

ORDEN POUR LE MÉRITE
FÜR WISSENSCHAFTEN UND KÜNSTE

REDEN UND GEDENKWORTE

ZWEIUNDZWANZIGSTER BAND

1987 – 1989

VERLAG LAMBERT SCHNEIDER · GERLINGEN

REDE VON
FRANZ WIEACKER

FRANZ WIEACKER

RECHT UND MORAL IN PRAGMATISCHER SICHT

Wie schon im Vortragstitel angedeutet, soll das nicht auszumessende Thema »Recht und Moral« hier nicht in moraltheologischer, moralphilosophischer oder rechtsphilosophischer Absicht zur Sprache gebracht werden. In diesen grundsätzlichen Aspekten hält es das antike und abendländische Denken seit mehr als zweieinhalb Jahrtausenden in Atem, hat immer wieder die besten Geister zu tiefen und noblen, zuzeiten auch verstiegenen Entwürfen begeistert oder auch verführt und entzieht sich jedem verkürzenden Überblick. Denn theologisches oder philosophisches Denken schreitet nicht mit der (bedingten) Sicherheit fort, die den meisten Erfahrungswissenschaften eine mehr oder minder akzeptierte Methodik gibt: die von jenem allgemeinen Denken angebotenen Antworten stehen in einem nicht endenden Wettbewerb, oft in einer Konfrontation, in der bereits die Vorbedingungen eines »Offenen Diskurses« durch vorgegebene Ausgangsstellungen blockiert sind.

Vielmehr soll hier bescheidener ein Überblick versucht werden über die praktischen Fragen, die das empirische Moralbewußtsein in unseren Gesellschaften dem Gesetzgeber und den zur Rechtsanwendung Berufenen, besonders den Gerichten, stellt. Während nämlich Moraltheologie und -philosophie meist ihrerseits unbedingte Forderungen an die positive Rechtsordnung stellen, legt dem Juristen zunächst seine tägliche Erfahrung die Frage nahe, wo die Wahrneh-

mung seiner öffentlichen Aufgabe auf jene Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Moralbewußtseins stößt. Es liegt auf der Hand, daß diese Frage prinzipiell eine andere ist als die des Glaubens nach der religiösen Verantwortung für den Nächsten oder die der profanen Ethik danach, was einer dem Mitbürger und Mitmenschen schuldig ist. Wo im folgenden von Ethik und Moral die Rede ist, ist somit immer ein empirischer sozialpsychologischer Befund gemeint: Wertbewußtsein, Wertvorstellungen und Bewertungsakte unserer sich als Rechtsgemeinschaft verstehenden konkreten Gesellschaft.

Wir machen dabei immer schon die Voraussetzung, daß Recht und Moralität einen solchen notwendigen Bezug aufeinander haben. Das hat zwei prima facie einleuchtende Gründe. Einmal enthalten Rechtsordnungen im wesentlichen Kern gerade soziale Verhaltensgebote; es gehört dann aber offenbar zu ihren Funktionsbedingungen, nicht in prinzipiellen Widerspruch zu treten zu dem, was von der jeweiligen Rechtsgemeinschaft als ethisch gesollt erfahren und gewußt wird. Zum andern sind Gesetzgebung und Rechtsanwendung ihrerseits Provinzen des öffentlichen Handelns, und es besteht im allgemeinen Bewußtsein jedenfalls darüber Übereinstimmung, daß dieses Handeln ein verantwortliches, also auch ethisch legitimes sein müsse.

Diese beiden Voraussetzungen, über die wir alle übereinstimmen werden, sind zwar nicht in Strenge beweisbar, aber vernünftige »Starthypothesen«, die bisher der Erprobung, sozusagen durch Trial and Error, immer standgehalten haben. Es gibt dafür zwei signifikante Symptome. Einerseits wird jede rechtspolitische Grundsatzdiskussion über Gesetz oder grundlegende Gerichtsentscheidungen immer auch mit moralischen Argumenten geführt. Zum anderen wird auch der skrupelloseste Machtpolitiker sich allenfalls im vertrautesten Kreis seiner Spießgesellen, aber niemals in der Öffentlichkeit, als Immoralisten bekennen. Vielmehr wird er solche Anklagen nach außen als beleidigte Unschuld zurückweisen und in seinem Machtbereich mit gesteigerter Wut verfolgen. Wir dürfen also bis zur Widerlegung (»Falsifizierung«) getrost vom Bestehen empiri-

rischer moralischer Rahmenbedingungen für Gesetzgebung und Rechtsanwendung ausgehen.

Aber damit ist über den spezifischen Charakter dieser Beziehung noch nichts ausgesagt. Wir gewinnen den nächsten Zugang durch eine offene Aporie: positive Rechtsordnungen sollten, von gewissen Randunschärfen abgesehen, eindeutige und unumstrittene Gebotssysteme sein, während das empirische Moralbewußtsein in jeder offenen Gesellschaft pluralistisch und zugleich dem Wandel unterworfen ist.

Wir veranschaulichen uns dies sofort an einigen aktuellen rechtsethischen Fragen, die jedem von uns durch die Tagesdiskussion vor Augen stehen.

Eine erste Grundsatzkontroverse betrifft das Verständnis der Ehe. Im ganzen stehen sich hier nach wie vor gegenüber ein letztthin theonomes Verständnis der Ehe als individueller Verfügung entzogene Stiftung und ein säkularisches und emanzipatorisches, auf Selbstverwirklichung des einzelnen zielendes Ehebild.

Dies schließt nicht aus, daß die Fronten im einzelnen unübersichtlicher verlaufen. Nicht nur sind im Eheverständnis vor allem der protestantischen Bekenntnisse tiefe emanzipatorische Einbrüche in das altkirchliche Eheverständnis zu verzeichnen, sondern es sind auch in der vieldiskutierten Unterhaltsregelung vielleicht nicht einmal bewußte Zweckbündnisse zwischen sozialstaatlichen, frauenrechtlichen und schlicht scheidungsfeindlichen Motiven hervorgetreten.

Im Kernfeld hat sich hier durch die Scheidungsreform der 70er Jahre bekanntlich das sozial-liberale Eheverständnis durchgesetzt. Doch wirken die alten Kontroversen mehr oder minder unterschwellig fort in den Novellierungsdebatten, bei der Auslegung von Sperr- und Härtekláuseln sowie bei den Unterschieden in der praktischen Erleichterung oder Erschwerung der Konventionalscheidung, aber auch in der rechtlichen Beurteilung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften («Ehen ohne Ring») oder in der leidigen Frage der tendenziös so genannten Mätressentestamente oder der inzwischen zum Glück aufgegebenen »Verlobtenkuppelei«.

Eine zweite, bis heute unausgetragene Grundkontroverse betrifft den unbedingten Schutz des menschlichen Lebens in seinen Anfangs- und Endstadien, in der Sache also den Schwangerschaftsabbruch und die (euphemistisch so genannte) Sterbehilfe oder »Euthanasie«. Auch in der herausfordernden Frage, ob und unter welchen Bedingungen von den Nächsten und den Ärzten über werdendes oder über erlöschendes Leben verfügt werden darf, stehen sich wiederum zwei Grundwertungen gegenüber: hier Leben in allen Formen als menschlicher Verfügung entzogenes, letztthin göttliches Leben; dort der Anspruch des sich frei bestimmenden Individuums auf diesseitige Selbstverwirklichung. Doch verlaufen hier die Fronten noch unübersichtlicher als in der im letzten Grund verwandten Ehekontroverse.

So wirken bei der Option für einen möglichst freien Schwangerschaftsabbruch einerseits das altsozialistische, somit nicht eigentlich individualistische Motiv des »Gebärzwangs« gegen die arbeitende Klasse nach, während andererseits auch ein säkular-individualistisches Lebensverständnis den eigennützigen Zugriff auf vorgeburtliches Leben keineswegs zu billigen braucht. Und noch komplexer sind die Fragen der sogenannten Sterbehilfe. Einerseits sind sie vorbelastet durch schreckliche Erfahrungen im Dritten Reich, das hier jede humanitäre Verbrämung fallen ließ, andererseits aber aktualisiert durch die fortschreitenden Mittel der Medizin zur langen Fristung einer *vita minima*; endlich kommt dazu das realistische Mißtrauen des Juristen wie des Mediziners gegen den Eigennutz der Nächsten und die Versuchungen der Einübung in straffreie Tötungshandlungen.

In der Euthanasiefrage scheinen die komplexen Motive die sachliche Erörterung der ethischen Fragen zwischen Theologen, Medizinern und Juristen eher gefördert zu haben. Dagegen ist ein Ende der Abtreibungskontroverse noch nicht abzusehen. Offenbar erschweren hier die gegensätzlichen Positionen die unbefangene Aussprache über die konkreteren Aspekte etwa einerseits über die Nachteile einer Kriminalisierung zumindest der Kindesmutter und andererseits über die psychischen Folgeschäden einer vom eigenen Gewis-

sen später nicht mehr angenommenen Abtreibung auf die Mutter oder beide Elternteile.

Es sei hier die mehr persönliche Bemerkung eingeschaltet, daß die starke prinzipielle Aufladung dieser Fragen den sach- und vor allem menschengemäßen Entscheidungen nicht immer günstig ist. Sie verleitet gelegentlich zu einer emotionalen, ja agitatorischen Argumentation bis hin zur tagespolitischen wahltaktischen Selbstprofilierung. Mancher Nachdenkliche wird dabei die Sorge nicht los, daß daneben die ungezählten Einzelschicksale, die die erste Sorge eines sich als Friedensordnung verstehenden Rechts sein sollten, leicht außer Sicht geraten.

Neben den bisher überblickten Pluralismus unausgetragener ethischer Kontroversen tritt ein Wertewandel, der oft als Ergebnis vorausgehender Kämpfe bereits von einem breiten Konsens getragen ist. Dabei ist näher zu unterscheiden:

Der Wandel kann auf moralischen »Lernprozessen« beruhen, die *keinen* spezifischen Bezug auf die explosiven Veränderungen unserer Lebenswelt haben, die in unserem Jahrhundert die technische Zivilisation gezeitigt hat. So unterlagen noch in den Kinderjahren der Älteren unter uns die Todesstrafe, die bürgerliche Ehrenstrafe, die Diskriminierung gewisser Randgruppen, die Züchtigung in der Schule, die fehlende Gleichberechtigung der Frau, selbst gewisse Formen der Kinderarbeit noch nicht der heute allgemeinen gesetzlichen wie ethischen Mißbilligung. Ebenso wenig entwickelt war, was man mit Goethes Wort die »Ehrfurcht vor dem« nennen kann, das »unter uns ist«: vor der belebten Welt der Tiere und Pflanzen. So wurde der Karrenhund als »Zugtier des armen Mannes«, das rücksichtslose Abschießen der inzwischen umgetauften Greifvögel, Reiher und selbst Eisvögel als »Wild« und »Fischräuber« und viele Formen des Tierversuchs nicht oder nicht ausreichend beanstandet oder doch hingenommen.

Zumeist sind jedoch die Grenzen des Wertewandels fließend gegen die gesteigerte Dringlichkeit bereits immer anerkannter Wertungen unter dem Eindruck wachsender Bedrohungen und Gefahren. Das uralte »Du sollst nicht töten« richtete sich schon gegen die Keule des

Neolithikers und des Brudermörders Kain; aber durch die schauerlichen Erfahrungen des Genocids oder der atomaren Vernichtungswaffen hat es eine neue schrecklichere Dimension gewonnen. Auch zur Sensibilisierung jener Ehrfurcht vor dem, »was unter uns ist«, haben neue Erfahrungen geführt, wie der Artentod von Tier und Pflanze oder die anschwellende Summierung der Umweltschäden durch die fortschreitende Störung und Zerstörung des so vielberufenen wie weiterhin mißachteten ökologischen Gleichgewichts.

Noch ratloser läßt heute eine dritte Konstellation: die ethische Herausforderung durch bisher überhaupt nicht bekannte Machbarkeiten, wie die künstliche Insemination, die Erzeugung auch menschlicher Embryonen zu Zwecken der Forschung bis zu dem dahinter aufsteigenden Horizont der Genmanipulation auch am Menschen – alles Zugriffe auf das seit Schöpfungstagen unverbrüchliche Monopol der Hervorbringung von Leben in »natürlichen« Formen und nur in diesen. Es liegt auf der Hand, daß diese Herausforderungen einer Brave New World einer überkommenen Theorie der Moral eine nahezu unlösbare Aufgabe stellt.

Wir ziehen die ersten Folgerungen für unser Thema: Wertpluralismus wie Wertewandel bedeuten, daß das empirische Moralbewußtsein unserer Gesellschaft in immer breiteren kritischen Zonen ein relativistisches geworden ist. Die Anerkennung unveränderlicher, gleichsam kodifizierter Moralegebote nach Art des älteren Naturrechts ist jedenfalls in dieser Zone als empirischer Befund – und nur von diesem ist ja hier die Rede – nicht aufweisbar. Damit stellt sich aber die alte große Frage nach dem Verhältnis von Moralität und positivem Recht notwendig neu. Denn die Gebote einer positiven Rechtsordnung müssen wertkonsistent, sie dürfen gerade nicht pluralistisch oder relativ sein, soll das Recht die Aufgaben eines allgemein verbindlichen und eindeutigen Regelsystems für die Verhinderung oder Entscheidung sozialer Konflikte erfüllen.

Wir nähern uns der Lösung dieser Schwierigkeit durch eine einfache Beobachtung. Bei allen Wertungskontroversen stimmen nämlich die Wortführer beider Fronten wenigstens darin überein, das Rechtsgebot möglichst ihren Moralvorstellungen anzunähern; kür-

zer also: in rechtspolitischen Fragen grundsätzlich moralisch zu argumentieren. So rufen konservative Moralisten wie engagierte Reformen einträchtig nach dem Gesetzgeber, und, wie der Mensch nun einmal ist («das gehört bestraft!«), am liebsten möglichst gleich nach dem Strafgesetzgeber. Beide folgen damit mehr oder minder bewußt einer ehrwürdigen Tradition, die im (natürlichen) Recht vornehmlich eine Lehre von den »guten und schlechten Handlungen« des Menschen und Mitbürgers sah.

Demgegenüber lehren den wohlberatenen Gesetzgeber und praktischen Juristen ihre täglichen Erfahrungen größere Behutsamkeit und genauere Unterscheidungen. Auch sie wissen, daß ohne das Fundament einer weithin akzeptierten Moralität Rechtsnormen nicht die innere Anerkennung der Rechtsgenossen finden können, auf der allein ihre dauernde Durchsetzungschance beruht. Sie werden aber darauf verzichten, im positiven Recht vornehmlich ein Instrument zur Verwirklichung einer religiös oder profanethisch begründeten Ordnung der Werte zu erblicken. Da ihnen eben diese Reserve von Moralisten aller Lager gern als laue Indifferenz, wenn nicht als zynischer Positivismus vorgehalten wird, bedarf sie besonders sorgfältiger Begründung.

Eine nähere Besinnung auf Eigenart und Zusammenspiel der verschiedenen gesellschaftlichen Regelsysteme gibt dieser größeren Zurückhaltung des Gesetzgebers und der Rechtspraxis Recht. Ich muß dafür einen Augenblick etwas weiter ausholen. In allen entwickelten, wahrscheinlich aber schon in den frühesten Gesellschaften koexistieren mehrere Bereiche des im menschlichen Zusammenleben Gesollten. Die wichtigsten sind das religiöse, im abendländischen Fall also christlich-kirchliche Verhaltensgebot, ferner die profane (genauer: außer- oder überkonfessionelle) Sozialethik, die sich seit der Aufklärung als bürgerliche Pflichtenlehre und geradezu als religion civile verstand, und zum dritten endlich eben die rechtlichen Verhaltensnormen.

Dazu tritt, als Ölung des sozialen Motors hierzulande manchmal unterschätzt, die (moralisch scheinbar neutrale) soziale Spielregel oder Konvention, die unser Bürgerliches Gesetzbuch richtiger be-

wertet, wenn es die »Verkehrssitte« unmittelbar zu dem spezifisch ethischen Grundwert »Treu und Glauben« gesellt (§§ 157, 242 BGB).

Eine gelungene Sozialisation wird offenbar erst durch das reibungslose Ineinandergreifen dieser Regelkreise verbürgt. Wir bleiben unserem Hauptthema auf der Spur, wenn wir uns ihre Gemeinsamkeiten und ihre spezifischen Unterschiede vergegenwärtigen. Gemeinsam ist ihnen der Gebotscharakter: sie alle, von den Zehn Geboten bis zum Strafgesetzbuch, fordern allgemeinverbindlich ein Sozialverhalten. Allein dies Sollen hat jeweils einen anderen Inhalt. Das Religiöse geht auf Vermeidung der Verschuldung, die der Christ »Sünde« nennt; das Profanethische auf Betätigung rechter Gesinnung gegen den Mitmenschen und Mitbürger; das Rechtsgebot endlich auf tatsächliche Befolgung durch ein äußeres Verhalten. Verschieden sind demgemäß auch die Sanktionen: beim religiösen Verstoß die Buße (und erst bei zunehmender Veranstaftung die Kirchenstrafe), beim profanen Sittengebot in allen noch lebensfähigen Gesellschaften die Mißbilligung und Mißachtung der Mitbürger; beim Rechtsgebot endlich der äußere Zwang durch Strafdrohung, Schadensersatz und allgemeiner durch die Zwangsvollstreckung.

Schon diese Vorüberlegung legt erste Grundbedingungen frei für das Verhältnis von Recht und Moral. Sie sind nicht identisch, aber auch nicht einfach konzentrische Kreise, derart etwa, daß – mit der eingängigen Formel eines bedeutenden Rechtstheoretikers – Recht das »ethische Minimum« wäre. Sie sind vielmehr, um im Bilde zu bleiben, exzentrische, einander überschneidende Regelkreise. Daraus ergeben sich für ihre Beziehung zwei Eckdaten: ihre wechselseitige Angewiesenheit aufeinander und zum andern ihre notwendige Unterschiedenheit. Einmal nämlich bedarf es eines Mindestmaßes von Harmonisierung oder Synchronisation, wenn nicht Menschen ständig entweder gegen die Gesetze oder gegen ihr Gewissen anleben sollen; zum andern ihre Unterscheidung, genauer: einer Kompetenzverteilung, die der Überlastung eines der beiden Regelsysteme vorbeugt. Konkreter: Einerseits können Rechtsordnungen auf

die Dauer nicht in prinzipiellem Widerspruch zur akzeptierten religiösen oder säkularen Moral einer Majorität oder auch nur einer repräsentativen Minderheit fortbestehen; auf der anderen Seite führen Rechtsordnungen, die durch äußeren Zwang sittliche Vervollkommung bewirken wollen, in letzter Konsequenz zum Gesinnungsterror, wie in extremen Fällen puritanischer Sittenzensur oder in der *Maxime*, die Georg Büchner, ob nun authentisch oder nicht, seinem Robbespierre in den Mund legt: »Die Tugend ohne den Schrecken ist ohnmächtig.«

Von diesen beiden Grundrelationen, Unterschiedenheit und Angewiesenheit, soll uns hier, wie bemerkt, zunächst diejenige beschäftigen, die dem allgemeinen Bewußtsein schwerer eingeht: die notwendige Unterscheidung von Recht und Sittlichkeit. Die fortschreitende Trennung des Rechtsgebots zunächst vom religiösen, dann auch vom profanen Sittengesetz hat sich erst in der Neuzeit in schmerzlichen, aber irreversiblen Prozessen voll ausgebildet. Die Verbindlichkeit der christlichen, durch die Moraltheologie gleichsam kodifizierten Moral für alles Recht lockerte sich zunächst durch die große Glaubensspaltung, insofern sie nun nicht mehr durch einen schlechthin gemeinsamen christlich-kirchlichen Rechtsboden voll zu legitimieren war. Immerhin blieben noch für das europäische Naturrecht der frühen Neuzeit die den großen Konfessionen gemeinsamen Moralegebote der Christenheit voll verbindlich. Indessen löste sich in der Folge auch diese Einbindung in die gemeinsame Moralität des *Corpus Christianum* auf: teils durch die Schrecken der Religionskriege, wie besonders in Frankreich; teils durch die moralischen, politischen und ökonomischen Freiheitspostulate der Englischen Revolution des 17. Jahrhunderts; teils – und dies vor allem in Deutschland – gerade aus religiösen Gründen, nämlich im Hinblick auf die *libertas conscientiae*, die Gewissensfreiheit der pietistischen Erweckungsbewegung (Thomasius).

Schon diese Bezüge legen nahe, daß es bei der fortschreitenden Unterscheidung von Ethik und *jus positivum* nicht etwa um eine Verabschiedung der Moral aus dem positiven Rechtsgebot ging; ja vielleicht nicht einmal um einen wirklichen Säkularisierungsprozeß.

Zur Gewißheit wird dies dadurch, daß gerade auf ethischen Voraussetzungen die denkerische Tat aufbaut, die dann besonders für den deutschen Rechts- und Verfassungsstaat bis heute verbindlich geworden ist: Wir meinen Immanuel Kants Begründung der Unterscheidung von Ethik und Recht, in seiner Sprache von Moralität und Legalität. Kants Einsicht, daß sich materiale Inhalte des natürlichen Sittengesetzes vernunftkritisch nicht begründen lassen, führte notwendig zur Preisgabe einer heteronomen Ethik zugunsten des autonomen Sittengesetzes der sich in moralischer Einsicht frei bestimmenden Persönlichkeit: »Denn das selbständige Gewissen ist Sonne deinem Sittentag.« Damit ergaben sich freilich neue Fragen für die Vereinbarung dieser autonomen Sittlichkeit mit der für alles Recht unverzichtbaren Allgemeinverbindlichkeit seiner Verhaltensgebote, auf die noch zurückzukommen ist.

Hier ist vorab festzuhalten, daß Kants Einsichten auch für den oft mißverstandenen Rechtspositivismus zumindest des frühen 19. Jahrhunderts zunächst maßgebend blieben. Noch ganz im Sinne Kants sieht ein so christlicher, ja entschieden kirchlich gesinnter Rechtsdenker wie Friedrich Carl von Savigny zumindest im Privatrecht nicht die Verwirklichung des Sittengesetzes selbst, sondern den Freiraum (die »Gränze«, wie er sagt), also eine Bedingung der Möglichkeit für autonomes sittliches Handeln der Einzelperson. Diese Sicht der Dinge ist dann die beherrschende geblieben für den bürgerlichen Rechtsstaat. Noch hinaus über das Verkommen jenes ethisch fundierten Freiheitsgedankens in Manchestertum und wirtschaftlichen Egoismus ging bis heute die Einsicht nicht verloren, daß der letzte Grund für die heutige (bedingte) Sonderung von Recht und Ethik die Entscheidungsfreiheit der Person als Bedingung autonomen sittlichen Handelns ist. Daher brauchte denn auch die Bestimmung des Rechts als Ermöglichung sittlich freien Handelns nicht mit dem ökonomischen Liberalismus zu veralten, sondern konnte die Grundlage der freiheitlichen, und zwar auch der sozialstaatlichen Demokratie bleiben. Unser Grundgesetz schreibt sie fest, wenn es, gut kantisch, das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit anerkennt und zunächst nur unter die Bedingung

stellt, diese Freiheit dürfe nicht Rechte anderer verletzen. Nicht anders hatte Kant im Recht diejenige Ordnung gesehen, welche durch das Höchstmaß bestimmt ist, in der die Freiheit der einen Person mit der aller anderen zusammen bestehen kann. Dies bedeutet, daß in unserer positiven Rechtsordnung eine Preisgabe der Unterscheidung zwischen Recht und heteronomer Sittlichkeit unvereinbar wäre mit dem durch das Grundgesetz mit Verfassungsrang ausgesprochenen und für Gesetzgebung und Rechtsanwendung verbindlichen Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit; sie wäre unvereinbar auch mit dem eben hieraus zu interpretierenden Grundwert der Menschenwürde (Art. 1 GG), sowie mit dem aktiven religiösen und weltanschaulichen Toleranzgebot des Art. 3 III GG.

Indessen ist es nun an der Zeit, sich der anderen Seite der Medaille zu erinnern: der ebenso notwendigen Angewiesenheit des positiven Rechts auf die akzeptierte Sozialethik einer gegebenen Rechtsgemeinschaft. Wie zuvor bemerkt, bliebe ja dem Recht die für seinen Fortbestand notwendige innere Zustimmung der Rechtsgenossen versagt, wenn es in prinzipiellen Widerspruch geriete mit dem Grundbestand moralischer Überzeugungen, welche die Mehrzahl der sich selbst als ethisch bestimmt verstehenden Rechtsgenossen für sich als verbindlich oder doch als vertretbar ansieht. Im Einklang damit schränkt denn auch das Grundgesetz (Art. 2 II GG) das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch das »Sittengesetz« ein.

Dies ist nun freilich mehrdeutig: Unter dem Sittengesetz könnte in gleicher Weise verstanden werden eine vorgegebene heteronome Moral (wie etwa im Naturrecht) oder jene autonome Moralität der sich selbst in Freiheit entscheidenden Persönlichkeit im Sinne Kants. Es liegt auf der Hand, daß eben diese Alternative die Schlüsselfrage ist für unser Thema »Recht und Moral«, in deren nähere Erörterung wir nun eintreten.

Tatsächlich ist das »Sittengesetz« in den ersten Jahrzehnten unseres erneuerten Verfassungslebens vielfach noch als vorgegebene, somit heteronome Ordnung der Werte verstanden worden. Die zuneh-

mende Anerkennung eines Wertpluralismus und der immer stürmischere Wertewandel der letzten Jahrzehnte haben indessen diese Auslegung in der Rechtsprechung auch unserer höchsten Bundesgerichte immer mehr zurückgedrängt. In der Tat scheint sie denn auch, wie zuvor gezeigt, unvereinbar mit den aus dem philosophischen (hier kantischen) und dem verfassungspolitischen Kontext zu interpretierenden Grundwerten der Menschenwürde, der freien Entfaltung der Persönlichkeit und mit der ausdrücklichen Einbeziehung der religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen in den Gleichheitssatz des Art. 3 GG. Gleichwohl sollten wir die Schwierigkeiten nicht zu leicht nehmen, die sich für diese Auslegung des Grundgesetzes aus dem Zusammentreffen einer autonomen Moralität mit einer ihrem Wesen nach notwendig heteronomen Legalität ergaben.

Denn eben durch die Entscheidung für eine autonome Moralität ergibt sich ja erst das Problem: Wie vereinbart sich sittliche Autonomie mit jener allgemeinverbindlichen Sozialethik, die eine positive Rechtsordnung erst funktionsfähig macht, und die notwendig eine objektive, somit scheinbar heteronome Moral sein muß? Kants »Einleitung in die Metaphysik der Sitten« sucht diese Vermittlung zwischen Autonomie und Konvention zunächst in der Vereinbarung der größtmöglichen Freiheit des je einen mit der gleichen Freiheit des je anderen (wie sie noch das Grundgesetz mit dem Vorbehalt des Art. 21 »keine Freiheit unter Verletzung der Rechte anderer« übernimmt). Dies könnte zunächst als bloße Leerformel erscheinen, als formale Optimierung oder vielmehr Beschwichtigung eines in Wahrheit ungelösten Zielkonflikts, Kants eigentliche Antwort lag denn auch im Postulat des Kategorischen Imperativs, die Maxime des autonomen sittlichen Handelns müsse als allgemeine Handlungsvorschrift für jeden anderen bestehen können; lag also im Postulat jener Verallgemeinerungsfähigkeit der sittlichen Forderung, die es allererst ermöglicht, daß sittlich frei Handelnde in einer Rechtsgemeinschaft zusammenleben können, die eine objektive, gleichermaßen für alle verbindliche Gebotsordnung ist und in der doch die sittliche Autonomie der Einzelperson geachtet wird. Man

hat zu Recht betont, daß auf diese Weise Kants autonome Moralität aufhört, eine bloß innerliche, subjektive Gesinnungsethik zu sein.

Wir veranschaulichen uns diese Lösung am besten an einem eminent praktischen, ja erregend aktuellen Prüfstein von »Recht und Moral«, nämlich an der Beurteilung des echten Überzeugungstäters, also des Rechtsbrechers, der nicht nur vorgibt, aus Gewissensgründen gehandelt zu haben. Was werden wir ihm entgegen, wenn er sich bei der Verletzung anderer, bis hin zur Tötung Schuldloser, zur vermeintlichen Verbesserung der gesellschaftlichen Zustände, auf sein selbständiges Gewissen beruft? Offenbar hat er nicht der Forderung genügt, die Maxime seines Handelns müsse als allgemeines Gesetz bestehen können, und damit, einfacher gesagt, auch nicht der alten goldenen Regel »Was du nicht willst, das man dir tu ...«. Denn sonst müßte er jedem Andersdenkenden seinerseits die Verletzung seiner eigenen Person, wiederum bis hin zur Lebensvernichtung, aus dessen selbständigem Gewissen zugestehen – was evidentmaßen zum bellum omnium contra omnes und damit zum alsbaldigen Ende der Rechtsgemeinschaft führen müßte.

Wir kehren aus der hohen Abstraktionsstufe dieser Überlegungen wieder in den pragmatischen Bereich zurück. Es läßt sich zeigen, daß dieses Konzept auch heute noch eine befriedigende Lösung der scheinbaren Antinomie ermöglicht zwischen dem Recht als allgemeiner sozialer Verhaltensordnung und der Achtung der sittlichen Autonomie der einzelnen Person. Wenn nämlich letzter Grund der Angewiesenheit des positiven Rechts auf Sozialethik die Notwendigkeit seiner inneren Anerkennung durch die Rechtsgenossen aufgrund gemeinsamer Wertvorstellungen war: dann kann die Quelle dieser Vorstellungen weder eine von außen auferlegte, also heteronome Moral sein noch die bloße Subjektivität der individuellen Gewissen. Vielmehr können es allein diejenigen Vorstellungen sein, die von all denen akzeptiert werden können, die sich selbst wie den je anderen noch als ethisch Handelnde verstehen. Eine gelegentlich als altmodisch-betulich verlachte Formel des Reichsgerichts vom »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« trifft insofern genau den Kern der Sache, wenn man nur den Ton legt auf »all«,

d. h. auf den Konsens aller derer, die sich noch als moralisch handelnd und bestimmbar verstehen.

Kants Lösungsversuch gibt nun auch Richtpunkte für die pragmatischen Fragen, die sich zu Beginn stellten. Allgemein beantwortet sie die Frage, wie Wertpluralismus und Wertewandel zusammen bestehen können mit einem Rechtsgebot, das seiner Natur nach nicht relativistisch sein darf, sondern eindeutig entscheidbar sein muß. Denn eben diese Eindeutigkeit ist durch das Postulat der Verallgemeinerungsfähigkeit gesichert. Im besonderen gibt dieser Lösungsversuch Hinweise auf die eminent aktuelle Frage nach der Art und dem Maß derjenigen Sozialethik, welche Richter und ggf. auch der Gesetzgeber zu respektieren haben. Dabei ergeben sich aus der Sache Abstufungen: die Gerichte und sonstigen Rechtsanwender sind hier enger gebunden als der Gesetzgeber, der – immer im Rahmen der Verfassung und ihrer Grundwertentscheidungen – freier gestellt ist.

Der Richter ist bei moralischen Bewertungen offenbar an jene allgemein konsensfähige Moral gebunden. Es steht ihm nicht frei, sich *ceteris paribus* für eine bestimmte, von ihm persönlich bevorzugte Sonderethik zu entscheiden – etwa für eine besonders strenge »Hochethik« oder umgekehrt für eine spezifisch laxe oder permissive Moral. (Nicht ohne Grund bindet ihn der Hinweis des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Treu und Glauben zugleich auch an die Verkehrssitte und andere Vorschriften an die »im Verkehr übliche Sorgfalt«.) Hierin besteht, wenn ich recht sehe, heute, nach einigem Schwanken der ersten Nachkriegszeit, Übereinstimmung zwischen dem Bundesverfassungsgericht, dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Entscheidung des Grundgesetzes für ein offenes, an Menschenwürde und sittlicher Autonomie der Persönlichkeit orientiertes Moralverständnis richtet sich prinzipiell und explicit auch an den Gesetzgeber (Art. 1 III GG). Doch ist damit die für die heutigen Kontroversen besonders aktuelle Frage noch nicht beantwortet, ob innerhalb dieses Rahmens der einfache Gesetzgeber befugt bleibt, sich etwa in Fragen des Strafrechts, des Scheidungsrechts, der Ab-

treibung oder des Tierversuchs für die eine oder die andere unter mehreren grundgesetzlich noch vertretbaren Lösungen zu entscheiden. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: Solange der Gesetzgeber damit nicht in explicites Grundrecht eingreift oder – im Fall des Gesetzesvorbehalts – seinen »Wesensgehalt« nicht antastet (Art. 19 II GG), können sich Regierungen und Parlamentsmehrheiten in der Tat wirklich für eine bestimmte, z. B. mehr traditionelle oder mehr permissiv-emanzipatorische Wertung entscheiden – wie es allein der Gesetzgebungshoheit des durch die Parlamentsmehrheit repräsentierten Staatsvolkes entspricht.

In der Tat ist dies denn auch mehrfach geschehen: Jenes in den 50er und frühen 60er Jahren im Gleichberechtigungsgesetz, der Scheidungsnovelle und im nicht Gesetz gewordenen Amtlichen Strafrechtsentwurf 1962; dieses bei der Liberalisierung des Strafrechts und des Eherechts in den 70er Jahren. Trotz gelegentlicher Verwahrung der Gegenseite konnte darin ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht erblickt werden.

Auf einem anderen Blatte steht, ob es gute (auch im Sinne politischer Moral »gute«) Rechtspolitik ist, wenn eine knappe, möglicherweise bald wieder schwindende Parlamentsmehrheit (und Bundesratskonstellation) die flüchtige Chance nutzt, sehr starken Minoritäten in unserem Land in Grundsatzfragen abweichende Wertungen – sei es traditionalistischer, sei es radikal innovatorischer Art – aufzudrängen. Dagegen spricht nicht nur die schon berührte Versuchung zu opportunistischer Profilierung, sondern vor allem die Beeinträchtigung der Kontinuität des öffentlichen Rechtsbewußtseins durch den Zickzackkurs allzu rasch aufeinanderfolgender Korrekturen.

In pragmatischer Sicht ist Ausmaß und Ratsamkeit der Sättigung des positiven Rechts mit praktischer Sozialethik naturgemäß je nach der Rechtsmaterie sehr verschieden. Ich versuche, dies zum Abschluß an drei zentralen Rechtsbereichen zu zeigen.

Im Strafrecht erscheint die Bindung an sittliche Grundwerte auf den ersten Blick besonders eng. Eine sehr alte und begreiflicherweise noch immer populäre Betrachtung sieht den wesentlichen Straf-

zweck in der Vergeltung oder Sühne für moralische Schuld. Die verbindliche Wendung der Großen Strafrechtsreform hat dieses Vergeltungsmotiv durch die Strafzwecke des Rechtsgüterschutzes und der Resozialisierung abgelöst oder doch zurückgedrängt. Indessen hat das Schuldmoment damit seine Funktion zwar geändert, aber seine zentrale Bedeutung nicht verloren. Denn es trifft nun aus einem anderen Grunde zu, daß echte Strafe, im Gegensatz zum Recht der bloßen Ordnungswidrigkeiten oder dem bürgerlichen Schadensrecht, persönliche Vorwerfbarkeit, d. h. die sozialetische Mißbilligung des Täters voraussetzt, und es ist dies mehr als zuvor eine rechtsstaatliche, letzthin freiheitsrechtliche Rahmenbedingung geworden. Je mehr nämlich die Strafzwecke sich auf den Gesellschaftsschutz und/oder auf die Resozialisierung des Täters verlagern, desto mehr bleibt, solange die Strafe natürlicherweise vom Täter wie von der öffentlichen Meinung als Übel erfahren wird, diese persönliche Schuld notwendige Bedingung der Gerechtigkeit der Zufügung eines solchen Übels.

Zugleich ergeben sich indes gerade hieraus auch Grenzen der Moralisierung des Strafrechts. Sozialetische Mißbilligung ist notwendige, aber nicht ausreichende Bedingung der Strafe: nicht ausreichend nämlich, wo nicht die Verletzung wesentlicher Rechtsgüter anderer oder der Gesellschaft und ihres öffentlichen Rechtsfriedens Strafe fordern. Solche Zurückhaltung ist auch deshalb geboten, weil ethische Unwerturteile wie z. B. die Gesinnungsmerkmale »besonders verwerflich«, »in schweren Fällen«, Mißbrauch oder gar Unzucht ihrer Natur nach weit unbestimmter sind als äußere Tatbestandsmerkmale und daher die Rechtssicherheit unvermeidbar einschränken. Auch folgt aus dem zuvor allgemeiner Gesagten, daß jedenfalls solche Handlungen nicht pönalisiert werden sollten, die von einem breiten Konsens nicht allein mißbilligt, sondern auch gerade für strafwürdig gehalten werden. So werden heute die Gotteslästerung nicht mehr in ihrem alten theologischen Verständnis, sondern unter dem Gesichtspunkt der Kränkungen Andersdenkender schlechthin, und auch überwiegend mißbilligte sexuelle Handlungen nur dann verfolgt, wenn sie sich gegen die Selbstbestimmung

oder die Integrität einer Person richten, wie die Gewalt oder der Mißbrauch Unmündiger oder Abhängiger.

Besondere Fragen stellte bereits zuvor die Einordnung des echten Überzeugungstäters. Der Weg zu einer grundsätzlichen Lösung schien hier durch das Gebot der Verallgemeinerungsfähigkeit der Forderung des persönlichen Gewissens gewiesen. Praktisch steht hier einer befriedigenden Lösung im Weg, daß – im Gegensatz zum konstitutionellen und noch zum Weimarer Rechtsstaat – die »streitbare Demokratie« aus Gründen von verschiedener Stichhaltigkeit eine Strafart nicht mehr kennt, die sittliche Mißbilligung vermeidet: nämlich die *custodia honesta* wenn schon nicht in Gestalt der antiquierten Festungshaft, so doch in der der »Einschließung« der Weimarer Entwürfe.

Im Privatrecht findet sich seit alters eine besonders feste und breite Fundierung in der alltäglichen Moral und in den Spielregeln der zwischenmenschlichen Beziehungen. In dieser Tradition stehen auch die zentralen Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts, die auf »Treu und Glauben«, die »guten Sitten«, auf »Mißbrauch« oder »unbillige Härten« abstellen.

Es sind zwei Gründe, die hier das unbefangene Zurückgreifen auf vorrechtliche Wertungen besonders nahelegen. Einmal tritt das Bürgerliche Recht nicht, wie das Strafrecht oder die staatliche Eingriffsverwaltung, dem Einzelnen vornehmlich als Zwangsordnung entgegen, immer in der Versuchung, aber auch in der unausweichbaren Notwendigkeit, autonome Moralität durch von außen zwingende Gebote einzuschränken. Das Privatrecht dient vielmehr wesentlich der autonomen Rechtsgestaltung durch die Einzelnen und der Befriedung der sich hierbei ergebenden Interessenkonflikte, und hierbei ist der einen wie der anderen Aufgabe die Bevorzugung des tadelfreien Partners vor dem unethisch Handelnden völlig angemessen. Zum andern können hier Gesetzgeber und Richter auf eine sehr alte, relativ zeitunabhängige und weithin konsensfähige Konventionalethik zurückgreifen, die sich in uralten Alltagserfahrungen seit dem römischen Prätor bewährt und gleichsam abgeschliffen hat und weit weniger durch einen Wertungspluralismus und Wertewan-

del betroffen ist. Kennzeichnend ist denn auch hier der ursprüngliche Sitz jener Formel vom »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden«.

Es ist daher aber auch folgerichtig, daß auch im Privatrecht die Probleme wieder beginnen, wo es sich nicht mehr um den individuellen Interessenausgleich handelt, sondern um die sozialen Schranken der Privatrechte. Doch kann hier, aus anderen Gründen als im Privatrecht, das Sozialrecht beständig auf nicht mehr kontroverse Bewertungen zurückgreifen. Nach dem Abschluß eines tief einschneidenden Wertewandels im Verlauf der Ersten Industriellen Revolution und der Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat wird heute das Sozialstaatsprinzip, d. h. das Prinzip der Solidarität aller Glieder der Arbeitsgesellschaft für einander von einem fast einhelligen Konsens getragen; es gibt wohl heute auf der Erde keine Regierung, welche dieses Prinzip öffentlich zu verleugnen wagte und ihm nicht wenigstens Lippendienst erwiese.

Jedenfalls ist die Sozialstaatlichkeit neben der Freiheitlichkeit der Demokratie der tragende Grundwert unserer Verfassung, und die allgemeine öffentliche Übereinstimmung hierüber, die Wachsamkeit der beteiligten Gruppen und die beständige Kontrolle der Arbeits- und Sozialgerichte sowie des höchsten Verfassungsgerichts sichern seiner Anwendung auch im konkreten Detail im ganzen feste und bestimmte Konturen.

Fassen wir am Ende die Folgerungen für die zu Beginn gestellten Fragen abschließend zusammen.

Unsere Rechts- und Verfassungswirklichkeit gab eine eindeutige Antwort auf die Hauptfrage: Diejenige Sozialethik, an welche die Rechtsanwendung und im Kernbereich auch die Gesetzgebung gebunden ist, ist keine inhaltlich unwandelbare, heteronome Moral, sondern eine pluralistische Konventionalethik, deren unbedingter und unverfügbarer Kern die in ihrer Menschenwürde und sittlichen Freiheit geachtete Persönlichkeit und der unantastbare »Wesensgehalt« der Bürger- und Menschenrechte ist. Ob man es nun begrüßt oder nicht, man wird sich der Einsicht nicht verschließen dürfen, daß über diesen Kern hinaus das Postulat einer unverändert vorge-

gebenen, inhaltlich konkretisierten Werteordnung jedenfalls aus dem Grundgesetz nicht abzuleiten ist.

Lösungen wie die hier skizzierte lassen vielleicht diejenigen unbefriedigt, die sich vorweg für eine eigene Überzeugung entschieden haben. Die Befürworter des Alten Wahren werden nicht aufhören, der Relativierung absoluter, vorgegebener Werte zu mißtrauen, die entschiedenen Wortführer des Neuen nicht müde werden, diese Werte als ideologische Götzen auf tönernen Füßen zu entlarven – und beide werden, was uns hier allein angeht, versuchen, diese Standpunkte auch in der Rechtsordnung durchzusetzen.

In dieser Lage ist vielleicht eine Erinnerung nützlich. Der auch von unserem Grundgesetz letztlich in der Spur Immanuel Kants angenommene Ausgleich zwischen der Achtung des autonomen persönlichen Gewissens und der Forderung einer allgemeinverbindlichen ethischen Konvention ist das Ergebnis eines jahrhundertelangen Ringens der Europäer um eine menschenwürdige Gesellschaft und damit zugleich das Fazit aus vorausgegangenen bitteren Erfahrungen. Denn das Denken unseres Erdteils ist, zufolge seines griechischen, seines theologischen und seines philosophischen Erbes wohl mehr als in anderen Hochkulturen durch Ideen, Prinzipien und Ideologien bestimmt. Der hohe Preis für den stolzen amor intellectualis dieses Strebens nach allgemeinen und absoluten Wahrheiten war die ständige Drohung religiöser und säkularisierter Glaubenskämpfe. Nicht umsonst ist eben deshalb der Toleranzgedanke nirgends schärfer artikuliert und härter erstritten worden als in unserer Welt. Schon vor der Ausrüstung unserer technischen Zivilisation mit praktisch unbegrenzten Machtmitteln sind diese Kämpfe oft achtlos über die physische Existenz und das persönliche Gewissen von Abertausenden, ja Millionen hinweggeschritten.

In dieser Lage ist es oft die Aufgabe und die Ehre der zur Anwendung und Fortbildung des Rechtes Berufenen gewesen, daran zu mahnen, daß der Fortbestand einer lebenswürdigen Gesellschaft nicht so sehr auf Doktrinen der mannigfachsten Art gegründet ist als zu allererst auf der einfachen Sittlichkeit etwa des Dekalogs, auf der Achtung der Menschenwürde in jeglicher Person, auf der Spiel-

regel der akzeptierten sozialetischen Konventionen und der Treue gegen die Gesetze, die diesen Grundlagen Genüge tun. Diese Arbeit war oft undankbar, weil sie beständig absoluten Machtansprüchen materieller und intellektueller Art in den Weg treten mußte. Doch scheint sie hier und heute nicht verzweifelt. Denn es besteht Grund zu der Annahme, daß jedenfalls die beiden führenden Stimmen im Felde praktischer Ethik heute diese Glaubenskriege verwerfen, weil sie über Grundwert und Inhalt der Menschenwürde übereinstimmen: wir meinen das christlich-kirchliche und das säkular-humanistische Moralverständnis der zwischenmenschlichen Beziehungen.