet wird, die – im Unterschied zu Freundschaft und

Liebe – weder auf freier Zuneigung beruht noch beim Handeln über das hinausgeht, was man einem anderen schuldet. Die Gerechtigkeit als personale Tugend bedeutet nicht bloß, das Gerechte zu tun, sondern es aus einer bestimmten Gesinnung heraus, nämlich deshalb zu tun, weil es gerecht ist, und nicht etwa deshalb, weil man andernfalls bestraft oder sozial gemieden würde.

Diese personale Gerechtigkeit ist nun keineswegs folgenlos für die politische Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit als Tugend zeigt sich nämlich dort, wo man trotz größerer Macht und Intelligenz andere nicht zu übervorteilen sucht oder wo man sein Tun – als Gesetzgeber, Richter, Lehrer, Eltern, Mitbürger – auch dann an der Idee politischer Gerechtigkeit ausrichtet, wenn das tatsächlich geltende Recht hinter der politischen Gerechtigkeit zurückbleibt, wenn es Lücken und Ermessensspielräume läßt oder wenn die Durchsetzung der positiven Rechtsvorschriften höchst unwahrscheinlich ist. Überdies fällt die politische Gerechtigkeit nicht vom Himmel, muß vielmehr durch die Menschen selbst erkannt, anerkannt und – oft genug in langwierigen, verlustreichen und keineswegs von Rückschlägen freien Prozessen – tatsächlich realisiert werden. Es ist die personale Gerechtigkeit, die zwar keine zureichende, nicht einmal eine notwendige, wohl aber eine in entscheidender Hinsicht förderliche subjektive Voraussetzung dafür darstellt, daß die Menschen dann, wenn sie von der Ungerechtigkeit betroffen sind, aber auch dann, wenn sie von ihr „profitieren“, sich tatsächlich für die Entwicklung gerechter Rechtsordnungen einsetzen. Auch ist die personale Gerechtigkeit eine wichtige Schranke der Bürger gegen das Abgleiten einer politischen Gemeinschaft in eklatante Unrechtsverhältnisse.

Ferner schwindet ohne die subjektive Überzeugung von der Gerechtigkeit gewisser Gebote und Verbote die Wahrscheinlichkeit ihres öffentlich-rechtlichen Schutzes. Daher empfiehlt es sich für diejenigen, die zum Beispiel Homosexualität, Empfängnisverhütung, Schwangerschaftsabbruch, Konkubinat, Ehescheidung usw. für grundsätzlich sittlich verwerflich halten, nicht sosehr Appelle an die Parlamentarier zur Wahrung oder Wiederherstellung der „alten Legalität“ zu richten als eine entsprechende Gewissensbildung bei allen Bürgern zu fördern, so daß das Richtige aus freier Zustimmung seinen öffentlich-rechtlichen Schutz erhält, vor allem auch, daß aus freier Zustimmung das sittlich Gebotene getan und das Verbotene unterlassen wird. Im übrigen: Im Gegensatz zu einem Kultur- und Moralpessimismus, der gerade auch unter kirchlichen Amtsträgern verbreitet ist, kann man für unsere Zeit nicht einfach ein Schwinden des moralischen Bewußtseins, sondern weit eher seine Veränderung behaupten: Während manche Verbote immer weniger auf Anerkennung stoßen, entwickelt sich in anderen Bereichen (so zum Beispiel in Fragen wirtschaftlich-gesellschaftlich-politischer Mitbestimmung, in Fragen von Sozial- und Kulturrechten und des Umweltschutzes) ein neues oder verschärftes Moralbewußtsein.

Die personale Gerechtigkeit ist nicht nur für die Realisierung politischer Ge-

rechtigkeit von entscheidender Bedeutung. Die Beziehung gilt auch in der anderen Richtung. Der mit Intelligenz begabte, aber auch instinktentbundene und mit einem unspezialisierten Antriebsüberschuß versehene Mensch ist im gewissen Sinn zu allem fähig; denn er *kann* (fast) alles lernen. In gewissem Sinn ist er aber zu nichts fähig; denn er *muß* (fast) alles erst lernen. Wie lernt er aber sich zu orientieren, seine Antriebe zu kanalisieren; wie lernt er, die höheren, aber auch gefährdeteren Verhaltensweisen auszubilden; wie lernt er, weit gespannte, anspruchsvolle Ziele zu setzen und an ihnen festzuhalten; wie lernt er, trotz entgegenstehender egoistischer Tendenzen die Haltung personaler Gerechtigkeit auszubilden?

Für ein so umfassendes und tiefgehendes Lernen reichen gelegentliche Maßnahmen erzieherisch gemeinten Handelns nicht aus. Es braucht Institutionen. In ihrem Rahmen wird die vielseitig verwendbare psychische Energie des Menschen in stabile Bahnen gelenkt. Dadurch wird die Überfülle möglicher Handlungen auf relativ wenige Grundfiguren eingegrenzt, was den Menschen vor der Zersplitterung seiner psychischen Energie bewahrt. Allgemein leisten die Institutionen Wahrnehmungs- und Verhaltensorientierung, Entlastung von der dauernden Beanspruchung des Bewußtseins, vom Zwang zu immer neuen Entscheidungen sowie eine Stabilisierung der andernfalls chaotischen Fülle von Motivationen. Institutionen setzen Zeit- und Energiereserven frei für nicht so elementare „Bedürfnisse“. So wird der Mensch nur durch Institutionen frei zur Realisierung von Freiheitsfähigkeit, damit auch frei zur Ausbildung der über die Kompetenz des nackten Überlebens hinausreichenden personalen Gerechtigkeit (vgl. Höffe 1979).

Überdies entbinden Institutionen vom Drang, sich immer neu gegen einen sich tendenziell absolut setzenden Egoismus zu entscheiden. So führt der Mensch schon viele Handlungen aus, die mit den Grundsätzen der politischen Gerechtigkeit übereinstimmen, ohne sich je die Gerechtigkeit seines Tuns und Lassens zu überlegen und für sie zu votieren. Etwa unterläßt es der Mensch in der Regel schon deshalb zu töten, zu stehlen oder Vereinbarungen zu brechen, weil dies von der konventionellen Moral und dem positiven Recht gefordert ist, und nicht erst deshalb, weil er es als gerecht erkannt und anerkannt hat. So entlasten die Institutionen, insbesondere gerechte Institutionen, den Menschen davon, sich permanent für die subjektive Gerechtigkeit entscheiden zu müssen, was ohne Zweifel eine Überforderung endlicher Vernunftwesen bedeuten würde.

Zitierte Literatur: E. Deutsch, Art. Vertragsrecht, in: Das Fischer Lexikon RECHT, hrsg. v. P. Badura, E. Deutsch, C. Roxin (Frankfurt 1977) 273–289; O. Höffe, Freiheit in sozialen und politischen Institutionen, in: *Communio* 8 (1979) 433–451; H. Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festschr. Z. Giacometti (Zürich 1953) 143–162. – Der Beitrag ist die gekürzte Fassung eines Referats beim Münchener Moralthnologenkongreß im September 1979. Der vollständige Text wird in den Kongreßakten erscheinen.