Klaus Lüderssen

Recht, Strafrecht und Sozialmoral

Abstract: It is shown by means of four examples that the demarcation between law and morals has become problematical. The study of more recent developments in ethics and in law indicates that in both fields the relevance of discourse and consent has grown. Though both law and morals aim at agreement their degree of dependance on it differs. The definition of law and morals suggested in this article is based on this view. Legitimate law consists of norms, which besides fulfilling other conditions have attained a certain degree of consent. On the other hand one can only talk of social morals when a very high degree of consent has been reached. The consequences of this definition are explained by means of the examples presented at the beginning.

I.

Die altkluge Bemerkung, daß Recht und Moral nicht dasselbe seien, daß sich hier sogar Gegensätze auftun, geht jedermann leicht von der Zunge – aber dazu paßt überhaupt nicht, was Tag für Tag zu brisanten Problemen wie Umweltschutz, Kernkraftwerke, Gen-Manipulation, Neurochirurgie, Euthanasie und ähnlichem geäußert wird. Vielmehr dominiert dabei – ob Verhältnisse kritisiert, Forderungen erhoben oder Aktionen empfohlen werden – ein moralisches Pathos, obwohl im selben Atemzuge an den Gesetzgeber, die Justiz, kommunale oder überregionale Behörden appelliert wird, an Instanzen also, deren Tätigwerden auf rechtlichen Grundlagen beruht, an rechtlich fixierten Zielsetzungen orientiert ist. Man muß sich klar machen, was das bedeutet. Die Juristen in diesen Ämtern sind es nicht gewohnt, so komplexe Aufgaben gestellt zu bekommen. Die Kunstregeln, nach denen zu entscheiden sie gelernt haben, sehen vielerlei Ausgrenzungen, ja Immunisierungen vor; gerade damit hängt das zusammen, was viele Menschen – ob zu Recht oder Unrecht – als die „Überlegenheit" des „geschulten" Juristen empfinden, der während seiner Ausbildung dazu angehalten worden ist, das Wühlen im Stoff, das Ringen um die Substanz, anderen – den Volkswirten oder den Philosophen vielleicht – zu überlassen. Der „scharfe" Jurist bohrt das Brett an der dünnsten Stelle, nur das ist elegant, bringt Macht und Bewunderung ein.

Zu den wichtigsten, schon bei den ersten Schritten auf diesem – hochmütig von den einen, servil und achtungsvoll von den anderen so bezeichneten – spiegelnden Parkett beigebrachten Maximen gehört nun die „strenge" Unterscheidung von Recht und Moral. Die Öffentlichkeit registriert das und sieht doch gleichzeitig, daß von den Juristen inzwischen etwas ganz anderes verlangt wird. Unsicherheit oder sogar Mißtrauen – in die persönliche Integrität oder doch wenigstens in die sachliche Kompetenz – sind die Folgen. Das ist eine verhängnisvolle Entwicklung, deren Ende keineswegs abzusehen ist. Wenn man ihr entgegentreten möchte, so

Analyse & Kritik 3 (1981), Heft 2, S. 194–222 © Westdeutscher Verlag, Opladen

müßte vieles aufgeklärt werden im Verhältnis zwischen Bürgern und Juristen. Vordringlich indessen scheint es zu sein, erneut und etwas anders als bisher über die traditionsreiche Dichotomie „Recht und Moral" nachzudenken. Denn sieht man genauer hin, so liegt es längst nicht so arg, wie man zunächst vermuten muß. Es gibt Wandlungen im Verständnis des Rechts, seiner Methode und seiner Legitimation einerseits, der Ethik andererseits, die darauf hindeuten, daß die beiden Gebiet näher aneinanderrücken, daß die Regelungsbereiche einander durchdringen und bedingen. Dergleichen kommt nicht über Nacht, sondern bahnt sich allmählich an. Wer daran interessiert ist, Klarheit darüber zu gewinnen, ob das Dilemma, dem die Juristen – vor allem die Jüngeren – zunehmend ausgesetzt scheinen, wirklich diesen zugespitzten Charakter hat, wird es vielleicht begrüßen, Genaueres über die Entwicklungslinien zu erfahren.

1. Man braucht dabei keineswegs weit in die Vergangenheit zurückzugreifen. Eine gute Anschauung bietet etwa die letzte Debatte über die Verjährung von NS-Verbrechen. Juristisch sei ja „nichts mehr zu machen", hörte man dann wohl, aber moralisch und politisch gesehen könne gar nicht zweifelhaft sein, daß eine Verjährung nicht eintreten dürfe. Dem Fachmann fällt es relativ leicht, darauf hinzuweisen, daß dieses Nebeneinander der Gesichtspunkte durchaus nicht im Sinne der Juristen ist, sie vielmehr danach trachten, Probleme dieser Art auf eine Politisch-Moralisches und Juristisches miteinander verbindende Linie zu bringen, daß eine die politisch-moralischen Aspekte vernachlässigende, sozusagen „rein" juristische Lösung nicht befriedigen könne, das Ergebnis schlechter Jurisprudenz sein müsse.

2. Andere Diskussionen allerdings lassen sich nicht in dieser Weise auflösen. Die Lockerung der Abtreibungsverbote etwa hat, worüber man sich leicht Gewißheit verschaffen kann, die Sensibilität vieler Frauen – und auch wohl Männer – gegenüber dem Vorgang, den man „Abtötung der Leibesfrucht" nennt, ziemlich unberührt gelassen. Es sind dies nicht etwa nur diejenigen Frauen und Männer, die gegen die Lockerung der Verbote sind, sondern durchaus auch deren Befürworter. Sie nämlich machen eine doppelte Rechnung auf. Sie tun das vielleicht nicht immer von vornherein, neigen zunächst dazu, aus einem Gesichtspunkt zu urteilen, verlieren diese Unbefangenheit der Einheitlichkeit des Vorstellens aber bald, weil es – damit greife ich indessen weit vor – einen tiefliegenden Zusammenhang zwischen moralischer Sensibilität und dem Bedürfnis nach zurückhaltender Kriminalisierung durch staatliche Verbotstätigkeit gibt. Schon jetzt ist jedenfalls festzustellen, daß – anders als bei der Verjährung – gar keine Veranlassung besteht, eine persönliche Abneigung gegen Abtreibungen, die ganz sicher etwas mit Moral zu tun hat, mit der juristischen Lösung in dem Sinne äußerlich zu harmonisieren, daß entweder nun auch die Kriminalisierung gefordert wird, oder aber – bei entfallender Kriminalisierung – ein Druck in Richtung moralischer Desensibilisierung besteht, die Abneigung gegen Abtreibung ihrerseits nun auf einmal nicht mehr „erlaubt" sein soll.

3. Dies sind Beispiele für zwei diametrale Tendenzen in der – freilich zunächst nur alltäglichem Verständnis folgenden – Beurteilung des Verhältnisses von Recht und Moral. Nimmt man weitere Beispiele hinzu, so zeigen sich aber auch der eindeutigen Rubrizierung (im Sinne entweder der Einheit von Moral und Recht oder der scharfen Trennung) sich entziehende Akzentuierungen. Es ist noch nicht lange her, da nannte man das, was heute Sexualdelinquenz genannt wird, Verbrechen gegen die Sittlichkeit, also gegen die Moral auf dem Gebiet des Geschlechtslebens. Die Kritik an diesem Strafrecht entzündete sich sowohl daran, daß das Recht hier „moralisiere", als auch daran, daß es eine überholte oder falsche Moral schütze. Mit den Reformen des Sexualstrafrechts ist diese doppelte Kontroverse zwar in concreto mehr oder weniger eingeebnet, nicht aber strukturell beseitigt. Denn auf anderen Feldern erneuert sich das Problem mit umgekehrten Vorzeichen. Im Namen der Moral wird kritisiert, daß das Recht zu wenig Schutz gewähre gegen Umweltverschmutzung, Gefährdung von Leib und Leben durch Kernkraftwerke, Mißhandlung von Kindern (wobei die subtilen Formen seelisch-sozialer Vernachlässigung mitgemeint sind). Wieder verläuft die Argumentation auf zwei Ebenen. Das Recht hat – das ist die Basis – sich an der Moral auszurichten, und außerdem muß es sich für die „richtige" Moral entscheiden. Wer hat nun recht? Die erste Antwort auf diese Frage, mit der hier zu rechnen ist, lautet wahrscheinlich, daß der Wandel der Ansichten sich nur auf den Wandel der Moral beziehe, und hier kann man mit guten Gründen auf – wie auch immer zu legitimierende – Umwertungen verweisen: Die relevante Moral ist nicht die verstaubte Sexualmoral, sondern die Fähigkeit, gesundheitliche Schädigungen richtig zu würdigen. Die Moral bleibt von diesem Standpunkt aus gesehen also die Präferenzordnung. Das bedeutet freilich, daß bei der Kritik am Sexualstrafrecht, sofern sie fortgesetzt wird (etwa mit Blick auf die Entkriminalisierung der Homosexualität mit Jugendlichen) das Argument, das Recht moralisere hier, fallen gelassen werden muß. Ich habe aber große Zweifel, ob die Kritiker des Sexualstrafrechts sich diese Waffe nehmen lassen; sie werden mindestens aus strategischen Erwägungen auf das Argument nicht verzichten, und die Notwendigkeit strategischer Kalkulation indiziert das Fortbestehen eines Moral und Recht strukturell unterschiedlich bewertenden Bewußtseins der Adressaten von Normen, Richtersprüchen, Verwaltungsentscheidungen etc. Die Empfehlung, darauf Rücksicht zu nehmen, wäre keine, wie die Soziologen vielleicht sagen würden, positivistische Anpassung. Denn daß die Abweisung moralischer Einflüsse auf das Recht etwa falsch sei, bedürfte ja ebensosehr des Beweises wie die entgegengesetzte Auffassung. Das Ergebnis der Betrachtung dieser dritten Gruppe von Beispielen ist also, daß es neben eindeutigen Aussagen pro oder contra einer gemeinsamen Fundierung von Recht und Moral auch Fälle ausgesprochener Ambiguität gibt (jedenfalls solange es erst einmal nur auf Evidenz oder Plausibilität des ersten Anscheins ankommt).

Allerdings beschränkt sich in diesen Fällen die Feststellung der Ungewißheit darauf, unter welchen Voraussetzungen überhaupt „moralisiert" werden darf. Daß einige Sätze als für das Recht relevante moralische Sätze gelten und andere nicht, scheint ungeachtet inhaltlicher Kontroversen unproblematisch.

4. Auch diese Sicherheit schwindet – spätestens – bei Betrachtung einer vierten (und vorläufig letzten) Gruppe von Fällen.

Es sind dies Fälle, in denen ganz allgemeine Begriffe, die in Gesetzen vorkommen und daher Rechtsbegriffe genannt werden, unter Rückgriff auf – wie man sagt – moralisierende Merkmale konkretisiert werden. Als „niedrige Beweggründe" für eine Tötung etwa (§ 211 StGB) gelten Motive, „‚die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind'. Der Täter ‚verleugnet die sittliche Verantwortung, vor die jedermann gestellt ist, bewußt so stark, daß der Antrieb seines Tuns keinerlei Verständnis mehr verdient, sondern nur noch Verachtung'. Zorn und Wut können niedrige Beweggründe sein, ‚wenn sie auf einer niedrigen Gesinnung beruhen'. Der Täter muß sich bei Begehung der Tat derjenigen Umstände bewußt gewesen sein, „die den Antrieb zum Handeln zu einem besonders verwerflichen machen'".[1] Mit Bezug auf „Habgier" heißt es, daß sie ein Gewinnstreben ist, „‚das in seiner Rücksichtslosigkeit das gewöhnliche Maß weit übersteigt'. Der Täter geht in ‚rücksichts- und gewissenloser Weise darauf aus, seine Vermögenslage zu verbessern'".[2] „Als grausam erscheint die Tötung, wenn sie Ausdruck ‚gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung' (ist). Die Vernichtung eines Menschenlebens in Verdeckungsabsicht wird als ‚besonders verwerflich' charakterisiert, weil eine solche Tat ‚im höchsten Maße gewissenlos und verabscheuungswürdig ist'".[3] Dies sind von der höchstrichterlichen Rechtssprechung gegebene Begründungen. Sie werden kritisiert unter Hinweis darauf, daß es im pluralistischen Gemeinwesen keine moralische Autorität gebe, welche „Angelegenheiten der Sozialethik" für alle verbindlich regele. Es gebe auch keinen unverbildeten Beobachter, der allgemein anerkannte sittliche Anschauungen offenbare. Der Richter selbst erkläre sich „unbewußt oder bewußt" zum unverbildeten Beobachter und seine eigenen moralischen Anschauungen zum Bestandteil des Rechts. „Es ist aber auf die Dauer in einem pluralistisch angelegten Rechtsstaat unerträglich, daß die so wichtige Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag mit allen daran geknüpften schwerwiegenden Folgen davon abhängen soll, mit welchem weltanschaulichen Inhalt der jeweils berufene Richter die sittlichen Blankettbegriffe ausfüllt. Ziel jeglicher Rechtsprechung in Strafsachen sollte der Rechtsgüterschutz, nicht die moralische Verdammnis sein."[4]

So sehr man dieser Kritik vielleicht spontan zustimmen möchte, es fragt sich doch, welcher Begriff von Moral hier eigentlich zugrunde liegt. Die Worte „verwerflich", „sittlich" wiederholen nur in adjektiver Form die Definition, sind also tautologisch. Die im übrigen verwandten Ausdrücke – niedrig, rücksichtslos, gewissenlos, gefühllos, unbarmherzig, verabscheuungswürdig – besagen gar nichts über die Zuordnung. Die Kritik hebt hervor, daß diese Argumentation in der Rechtsprechung irrational, gefühlsbetont und bar jeder festen Kontur sei. Auch das trifft sicher zu – aber man erfährt mit keinem Wort, weshalb das typisch sei für moralisierende Begründungen. Auch aus der Sache selbst ergibt sich das keinesfalls ohne weiteres: weder ist undenkbar (vielmehr historisch belegbar), daß das Recht irrational, noch daß Moral rational sei. Dies scheint freilich die unausgesprochene Prämisse der Kritik zu sein, denn gerade mit der Devise „rational bestimmte Lösungen" macht sie Vorschläge namhaft, die dem Trend des Morali-

sierens angeblich entgegenwirken. Auf die Sozialschädlichkeit der Handlung und entsprechende Gefährdung komme es bei rational bestimmten Lösungen an; Indikatoren für diese Gefährlichkeit seien unter anderem ein krasses Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck, wie es sich etwa bei jemandem zeige, der aus übermäßigem Gewinnstreben töte. Auch vorhergehende „Überlegung" deute auf diese Gefährlichkeit. Weshalb diese Gesichtspunkte so besonders typisch juristisch sein sollen und die Zäsur zu moralisierenden Merkmalen markieren, bleibt ganz dunkel, darüber hinaus freilich auch, mit welchem Rationalitätsbegriff gearbeitet wird. Unklarer und kriterienloser kann kaum etwas sein. Ist das – im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts – ein praktisches Ergebnis der endlosen Bemühungen um Klärung des Verhältnisses von Recht und Moral? Jedenfalls legt der Befund, daß es so sein könnte, bereits die Frage nahe, ob zur Klärung dieses Verhältnisses eigentlich schon alles Erforderliche getan ist.

Angesichts der Vielzahl der zusammengetragenen Gesichtspunkte und der eindrucksvollen Versuche, sie zu systematisieren, muß es jedem schwerfallen, mit Nein zu antworten. Man sieht bald, daß die eingangs vorgestellten Fallgruppen ja nur einen Teilbereich des Problemfeldes betreffen. Ist im übrigen alles in Ordnung? Ist es also eigentlich mehr als ein Zufall aufzufassen, daß hier die schwachen Stellen zur Sprache gekommen sind? Das ist nicht gerade sehr wahrscheinlich, aber selbst wenn es so wäre, müßte man der Qualität eines Teilsystems mißtrauen, das nicht ganz unerheblichen Fragen eines anderen Teilsystems gegenüber so indolent ist. Wie man es auch wendet, es empfiehlt sich, nunmehr das Ganze in Augenschein zu nehmen.

II.

Die inzwischen schon klassisch gewordenen Unterscheidungen bewegen sich – stichwortartig ausgedrückt – in folgenden Bahnen: Die Moral bezieht sich auf innere Vorgänge, das Recht auf äußere Vorgänge. Die Moral ist etwas, wobei die Motive entscheiden, für die Befolgung des Rechts ist das Motiv nicht von Interesse. Die Moral ist der Freiheit des Einzelnen überlassen, das Recht ist mit Gewalt vorschreibbar und durchsetzbar. Die Moral erfaßt alle Feinheiten des menschlichen Lebens, das Recht ist das ethische Minimum. Die Moral ist nicht an Verfahren gebunden, das Recht ist – möglicherweise – nur durch Verfahren überhaupt legitimierbar. Die Moral ist vor allem eine verpflichtende Instanz, das Recht ist in erster Linie eine Quelle für Berechtigungen. Die Moral hat einen Anteil an aktiver Sozialgestaltung, das Recht ist ausschließlich ein Instrument für die Sicherung bürgerlicher Freiheit. Die Moral ist kompromißlos, das Recht lebt von Kompromissen. Das Recht ist ein Mittel, allgemein anerkannte ethische Forderungen durchzusetzen, die Moral spricht für sich. Das Recht ist eine Institution, welche die Freiheit moralischer Handlungen sichert, die Moral bedarf solcher Institutionen nicht. Das Recht ist unabhängig von der öffentlichen Meinung, die Moral bedient sich der öffentlichen Meinung. Zu den Geltungsvoraussetzungen des

Rechts gehört auch ein gewisses Quantum an Wirksamkeit. Für die Geltung der Moral kommt es darauf nicht an; möglicherweise scheidet der Begriff der Geltung für sie sogar ganz aus.[5]

Über diese Charakterisierungen ist sehr viel geschrieben worden,[6] und alle sind umstritten. Man kann wahrscheinlich bei kaum einer rechtsphilosophischen Frage so deutlich sehen, welche Rechtskonzeption jeweils impliziert ist. Das gilt sowohl für die größere Nähe oder Ferne zwischen Recht und Moral allgemein als auch für einzelne Unterscheidungskriterien. Methodische, politisch-konzeptionelle, oder politisch-realistische Positionen sind dabei gleichermaßen, manchmal kumulativ, manchmal auch jede für sich definiert.

Die Vorstellung etwa, um damit zu beginnen, das Recht dürfe sich nicht auf die Funktion, Freiheitsgarantie zu sein, beschränken, sondern müsse auch in die – nach verbreiteter Auffassung – der Moral vorbehaltenen Bereiche der Sozialgestaltung vordringen, entwickelte sich nur auf der Basis eines Staatsrechtsverständnisses, welches das Sozialstaatsprinzip als Satz des geltenden Rechts begreift und nicht nur als Programmsatz.[7] Ein anderes Beispiel – der Streit über die Rolle des subjektiven Moments im Recht – berührt alle drei Ebenen. Für die methodische Ebene typisch ist die Diskussion zwischen Natorp, Cohen, Stammler und Radbruch.[8] Nur auf der methodologischen Ebene bewegt sich die Diskussion um den logischen Status der Rechtsnorm.

Eher generalisierend als auf einzelne Aspekte abhebend, stellt sich das Problem Recht und Moral von der Warte bestimmter Grundrichtungen der Rechtsphilosophie dar. Für die „Anerkennungstheorien" des Rechts etwa ist eine Annäherung zwischen Recht und Moral,[9] für die Machttheorie eine besonders scharfe Trennung typisch – mit entsprechenden Schattierungen – je nachdem, mit welcher Eindeutigkeit die Positionen vertreten werden.

Die Forderung nach Aufhebung oder erheblicher Minderung des Gegensatzes zwischen Moral und Recht findet sich aber auch in Konzeptionen mit totalen Ansprüchen in bezug auf die Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens. Freilich handelt es sich hier immer nur um Tendenzen, und sie erstrecken sich auch nur auf einen Teilbereich. Für die katholische Rechtsphilosophie sind Rechtspflichten im Grunde genommen echte sittliche Pflichten.[10] Förmlichkeit des Verfahrens und Rechtszwang bleiben indessen unangetastet. Ähnliches kann man für die sozialistisch orientierten Gesellschaften und Rechtskonzeptionen feststellen[11] – als Vorstufe zur Überwindung des Gegensatzes von Egoismus und Aufopferung und damit der Moral als Sollensordnung.[12] Aber auch weniger konsistente, nicht totalen Lösungen verschriebene Systeme neigen zu Konfundierungen, wobei sich deren Schwerpunkte oft – und ziemlich willkürlich anmutend – verschieben. Das hängt damit zusammen, daß die – das Recht determinierende – Moral dieser Systeme oft kurzlebig, heterogen und subjektiv oder willkürlich ist.

Man mag finden, daß bei so viel Relativierungen es ganz sinnlos ist, noch nach Klassifizierungen und Legitimationen zu suchen. Aber es ist nicht leicht, hier Abgrenzungen zwischen dem vorzunehmen, was man nur schlecht findet, und dem, was dem Begriff von Recht und Moral in keiner Weise genügt.

Werden Moral und Recht gar nicht mehr intendiert, scheint die Sache klar zu sein. Fast immer – auch in den schlimmsten Fällen von Tyrannei – wird aber im Rahmen von Moral und Recht argumentiert, und zwar nicht nur strategisch, sondern aus – wie auch immer pervertierten – Überzeugungen heraus. Je radikaler und intensiver das geschieht, um so stärker liegt nach allen Erfahrungen der Akzent auf der Moralisierung des Rechts. Dabei gibt es unterschiedliche Schwerpunkte. Das schillerndste Bild bietet die NS-Herrschaft:

Der Kampf gegen die Juristen findet an mehreren Stellen statt. Maßgebend ist die Vorstellung, daß sich alles auf die Favorisierung der höherstehenden nordischen Rasse zu konzentrieren habe. Auf das Basis einer neuen „Moral" wird das jeder Eigenständigkeit entsagende – entsprechende Recht gefordert. Hierher gehört auch, daß die Vorstellung, das Recht sei nur an äußeren Handlungen interessiert, aufgegeben oder abgeschwächt wird; auch und gerade Gesinnungen und Motive sollen der Sozialkontrolle und ihren Sanktionsmöglichkeiten nicht entzogen sein. Damit hängt weiter zusammen eine Abkehr von der Idee, daß nur die Moral kompromißlos sein dürfe; dies wird vielmehr auch vom Recht erwartet, keine Grenzmoral also als Maßstab des Rechts, keine Beschränkung auf das ethische Minimum. Alles Recht geht vom Führer aus – das ist zugleich die Etablierung der höchsten moralischen Autorität als Rechtsquelle. Auch eine Umkehrung der Gesichtspunkte wird sichtbar: Gerade für die Moral soll keineswegs Autonomie gelten; vielmehr ist das Führerprinzip natürlich ein heteronomes Prinzip. Damit ist der Verbindlichkeitsbegriff des Rechts für die Moral reklamiert. Und selbstverständlich verpflichtet die Moral auch, nicht nur das Recht. Das gleiche gilt für die Gemeinschaftsbezogenheit, die nach bürgerlichen Begriffen eine Sache vorwiegend des Rechts war, jetzt eine Sache (vielleicht sogar in erster Linie) der Moral ist. Wiederum anders verhält es sich mit der Rolle der öffentlichen Meinung, von manchen als Vehikel ausschließlich der Moral begriffen. Sie hat in der NS-Ideologie eine ganz wichtige Funktion für die Rechtsentwicklung, wobei natürlich noch zu prüfen sein wird, ob es sich dabei um öffentliche Meinung gehandelt hat, wie wir sie heute verstehen.

Je nach Opportunität wird allerdings die Position auch gewechselt, die von dem Moralverständnis abgetrennten Instrumente des Rechts werden wegen der besseren Durchsetzbarkeit (auch mit Blick auf die – Ruhe im Staate verbürgende – Akzeptanz durch die Bevölkerung oder der für wichtig gehaltenen Teile der Bevölkerung) eingesetzt. Das Hauptbeispiel dafür ist die Gesetzesflut. Alles kann im Reichsgesetzblatt verkündet werden, das gilt auch für die Nürnberger Rassengesetze, wenn das ein Weg ist, in „überlebten" Rechtsstaatskategorien lebende Richter gleichzuschalten. In der Dogmatik, also der Konkretisierung von Rechtssätzen mit dem Ziel ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit auf einzelne Lebenssachverhalte, gibt es entsprechende Erscheinungen – zu anderen Zeiten ganz harmlos-unbürokratischen Vorgängen geltende Rechtsbegriffe werden den fürchterlichsten Mordtaten übergestülpt, um ihnen eben diesen, Akzeptation versprechenden, harmlos-bürokratischen Schein zu geben. Die Anwendung dieser Techniken bestätigt eigentlich die Ausgangsvermutung, daß in totalitär angelegten Systemen für eine

Eigenständigkeit des Rechts kaum Raum ist; es ist vielmehr der Moral, d.h. dem, was dafür gehalten wird, ganz und gar nachgeordnet, oder es wird ganz bewußt manipulativ zu Täuschungs- oder Beruhigungszwecken verwendet, wobei die Erwartung, die juristisch (klingende) Argumentation werde akzeptiert, natürlich indiziert, daß eine andere, die Eigenständigkeit des Rechts betonende Vorstellung vom Recht in der Sphäre derer, an deren Adresse sich die juristische Argumentation richtet, noch lebendig ist. Das ist, soweit wir sehen, immer eine Rechts*tradition* (so die geschickte Ausnützung bürgerlich-traditionellen Rechtsdenkens durch die Nazis).[13] Freilich gibt es auch das Umgekehrte. Die Anschauung dafür liefert die Strafgerichtsbarkeit moderner orientalischer Staaten. Was von der islamischen Bevölkerung als rechtens akzeptiert wird, weil es als im Einklang mit elementar-religiös-moralischen Vorstellungen befindlich präsentiert wird, legitimiert sich für die herrschende Elite im Zweifel aus ganz anderen Gesichtspunkten. Dort, wo sie eigentlich westlich-parlamentarisch-rechtsstaatlich-technokratisch agieren möchte, es aber im Angesicht der unaufgeklärten Bevölkerung nicht kann, ist die Umkehrung komplett. Der Kampf gegen die Tradition – mit den entsprechenden strategischen Zugeständnissen – ist nicht, wie bei den Nazis, der Kampf gegen eine auf bestimmte Differenzierungen zwischen Recht und Moral bestehende Rechtsstaatlichkeit, sondern der Kampf gegen archaisches, für die modernen Differenzierungen der Sozialethik, wie sie sich in den unterschiedlichen Begriffen von Recht und Moral zeigt, noch nicht aufnahmebereites Denken und Fühlen. Dort allerdings, wo einer in frommen Traditionen lebenden Bevölkerung eine nur auf Macht- und Besitzausweitung, lediglich an westlichen *Bedürfnissen* geschulte Elite gegenübersteht, geht es weniger um die Perspektivendifferenz von *Recht* und Moral als um die von *Macht* und Moral. Wie schwer es ist, ein politisches System insoweit richtig zu beurteilen, zeigen die iranischen „Schnellverfahren". Wenn die iranische Bevölkerung diese Verfahren und ihren Ausgang begrüßt, so geschieht dies sicher in der Meinung, daß alle Förmlichkeit und zweifelnde Vorsicht etwas sei, was der klaren, moralisch-politischen Forderung zuwiderlaufe. Daß der Führungsstab seinerseits aus tiefer, mit den Massen parallelgehender Überzeugung handelt und anordnet, ist hingegen kaum glaubhaft. Aber was ihn stattdessen determiniert, ist wohl schwer zu sagen. Daß ihm nichts ferner liegt als Aufklärung und Rechtsstaatlichkeit, ist jedenfalls gewiß.

Bei alledem muß man sich klar machen, daß den jeweiligen Einschätzungen des Verhältnisses von Recht und Moral Selbstdefinitionen dessen, was Moral inhaltlich ist, zugrunde liegen, über die man sehr streiten kann. Angesichts der Hinrichtungsgreuel im Namen einer islamischen Revolution, die im Brustton der höheren Moral vorgetragen wird, erscheinen beispielsweise die Skrupel, die hierzulande einige Richter davon abhalten, auf unzulässig (durch Abhörung) erworbenes Material gestützte Beweisanträge zuzulassen, eigentlich viel eher als Anerkennung höherer, besserer Moral und nicht – obwohl dies die offizielle Lesart ist – als Frucht einer sehr spezifischen und gerade von moralischen Normen abgehobenen Rechtskultur.[14]

Daß es so schwer ist, wie man sieht, sowohl subjektive Vorstellungen von der Moralität eines Handelns als auch die Verwendung des Begriffs Moral zu kontrollieren mit der Folge, bestimmte inhaltliche Vorstellungen und Begriffsverwendungen zurückzuweisen, hängt miteinander zusammen; es fehlt ein übergeordneter Gesichtspunkt. Das ist in der langen Tradition der Abgrenzung von Moral und Recht meines Erachtens nie richtig klar geworden, weil alle an der Diskussion Beteiligten sich mit gleichsam mittlerer Plausibilität für die von ihnen zugrundegelegte Moral begnügt und untereinander in Ruhe gelassen haben. Das mußte sich auf die Diskussion des Gesamtproblems auswirken. Die oben geäußerte Vermutung, daß die eingangs (I) skizzierten Schwierigkeiten in bezug auf die Einschätzung des Verhältnisses von Recht und Moral nicht nur isolierbare, besonders problematische Einzelfragen eines im übrigen klare Abgrenzungen bereithaltenden Systems betreffen, sondern auch Indizien für die Misere des ganzen Komplexes sind, ist damit zur Gewißheit geworden.

III.

Eine Wiederaufnahme der Versuche, das Verhältnis von Recht und Moral zu klären, erscheint nur unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll. Zunächst sind die neueren Forschungen auf dem Gebiet der Ethik daraufhin in Augenschein zu nehmen, ob es überhaupt möglich ist, die Relativität der inhaltlichen Anschauungen und Begriffsverwendungen im Bereich der Ethik zu überwinden (A). Sodann muß etwas gesagt werden über diejenigen Ansätze moderner Rechtsentwicklung, die in den bisherigen Diskussionen noch keine Berücksichtigung gefunden haben und größtenteils, weil die meisten das geläufige Bild des Verhältnisses von Recht und Moral bestimmenden wissenschaftlichen Beiträge schon relativ weit zurückliegen, auch gar nicht berücksichtigt werden konnten (B). Es sind dies (a) die durch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland befestigte und bei vielen Einzelfragen sichtbar werdende Dialektik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip, (b) die – einerseits durch interventionistisch orientierte – Gesetzgebung, andererseits durch Wandlungen der sozialen Kommunikation inaugurierten alternativen Rechtsformen (kritisch begleitet durch die Debatte über die Leistungsfähigkeit der „Rechtsform" überhaupt), (c) die Zunahme konsensorientierten Rechtsdenkens auf dem Hintergrund sich in vielen Einzelbereichen konkretisierender Demokratie, begleitet durch erkenntnistheoretisch motivierte Zweifel an objektiven „Rechtswahrheiten".

(A) Die „neuere Ethik" hat sich von den traditionellen Bemühungen auf diesem Gebiet nach zwei Seiten hin fortentwickelt und (teilweise) neu etabliert.

a) An die Stelle der Bemühungen, trotz radikaler Erkenntniskritik bestimmte ethische Inhalte verbindlich zu formulieren, sind Theorien getreten, die den ganzen Komplex in lösbare und nichtlösbare Probleme aufgeteilt haben.

aa) Zu den lösbaren Problemen wird
(1) zunächst das gerechnet, was – sieht man genauer hin – gar nicht die Frage nach der Wertung auslöst, sondern nichts weiter als Zweckmäßigkeitskontrolle ist.[15] Sehr viele mit einem Anspruch an die philosophische Ethik auftretende Fragen erledigen sich auf dieses Weise.[16]
(2) Sodann wird für lösbar, d.h. mit wissenschaftlichen Methoden beantwortbar gehalten eine sich ständig erweiternde Klasse von Fragen, die nur der Klärung der beim Sprechen über ethische Probleme verwendeten Begriffe gilt. Diese Klärungen stellen überwiegend die Leistung einer sehr subtil gewordenen Sprachphilosophie dar und werden als der wichtigste Beitrag der analytischen Philosophie auf dem Gebiete der Ethik begriffen.[17]
(3) Hinzu kommen Beschreibungen, Vergleiche ethischer Aussagen, der Struktur ethischer Normen, ihrer systematischen Anwendungen und der Folgen, beziehungsweise Wirkungen ethischen Argumentierens, ethischer Systeme etc. Eigentlich sind dies Fragen, die eher in das Gebiet einer Soziologie der Ethik gehören; sie stellen aber gewissermaßen das empirische Pendant zu den semantisch-analytischen Ethik-Aussagen dar und bilden mit ihnen einen Zusammenhang, der insgesamt das ausmacht, was man analytische[18] Ethik nennt.
(4) Den Rahmen für alle diese Typen von Aussagen schließlich bildet eine ausgefeilte Metaethik,[19] d.h. eine systematische Aufarbeitung der Möglichkeiten, auf dem Gebiet der Ethik wissenschaftlich zu arbeiten (im Grunde ist dies die Vorfrage zu (1) bis (3)).

bb) Als vergeblich hingegen gelten alle Versuche, bestimmte Inhalte ethischer Normen mit wissenschaftlichen Methoden für verbindlich zu erklären. Hier gibt es aber Grenzbereiche, von denen nicht immer leicht zu sagen ist, ob sie nicht doch noch in den Bereich der lösbaren Probleme gehören. Die Rekonstruktion der psychologischen Prozesse, die den Wertungsprozeß begleiten, hat soziologisch sehr bald interessiert.[20] Aber sie führt ebenfalls nur zu einer Wertbegründung, die sich in der Analyse und Bewertung der bei der Wertung angewandten Verfahren erschöpft. Es gibt insoweit auch in der analytischen Philosophie wichtige Ansätze,[21] die aber nicht ausgebaut worden sind.[22]

b) Vielmehr ist der prozedurale Legitimationstyp im Bereich der Ethik inzwischen Sache jener zweiten, ebenfalls von der Tradition der materialen Wertphilosophie sich ablösenden Richtung geworden, die sich von der unter a) geschilderten im Prinzip dadurch unterscheidet, daß sie – weil ihr die Fragwürdigkeit der Wahl des Ausgangspunktes stärker bewußt ist – die Welt nicht ab ovo in wissenschaftlich erkennbare und nicht erkennbare Anteile aufspaltet. Wenn man will, kann man darin ein dialektisches, d.h. die Unauflösbarkeit der Subjekt-Objekt-Beziehung reflektierendes Prinzip sehen. Dieses Prinzip jedenfalls ist es, daß diese Richtung, ohne daß feste Erkenntnisgrenzen fixiert werden,[23] davor bewahrt, in traditionelle, material orientierte Begründungsstrukturen zurückfallen. Gemieden wird aber auch die – schon bei Kant auftretende Zirkularität der Erkenntnisbegrenzung.[24]

Dieser – (selbst)kritische – Zug ist es, der einen (von beiden Richtungen freilich nicht gewollten und zurückgewiesenen) gemeinsamen Nenner sichtbar werden läßt, jedenfalls in dem Maße, wie theoriegeleitete Konventionen (Festsetzungen) einerseits, kommunikative Kompetenz andererseits als unreduzierbare Größen erscheinen.[25]

aa) Die Vorschläge, ethische Normen im Diskurs zu ermitteln, genauer: zu konstituieren und alle wissenschaftlichen Bemühungen darauf zu richten, die Bedingungen für einen Diskurs, der diese Aufgabe erfüllen kann, zu ermitteln, wird in Deutschland vor allem mit den Arbeiten Karl Otto Apels und Jürgen Habermas' verknüpft.[26] Hierüber ist so viel geschrieben worden,[27] daß auf die Wiedergabe der Argumente pro und contra verzichtet werden kann.[28]

bb) Im folgenden kommt es daher nur darauf an, einen Standpunkt zu beziehen. Dabei sind vor allem[29] (1) die kritischen Überlegungen zu würdigen, die sich an eine Konfundierung von Konsenstheorien der Wahrheit und Konsenstheorien der Begründung ethischer Normen knüpfen,[30] (2) das Problem der Legitimierung einer die Aufgaben der Normenbegründung erfüllenden Kommunikation – entweder normative Voraussetzungen[31] oder infiniter Regreß (Konsens über die Bedingungen des Konsenses über die Bedingungen...[32]), (3) die Schwierigkeiten, die sich aus den evidenten Schwächen realer Kommunikation[33] für eine Evolutionsprognose in bezug auf ideale Kommunikation ergeben,[34] und schließlich (4) die Einwände, die sich darauf beziehen, daß die Konsensustheorie nur den Geltungsaspekt, nicht die Konstitutionsproblematik berücksichtige.[35]
(1) Man vergegenwärtige sich noch einmal die Situation. Die Einwendungen gegen die Korrespondenztheorie der Wahrheit sind bekannt und schlechterdings unüberwindlich. Vor allem der seit Franz Brentanos Hinweis auf die Unausweichlichkeit eines Regresses auch hier – nur durch ein wahres Urteil kann das Übereinstimmen eines in einem Satz ausgesprochenen Urteils mit der Wirklichkeit entschieden werden – geläufigen Schwierigkeiten ist zu bedenken. Der Regreß entsteht, „weil wir uns nicht gleichsam zwischen den Satz und die Wirklichkeit stellen können (um so über den Zaun zu gucken), sondern diese sich uns nur sprachlich eröffnet beziehungsweise verfügbar wird".[36] Die Kohärenz-Theorie indessen hat so viele indiskutable Folgeprobleme (wie steht es mit dem faktischen Verlauf des Wissensfortschritts, mit dem Problem der Erklärung der technischen Anwendbarkeit des durch Involvierung erworbenen Wissens, überhaupt mit dem Problem des Wissensumfangs[37]), daß man auch bei ihr nicht stehenbleiben kann.

Wenn man „die wahren Protokollsätze unserer Wissenschaft von den falschen eines Märchens unterscheiden kann", so liegt das vielmehr daran, daß „das von uns als wahr bezeichnete System an Protokollsätzen, auf das wir uns im täglichen Leben und in der Wissenschaft beziehen (...), dasjenige System ist, welches die Menschheit und besonders die Wissenschaft unseres Kulturkreises tatsächlich akzeptiert".[38]

Jedenfalls gilt das für Akte und Zustände, deren Einschätzung nicht selbstverständlich im Sinne des statements „vier Milliarden Menschen können nicht

irren" ist,[39] so daß es auch gar nicht darauf ankommen kann, die Zustimmung aller zu allem zu erlangen – dieses argumentum ad absurdum[40] ist also vielleicht auszuscheiden. Es genügt die potentielle Zustimmung aller anderen,[41] im Grunde genügt es schon, die Verfahren verfügbar zu machen, die den Konsens in gewissen historischen Sprachgemeinschaften möglich machen.[42] Für die Beantwortung von „Wahrheitsfragen" auf ethischem Gebiet kann die Brauchbarkeit dieser Methode leicht dargetan werden. Diese Wahrheitsfragen decken sich auf weite Strekken mit dem Vergleich von Zweck-Mittel-Beziehungen. Denn auch für moralisches Verhalten kommt es auf Zielsetzungen an und den Versuch, diese Ziele zu realisieren. Die dabei einzusetzenden „Tatsachen" (Eignung eines Mittels für die Erreichbarkeit eines vorgegebenen Zwecks, Kalkulation der Nebenfolgen) sind, weil es um Erfahrungen und nicht (direkte) Handlungsanweisungen geht, (noch) nicht Gegenstand eines praktischen, sondern eines theoretischen Diskurses.[43]

Angesichts der großen quantitativen und qualitativen Bedeutung dieser durch theoretische Diskurse zustandekommenden Zweck/Mittel-Operationalisierungen für Wertentscheidungen[44] scheint die Frage nach einer einheitlichen Behandlung von Wahrheits- und Richtigkeitstheorien an Interesse zu verlieren. Denn selbst, wenn praktische Diskurse anderen Gesetzen unterliegen sollten, behielte die Konsensustheorie der Wahrheit ein ganz erhebliches Gewicht für die Lösung ethischer Probleme.[45]

Näher liegt es weiterzugehen und die Vermutung aufzustellen, daß – wenn sogar Wahrheit (also das, was angeblich „ist") nur konsensorientiert ist, erst recht für Richtigkeit (das, was sein soll) – kein anspruchsvolleres Kriterium gelten kann.[46] Dort, wo es sich also nicht mehr um den Vergleich von Zweck/Mittel-Ketten handelt, wo also Zwecke nicht mehr auf Mittel für die Erreichung dahinterliegender Zwecke reduziert werden können, beginnt der praktische Diskurs.

(2) Man braucht nicht viel Scharfsinn aufzuwenden, um zu erkennen, daß die Diskurstheorien ebenso wenig voraussetzungslos sind wie andere Wahrheits- oder Richtigkeitstheorien. Ältere Philosophen haben – in bescheideneren Zusammenhängen – dieses Problem längst gesehen und sich damit abgefunden. Ich meine den unendlichen Regreß der Protokollsätze über Wahrnehmungen. Da Identität zwischen sprachlicher Aussage und Wahrnehmung nicht eintreten kann, muß dieser Regreß irgendwann abgebrochen werden – das steht schon bei Carnap.[47] Wichtig ist, wie genau man sich dieser Voraussetzungen bewußt ist und wie man mit ihnen umgeht. Theorien, die das möglich machen, sind Theorien, die das nicht können und daher auch nicht versuchen, überlegen. Für konsensorientierte Theorien sind die Prozesse und Entwicklungen, die an das heranführen, was man nicht mehr erklären kann, zentrales Thema[48] – das unterscheidet sie von anderen Theorien. Wenn es – allerdings unter Beschränkung auf praktische Diskurse – heißt, es bleibe „eine ganz auf der Linie naturrechtlicher Begründungsversuche liegende dogmatische metaphysische Annahme, ein unter idealen Bedingungen zustande gekommener Konsens" erfasse „das an sich Richtige, Gerechte mit untrüglicher Sicherheit",[48a] so wird dabei übersehen, daß der Rückzug auf Diskursmodelle ja gerade das Ergebnis skeptischer Betrachtungen überkommener metaphysischer Positionen ist.

Allenfalls kann man sagen, daß stärker als alle anderen Prinzipien das Prinzip der Demokratie im Hintergrund stehe. Die möglichst gründliche Einigung möglichst vieler Leute ist sozusagen „the second best", wobei aber entweder stillschweigend mitgedacht wird, daß die Freiheit des Einzelnen, die sich in der Teilnahme am politischen Entscheidungsprozeß realisiert, das höchste Gut sei, das bei fehlender Einsicht in andere materielle Wahrheiten angestrebt werden müsse, oder aber sogar, daß die Freiheit überhaupt der oberste Wert sei, oder endlich, daß jene nicht erkennbare materiellen Wahrheiten am ehesten noch durch die Mitwirkung möglichst vieler zu finden seien.[49]

(3) Nur weil die Diskurstheorien ihre eigenen Voraussetzungen so präzis reflektieren, kommt das dritte Problem überhaupt in den Blick, wird die Frage, wie man die Bedingungen für Kommunikation verbessern kann, erst relevant. Sie stellt sich, wie bereits dargelegt,[50] in bezug auf Zweck/Mittel-Vergleiche, aber nicht so universal wie die Kritiker der Konsenstheorien, die der Hierarchie der Gegenstände, auf die sich Diskurse beziehen (von der Frist der Schwangerschaften bis zu Handelsbräuchen),[51] gar keine Aufmerksamkeit schenken, das behaupten. Erst recht gilt das für die praktischen Diskurse. Im einzelnen kann das hier nicht dargelegt werden.[52]

(4) Der Gedanke, daß „mit dem Titel ‚Konsensus-Theorie der Wahrheit' (...) auch gemeint sein ‚könnte', daß der Grund der Wahrheit in der intersubjektiven Konstitution von Erkennen liege",[53] liegt in der Tat nahe. Daß damit keine „Differenz zwischen einer transzendentalen und einer nicht-transzendentalen Wahrheitstheorie" bezeichnet wird, ist auch richtig.[54] Daraus folgt aber nicht unbedingt „eine Verschärfung der transzendentalen Konstitutionsproblematik".[55] Vielmehr ist zu fragen, ob für die „auf einem fortentwickelten Problembewußtsein" beruhende Konsensustheorie der Wahrheit „die herkömmliche Zweiteilung in apriorische und empirische Ideen" überhaupt noch gilt.[56] Beide sind vielleicht nichts weiter als „Extrempunkte eines kontinuierlichen Spektrums oder einer Skala, die in ihrem ganzen Bereich von den gleichen Grundsätzen bestimmt wird. Die wandelbaren und vorübergehenden Ideen in den sich historisch entwickelnden Disziplinen und die universalen apriorischen Ideen der mathematischen und formalen Philosophie erscheinen dann nicht mehr als absolute Gegensätze, sondern nur als dem Grade nach verschieden. Die theoretischen Strukturen von Kants „notwendigen Normen der Vernunft", Lévi-Strauss' „kulturellen Universalien" und Chomskys „Strukturen der Tiefengrammatik" gelten nicht mehr als absolut verschieden von den kurzlebigeren Begriffen und Grundsätzen der Naturwissenschaften, sondern als augenblickliche Endergebnisse einer langen historischen Entwicklung, d.h. als die augenblicklichen Ergebnisse der immer neuen Reaktionen der Menschen auf Probleme, denen ihre arhythmetischen, logischen und sprachlichen Verfahren in den Jahrtausenden der Kultur- und Sprachentwicklung gegenüberstanden",[57] Diese Perspektive ist von Stephen Toulmin in dem großangelegten Versuch einer „Kritik der kollektiven Vernunft" entwickelt worden. Auch darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Bemerkt sei lediglich, daß hier ein Weg sichtbar wird, auch die im Namen einer Logik des reinen Seins immer wieder geforderte Trennung

von Genesis und Geltung aufzugeben und die „Kenntnis des Prozesses der Entwicklung der verschiedensten moralischen Überzeugungen, die ein Individuum oder eine beliebig große Gruppe von Individuen besitzt", für die „Entscheidung der Frage, ob die betreffenden moralischen Überzeugungen ‚richtig', das heißt ‚gültig' sind",[58] nutzbar zu machen. Damit wird nicht etwa einem logischen Psychologismus das Wort geredet. „Die Antinomien, in welche ‚er' mündet", hat Edmund Husserl „eindrucksvoll (...) dargestellt". „Aber die unvermittelte absolutistische Gegenposition verwickelt sich in kaum harmlosere."[59] Es ist daher kein Zufall, daß, was Toulmin aus der transzendentalen Theorie der Konstitution von Erfahrung macht, seine Entsprechung in den Wandlungen hat, die die Ethnomethodologie der reinen Phänomenologie hat angedeihen lassen. Hier schließt sich der Kreis: Konsensustheorie der Wahrheit, Kritik der kollektiven Vernunft und symbolischer Interaktionismus gehören zusammen.

Inhaltlich absolute und uneingeschränkt verbindliche Sätze der Ethik vermag die Wissenschaft als noch wie vor nicht hervorzubringen. Nur religiöse Orientierung könnte die Sicherheit verleihen, die man braucht, um einen Standpunkt, den man wissenschaftlich nicht beweisen kann, intensiv und konsequent zu vertreten. Der regressus ad infinitum und die bedrückenden Relativierungen würden entfallen, Wesentliches und Unwesentliches wären leicht zu unterscheiden. Auf der anderen Seite ist die Unbedingtheit der Quelle, wie sie durch religiöse Überlieferung verbürgt zu sein pflegt, der Ausgangspunkt für Intoleranz, Fanatismus, Unfähigkeit, neue Bedürfnisse zu entdecken und zu berücksichtigen.

Die Frage ist, ob man wirklich nur jeweils eines haben kann: Freiheit für den Andersdenkenden, Ernstnehmen kontingenter menschlicher Zwecksetzungen einerseits oder „allen Stürmen" trotzende Verbindlichkeit unantastbarer Wertungen andererseits. Nach wie vor scheint die Hauptaufgabe der Philosophie in der Vermittlung von beidem zu bestehen. Aber man muß wohl zurückstecken; „die fortschreitende Säkularisierung und das ethische Moment können nicht mehr im Materiellen liegen, sondern im Formellen, im Ausdiskutieren."[60]

(B) Unter den strukturellen Änderungen, die in der Rechtsentwicklung zu beobachten sind und die Definition des Verhältnisses von Recht und Moral beeinflussen, nehmen

a) die Versuche, Rechts- und Sozialstaatsprinzip miteinander zu vermitteln, einen besonders breiten Raum ein. Das diese Prinzipien zugleich Verbindende und Trennende ist das wachsende Bedürfnis der Menschen, keinen Zwängen ausgesetzt zu sein, frei zu handeln.

Allgemein geht es zunächst um die Auseinandersetzung darüber, ob nur das Rechtsstaatsprinzip oder auch das Sozialstaatsprinzip verbindlichen (das heißt nicht lediglich programmatischen) Charakter hat und ob es sich um gegensätzliche oder komplementäre Erscheinungen handelt. Hierüber ist so viel geschrieben worden, daß ich mir an dieser Stelle Begründungen erspare und nur andeuten möchte, daß ich jeweils der zweiten Alternative den Vorzug gebe.[61]

Im einzelnen (ich beschränke mich im wesentlichen auf strafrechtliche Fragen) gibt es hier vor allem die folgenden Aufgaben:

aa) Die Legitimität von Rechtsnormen ist (auch) davon abhängig, ob sie zweckmäßig sind, wobei die Zwecke ihrerseits legitimiert werden müssen. Dieser – an sich längst anerkannte – Teil der Rechtsidee ist unter dem Eindruck zunehmender, im Namen des Sozialstaats erhobener gesellschaftlicher Forderungen an die Aufstellung und Konkretisierung mit Mitteln des Rechts zu erreichender Zwecke wieder problematisch geworden.[62] Man spricht auch von „Folgenorientierung".[63] Dieser topos ist etwas weiter, weil er auch die unerwünschten Begleiterscheinungen zweckmäßigen Handels erfaßt und – wieder mit Blick auf Fürsorgepflichten, die der Sozialstaat auferlegt – entsprechende Handlungsanweisungen zu Rechtsinhalten macht.

bb) Damit hängt eng zusammen das – gesondert behandelte – Problem, der „Rechtsform" nicht nur die Funktion zuzuschreiben, freiheitsgefährdende Mächte abzuwehren, sondern sie für die aktive Lösung sozialer Probleme verfügbar zu machen.

cc) Im materiellen Strafrecht geht es zunächst um die Auflösung der Komplementarität von Dogmatik und Strafe. Nicht nur dieser besonders schwere Eingriff in die menschliche Existenz schärft das Gewissen für die Präzision bei der Formulierung der Tatbestände; das heißt, die sozialstaatliche Forderung nach Abschaffung der Strafe impliziert keineswegs den Verzicht auf rechtsstaatliche Abgrenzung der Eingriffsvoraussetzungen – das ist die einheitsstiftende Funktion des Freiheitsbedürfnisses. Es geht aber auch um die Auflösung der Komplementarität von Schuld und Strafe. Zurechenbares Verhalten zieht nicht notwendig die Hinzufügung eines Übels (Strafe) nach sich, sie kann auch andere Rechtsfolgen legitimieren. Auch Prävention (generelle oder spezielle) ist eine Kalkulation von Motivation. Motivation aber hat gegenwärtig und hier immer etwas mit Verantwortlichkeit zu tun. Für die Analyse dieser Verknüpfung im allgemeinen und ihre Fixierung in casu sind die Sozialwissenschaften (Soziologie, Psychologie, Psychoanalyse, Ökonomie) heranzuziehen – das fordert schon die Tradition des gelehrten Juristen; aber die Verstrickung des Rechtssystems in soziale Aufgaben tut ein übriges. Im Detail heißt das beispielsweise unter anderem: Heranziehung Sachverständiger für die Erkundung des Unrechtsbewußtseins[64] ebenso wie für die – im Rahmen der Strafzumessung gebotene – Sozialprognose.

dd) Im Strafprozeß ist das Zusammentreffen rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Ziele durch das Erfordernis gekennzeichnet, die Abwehr von Desozialisierung (in Gestalt von unter dem Eindruck des Verfahrens eintretender Stigmatisierung) und Ungleichheit (in Gestalt von Klassenjustiz) mit der Wahrung der Freiheitsgarantien zu verbinden. Ein Anwendungsfall ist beispielsweise die Schwierigkeit, ohne Mißachtung der Unschuldsvermutung in der Untersuchungshaft mit dem Gefangenen pädagogisch oder gar therapeutisch zu arbeiten. Oder der Vorschlag, jeden Angeklagten (außer in Bagatellfällen) auf Kosten der Staatskasse einen – gleichwohl unabhängigen – Verteidiger wählen zu lassen.[65]

ee) Im Vollzug schließlich steht für Rechtsstaat und Sozialstaat die Verrechtlichung der inzwischen ziemlich sorgfältig abgestuften Ansprüche, die man den Gefangenen nach langem Zögern zugestanden hat. Hier gibt es Konflikte mit Blick darauf, daß gute Resozialisierung Elemente einschließt, die mit hergebrachten Rechtsformen schwer zu regeln sind (darüber unten b).

ff) Noch auffallender ist das, wenn man dem – an sich naheliegenden – Wunsch nachgibt, Prozeß und Vollzug als Einheit aufzufassen. Schweigebefugnis gegenüber dem Richter und Kommunikationsbereitschaft mit dem Sozialarbeiter sind nicht leicht zu vereinbarende Positionen, auch wenn manchmal das Umgekehrte sinnvoll sein mag, also im Prozeß zu reden, im Gefängnis zu schweigen. Hier offenbart sich das vielleicht schwierigste psychologische Dilemma, das das gegenwärtige Justizsystem seinen Klienten zumutet.

b) Auch der intensivste Gebrauch, den der Gesetzgeber und die Gerichte von den Möglichkeiten rechtsförmigen Vorgehens machen, scheint noch eine Lükke zwischen formalrechtlichen und informell-gesellschaftlichen Programmen für die Regulierung von Konflikten zu lassen. Daher wird zunehmend über „alternative Rechtsformen" und „Alternativen zum Recht" nachgedacht.

Entgegen dem ersten Anschein handelt es sich hierbei nicht um klar voneinander abgrenzbare oder gar gegensätzliche Erscheinungen. Vielmehr entwickelt sich so etwas wie ein komparativer Rechtsbegriff.[66] Damit ist gemeint, daß das Ensemble von Merkmalen, das einer Regel oder einem Verfahren Rechtscharakter verleiht, nicht mehr universal ist, sondern gruppenbezogen wechselt. Natürlich hängt es von einer vorweggehenden Annahme über den Rahmen ab, innerhalb dessen diese Verschiebungen passieren,[67] ob überhaupt noch von Recht die Rede ist. Für ein exklusiv liberales Modell der Rechtsform etwa wäre die „Verrechtlichung" der Zweckprogramme eines Wohlfahrtsstaates schon außerhalb des Rechts,[68] also eine (echte) Alternative zum Recht; um eine – vergleichbar mit früheren Zuständen – alternative Rechtsform hingegen handelt es sich nach dem hier eingenommenen Standpunkt (Rechtsstaat *und* Sozialstaat gleichermaßen verfassungsrechtliche Grundprinzipien (s. oben unter a)).

Aber es gibt Fälle, die jenseits dieses Rahmens liegen. Natürlich werfen gerade sie die Frage auf, ob dann nicht generell der Begriff des Rechts weiter zu fassen ist. Aber zunächst gilt es, die Phänomene zu registrieren. Sie reichen vom einen Extrem zum anderen. Es gibt andererseits Tendenzen der Verrechtlichung, die – im angelsächsischen Rechtskreis – als overlawyering bezeichnet werden[69] (beispielsweise im Bereich der Ehe und Familie),[70] andererseits Vorgänge von Entrechtlichung (etwa Ersetzung des Justizverfahrens durch Verwaltungsautomation;[71] Ablösung von Regeln, die die wahren Besitzer als Rechtssubjekte einander gegenüberstellen, durch technische Organisationsregeln[72]), die gelegentlich durchaus von rechtsfeindlichen Erkenntnisinteressen[73] geleitet werden.

Dazwischen liegen Mischformen, die – bezeichnenderweise – durch den Verweis auf Gesellschaften, die vom privatwirtschaftlich-staatsinterventionistisch-westlichen Typus in der Grundstruktur abweichen, anschaulich gemacht werden.

„Ethnologie und sozialistische Staaten" hat sich daher eine Arbeitsgruppe genannt, die sich dieses Themas angenommen hat.[74] „Der alte Soziologentraum"[75] einer Konfliktlösung, die es vermeidet, „unspontan, emotionsfern, bevormundend und abgehoben zu sein vom Lebensbereich, wo der Konflikt entstand",[76] nimmt hier Gestalt an; [77] es sollen die Ursachen, nicht die Symptome des Konflikts Gegenstand der Rechtsfindung sein;[78] (das ist zum Beispiel von zentraler Bedeutung für ein therapieorientiertes Rehabilitationsrecht).[79]

Ziemlich schwer ist es, dabei auseinanderzuhalten, was à conto des Inhalts der Regeln geht und was sich auch auf die Garantie ihrer durchgängigen Benutzung bezieht. Wenn etwa die Bedeutung von „Neighbourhood Justice Centers" betont wird,[80] so drückt sich darin die Hoffnung aus, daß größere Flexibilität der materiellen Regelungen erreicht wird, wenn die verfahrensmäßige Abwicklung einen informellen Status hat. Noch deutlich ist das in bezug auf die Empfehlung, unterstützende, entförmlichende Verfahren zur Verfügung zu stellen.[81] Handgreiflich geworden ist dieses Bedürfnis in dem Ruf nach Betriebsjustiz[82] und in der respektvollen Betrachtung von Gesellschaftsgerichten in sozialistischen Staaten.[83] Dort gibt es übrigens auch noch andere alternative Rechtsformen. Vor allem ist auf eine Erscheinung aufmerksam zu machen, für die sich der Ausdruck „Aufgabennorm" eingebürgert hat.[84] Aufgabennormen sind nicht „Verhaltensanordnungen", sondern strukturelle Steuerungen; in freiheitlichen Ländern können sie auch als Marktimpulse auftreten[85] (freilich ziehen sie bestimmte Verhaltensanordnungen nach sich).[86] Ein Bedürfnis für diese Art Normen ist – überall – in dem Maße festzustellen, wie „individuelle Handlungen (...) ‚externe Effekte' " haben, „das heißt soziale Wirkungen, deren Verteilung auf die Gesellschaftsmitglieder mit zunehmender gesellschaftlicher Interdependenz aller Lebensbereiche zu einem zentralen Problem rechtlicher Regelung geworden ist". Es gibt Vorschläge, „diese sozialen Risiken und Kosten zu monetarisieren und damit teilbar und umverteilbar zu machen".[87]

Eine abschließende Rubrizierung dieser Entwicklungen wird sicher irgendwann fällig. Unerachtet der dabei zu erwartenden Abgrenzungsschwierigkeiten kann man aber jetzt schon sehen, daß der Rechtsbegriff differenzierter und heterogener geworden ist und diese Veränderungen keineswegs zum Stillstand gekommen sind. Das muß sich auf die Beurteilung des Verhältnisses von Recht und Moral ebenso auswirken wie die beschriebenen Wandlungen in der Moralphilosophie.

c) Wesentliche, schon seit längerer Zeit sichtbare Veränderungen im Rechtsbegriff ergeben sich schließlich unter dem Aspekt, daß auch bei der inhaltlichen Konkretisierung von Rechtsnormen der prozedurale Legitimationstypus stärkere Anteile als bisher zu beanspruchen scheint. Gerade die soeben geschilderten Entwicklungen sind ein Beleg dafür. „Alle Alternativen (scil: Zum Recht oder innerhalb des Rechts) nutzen Konsensstrukturen."[88] Der Abschied von dem, was ältere Methodenlehren „Auslegung" nennen, also von der Illusion, über deduktiv-analytische Verfahren zu verfügen, einerseits[88a] und die Unwiederbringlichkeit überpositiver Orientierungen andererseits haben den Blick auf diese letzte Zuflucht,

blankem Dezisionismus zu entgehen, freigegeben. In allen Gesellschaften, auch bei noch so viel Tyrannis, wird mit Begründungen gearbeitet; die Mächtigen wollen verstanden und akzeptiert werden, so daß man wirklich versucht sein könnte, insofern eine anthropologische Konstante zu vermuten.[89] In freiheitlich-demokratischen Gesellschaften ist dieser Stil beherrschend, einmal, weil der Glaube an von Interaktionen unabhängige Wahrheiten und Werte demokratische Entscheidungen überflüssig machen würde, zum anderen, weil der Rekurs auf die Autonomie des Einzelnen, von dem die Demokratie lebt, gar nicht anders valutiert werden kann. Die strukturellen Ähnlichkeiten mit der Ethik-Diskussion sind frappant – für die Einzelheiten möchte ich expressis verbis auf meine Bemerkungen dazu verweisen – und es ist bezeichnend – wenn ich das an dieser Stelle nachtragen darf – , daß Jürgen Habermas in seiner berühmten Schrift über die Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus sich überhaupt keine Mühe gibt, für die Anwendbarkeit des von ihm verkündeten Diskursprinzips einen Unterschied zwischen Rechtsnormen, Sozialnormen und ethischen Normen zu machen.

Natürlich kann das so nicht richtig sein. Es muß einen Unterschied geben. Das tägliche Rechtsleben darf doch nicht mit denselben feinen Maßstäben gemessen werden wie das moralische Verhalten der Menschen – alle noch so windungsreichen Überlegungen ändern daran nichts. Doch wo öffnet sich die Schere? Im Recht endet die Relevanz von Anerkennung, so heißt es immer wieder, dort, wo der Entscheidung des Einzelnen um der Ordnung der gesamten Gesellschaft willen nicht freier Lauf gelassen werden kann. Das Recht habe – im Gegensatz zur Ethik – nun einmal diese Aufgabe. Daher müsse man sich auf Zuständigkeiten und Kompetenzen festlegen, die nicht in jedem Einzelfall in Frage gestellt werden dürften. Aber gehört es nicht zur Verantwortungsethik, für die Max Weber erneut den Sinn geweckt hat, daß dergleichen auch moralisches Gewicht hat? Und haben jene Zuständigkeiten und Kompetenzen der Rechtsgemeinschaft nicht immer mit ihrer inhaltlichen Legitimität ringen, um Überzeugungen buhlen müssen, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, Macht gehe vor Recht? An dieser Stelle beginnen wir, uns im Kreis zu drehen. Die Einsicht in die Gleichheit der Begründungsstrukturen von Recht und Moral beseitigt eine Reihe traditionaller Abgrenzungen. Indessen darf sie nicht blind machen für die verbleibenden Differenzen. Sie müssen freilich neu definiert werden.

IV.

1. Ausgangspunkt ist die Einsicht, daß Moral und Recht näher aneinander gerückt sind, weil

– Diskursabhängigkeit einerseits die Moral – verglichen mit traditionellen Ansprüchen – relativiert, andererseits dem Recht – verglichen mit der Tradition des Gesetzespositivismus – mehr Substanz gibt (s. oben III, (A), (B) c)).

– an die Stelle eines absoluten, hermetischen Rechtsbegriffs ein komparativer, offener Rechtsbegriff zu treten beginnt (vorbereitet durch das Sozialstaatsprinzip, fortgeführt durch die „Alternativen ... Diskussion"; (s. oben III, (B) a) und b)).

Die verbleibenden Unterschiede – das ist meine These – bestehen darin, daß für die interessierenden Regeln nicht dieselben Konsensmöglichkeiten bestehen und daß eine mehr oder weniger starke Kongruenz von Konsens und Geltung angenommen wird. Mit steigender Kongruenz wächst die Wahrscheinlichkeit, daß es sich (auch) um Moral handelt, mit sinkender, daß (nur) Recht vorliegt, wobei – was hier freilich nicht zur Debatte steht – irgendwo (je nach historischem Bewußtsein) der Konsensanteil so minimal wird, daß die Abgrenzung zur Macht erreicht ist. Allerdings erfaßt diese Skala, das muß noch einmal betont werden, lediglich „Regeln", worunter hier Sätze verstanden werden, die nicht nur höchstpersönlich gemeint sind. Das, was man „private Moral" nennt, ist also ebensowenig Thema wie die Macht. Vielmehr geht es um ein Kontinuum von Moral und Recht, das dazwischen liegt.

Ist eine Norm vollständig (im Sinne der idealen Sprechsituation) konsentiert, so fallen Moral und Recht zusammen. In der Tat hätte eine Gesellschaft, die ideale Sprechsituationen garantieren könnte, sicher nicht mehr das Bedürfnis, rechtliche und moralische Regeln zu unterscheiden.

Wenn jedoch eine Zielsetzung und die für deren Realisierung eingesetzten Mittel nicht völlig auf Konsens rechnen können, so muß man nicht gleich jede Legitimation verneinen und von nackter Macht und Privatmoral sprechen. Vielmehr muß man prüfen, ob ein angemessener Konsensanteil ausgemacht werden kann.[90] Für diese Angemessenheit[91] gibt es keinen absoluten Maßstab, sondern nur einen Rekurs auf die historische Situation. Ich bin mir durchaus bewußt, daß hier ein Zirkel lauert. Wieviel Konsens hier und jetzt für moralische Regeln, wieviel für rechtliche Regeln gefordert werden darf, ist ja gerade die Frage. Der Verweis auf die historische Situation ist demnach nur sinnvoll, wenn man dabei eine dem strikten Begründungszusammenhang entzogene Vorannahme in Kauf nimmt.

Es kann sein, daß auch für moralische Regeln nicht der totale, sondern nur ein angemessener Konsens verlangt werden darf. Doch diese Grenzziehung soll uns hier nicht interessieren. Es geht nur um die Linie, jenseits derer die Konsenslegitimation nur noch für rechtliche Regeln ausreicht.

An Einschränkungen von der Art, wie sie mit der Vokabel „angemessen" bezeichnet werden könnten, ist natürlich nur für die praktischen Diskurse zu denken. Der theoretische Diskurs oder, wie man auch sagen kann, die empirische Argumentation,[92] ist – auch wenn es sich nicht um Verifikation, sondern nur um Falsifikation handeln kann – nicht disponibel. Wenn Juristen – man erlebt es häufig – im Lichte „höherer", als spezifisch juristisch bezeichneter Wertprinzipien der Operationalisierung von Zweck-Mittel-Beziehungen eine besondere Wendung geben, so muß man vorsichtig sein. Man hat es dann nicht mit der von moralischen oder anderen Regeln abgehobenen eigenständigen Welt des Rechts, sondern nur mit schlechter Jurisprudenz zu tun. Angesichts des hohen Anteils, den theoretische

Diskurse, wie dargelegt, am juristischen Entscheidungsprozeß haben, ist das eine Feststellung von großer Tragweite. Moral und Recht sind hier auf weite Strecken an dieselben Bedingungen gekettet.

Die im praktischen Diskurs verbleibenden Spielräume sind demgegenüber aber keineswegs bedeutungslos. Man sieht das sogleich, wenn man sich die Anforderungen, die an gelungene Diskurse gestellt zu werden pflegen, im einzelnen vor Augen führt.

Es gibt negative und positive Kataloge. Die negativen Kataloge sind eindrucksvoller, denn es ist leicht zu begreifen, was einer gute Kommunikation entgegensteht, selbst wenn die Grundregeln (etwa: „kein Sprecher darf sich widersprechen", „jeder Sprecher darf nur das behaupten, was er selbst glaubt" – natürlich gibt es viel mehr derartige Regeln)[93] beachtet werden und darüber hinaus versucht wird, „Zustände in der Grauzone zwischen Unverständnis und Mißverständnis, beabsichtigter und unfreiwilliger Unwahrheiten, verschleierter und offener Nicht-Übereinstimmung einerseits, Vorverständigtsein und erzielter Verständigung andererseits"[94] aufzuhellen. Ich greife – im Anschluß an Höffe[95] – die folgenden negativen Gesichtspunkte heraus.

- Die Unmöglichkeit, in einer komplexen modernen Gesellschaft alle Interessierten, Betroffenen etc. an allen Entscheidungen zu beteiligen.
- Die Unmöglichkeit, die Zeit aufzubringen, die – gerade, wenn man mit den psychologischen, sprachlichen und sozialen Problemen einer Kommunikation vertraut geworden ist – erforderlich ist, einen Konsens vorzubereiten, zumal, wenn Entscheiungszwang besteht.
- Die Unmöglichkeit, die Präsenz aller Beteiligten im Konsens zu garantieren (Informationsstand, Auffassungsgabe, Lernfähigkeit, Konzentrationsfähigkeit, argumentative Kompetenz divergieren zu stark).
- Die Unmöglichkeit, Verzerrungen der Kommunikation (durch Selbsttäuschungen, emotionale Barrieren, strukturelle Vorurteile, ideologische Befangenheit etc.) zu vermeiden.

Der Versuch, das Gemeinsame dieser Einwendungen zu finden, führt zur Bildung zweier Gruppen.

Eingeschränkt ist entweder der am Konsens beteiligte Personenkreis oder die Qualität des Konsenses. So sehr es der Sinn der Antizipation idealer Sprechsituationen ist, den Diskurs schon zum Entwicklungsfaktor zu machen,[96] so wenig empfiehlt es sich, reale Sprechsituationen, weil sie der idealen Sprechsituation noch nicht nahe genug sind, zur quantité négligeable zu erklären. Der Verzicht auf sozusagen halbe Legitimationen öffnet stets den Weg zur Macht, wenn ich mir diese politisch-historische Bemerkung gestatten darf. Gegenwärtig beruht diese halbe Legitimation nicht mehr nur auf der Autorität eines Gesetzgebers und der logischen Entwicklung seiner allgemeinen Regeln zu Konsequenzen für den Einzelfall; die direkte Akzeptanz von Normen spielt eine zusätzliche Rolle. Das ist, wenn man dabei an meßbare Wirkungen im juristischen Entscheidungsprozeß denkt, eine empirische Behauptung, die nachgeprüft werden muß. Damit sind alle diejenigen beschäftigt, die über die Theorien diskutieren, denen zufol-

ge das Recht qua Anerkennung gilt (Anerkennungstheorien). Über diese Diskussion kann hier nicht im einzelnen berichtet werden.[97] Ich kann nur die Ergebnisse referieren. Danach ist – empirisch – davon auszugehen, daß bei der Begründung von Rechtssätzen die Meinung „relevanter" Gruppen[98] im Rahmen höchst komplexer Kommunikationssituationen Gewicht hat, daß es entlegitimierende Wirkungen fehlenden Konsenses und sehr verschieden starke Zustimmungen zu Rechtssätzen gibt – von widerstrebender, vielleicht sogar nicht ohne Druck zustande gekommener Anpassung über schlicht oberflächlich-indolente Akzeptanz, bewußte und kenntnisreiche Anerkennung bis hin zu auch Tiefenstrukturen erfassenden habituellen oder reflektierten Internalisierungen (und dies alles nicht etwa nur in bezug auf – unstreitig durch Anerkennung generierte – Sozialnormen, die in rechtlichen Vorschriften lediglich abgerufen werden[99]). Der Streit beschränkt sich auf die Legitimität dieser Vorgänge, denen zur Perfektion auf dem Gebiet der Kommunikation vieles fehlt. Die Antwort kommt, das räume ich unumwunden ein, ohne politisch-historische Stellungnahme nicht aus. Ich wüßte freilich nicht, mit welchem Recht man das Rad zurückdrehen oder doch wenigstens die Tendenz stoppen dürfte. Die moderne Demokratie muß bedacht sein auf Ausdehnung des „Innovationspotentials", Berücksichtigung neu definierter Bedürfnisse, Balancierung des Verhältnisses von Planung und Selbststeuerung, Randgruppen- und Minderheitenschutz, Ergänzung der bisherigen Repräsentanzen durch direkte Mitbestimmung oder doch zusätzliche Mediatisierungen in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft – kurz, auf mehr Gleichheit als Voraussetzung der Freiheit. Eine juristische Dogmatik muß das berücksichtigen.

Das geschieht in Gestalt wachsender Ablösung autoritätsorientierter Aspekte durch Konsensorientierung. Wer sich politisch etwas anderes wünscht – was könnte es sein, ein konstitutionelles System etwa mit wieder erneuerter hermetischer Gewaltenteilung, ausschließlicher Orientierung des Richters bis in die letzten Details an einem wie schwer auch zu ermittelnden Gesetzgeberwillen – könnte auch nur politisch argumentieren und müßte obendrein noch für erhebliche institutionelle Veränderungen werben.

Damit ist die eine Seite der differentia specifica zwischen rechtlichen und moralischen Regeln deutlich geworden: Die Konsensmöglichkeiten im Recht sind geringer. Im übrigen – das ist die andere Seite – bildet der (eingeschränkte) Konsens nur ein Teilstück im Geflecht der juristischen Argumentation. Die überlieferten Methoden der Rechtssatzkonkretisierung sind nicht etwa verschwunden; allerdings ist ihre Bedeutung entsprechend reduziert. Wie das im einzelnen aussieht, hat Alexy in einer großangelegten Untersuchung, die juristische Dogmatik mit Blick auf die Relevanz praktischer Diskurse zu rekonstruieren, dargelegt.[100] Darauf muß ich an dieser Stelle verweisen.

2. Abschließend möchte ich wenigstens skizzieren, wie ich auf der Basis meines Vorschlages, moralische und rechtliche Regeln voneinander abzugrenzen, die eingangs geschilderten Fälle sehe. Dabei bitte ich zu beachten, daß sich aus einer Analyse des Rechts unter dem Aspekt der Moral nicht etwa eine Lösung aller

Probleme ergibt. Viele offene Fragen der juristischen Methodologie sind von diesem Aspekt ganz unabhängig. Außerdem bitte ich um Verständnis dafür, daß ich mich bei diesem Versuch, praktische Konsequenzen meiner Auffassung zu zeigen, nicht Stück für Stück damit auseinandersetzte, was sich bei Anlegung der – im zweiten Teil kursorisch mitgeteilten – traditionellen Abgrenzungskriterien ergeben würde.

a) Verjährung von Mord

Je nach dem, ob die Strafe Vergeltung bzw. Sühne sein oder ausschließlich präventive Funktion haben soll, ergeben sich unterschiedliche Argumentationsreihen. Beide enthalten Gründe pro und contra Verjährung. Daher mag es mir erlaubt sein, mich auf die Folgerungen aus dem Präventionsansatz zu beschränken. Hier konzentriert sich alles auf die Frage, ob der Verzicht auf die Eindruckskraft der Strafe nach Ablauf einer gewissen Zeit sinnvoll ist, wenn man dadurch den Ergebnissen von Lernprozessen rechtzeitig Rechnung tragen kann.[101] Das setzt voraus, daß die Täter haben lernen können, die Sprache des Verzichts auf den öffentlichen Schuldvorwurf zu verstehen. Die empirische Behauptung ist nun, daß es Tätergruppen gibt, die dazu nicht in der Lage waren, für die es nur Macht oder Ohnmacht, Druck oder Gegendruck, Gewinnen oder Verlieren gibt. Diese Behauptung muß natürlich konkretisiert und überprüft werden – aber nicht im Rahmen eines praktischen Diskurses, sondern eines theoretischen Diskurses; Erfahrungen sind zu vergleichen. Das Problem berührt also insoweit die Unterscheidung von rechtlichen und moralischen Regeln gar nicht, es stellt sich immer – gleichviel, ob die Strafbarkeit eines Verhaltens aus einer moralischen oder einer rechtlichen Regel abgeleitet wird.

b) Abtreibung

Können Paragraphen das schlechte Gewissen abschaffen? Das ist – auf eine allgemeine Formel gebracht – hier die Frage. Solange die inneren Widerstände gegenüber einer Schwangerschaftsunterbrechung nicht dazu drängen, eine Regel einzuführen, also etwa einen Konsens darüber herzustellen, daß Schwangerschaftsunterbrechungen eben doch ohne Einschränkung zu verbieten seien, taucht überhaupt kein Abgrenzungsproblem auf; Rechtsregeln konkurrieren nur mit anderen Regeln, nicht mit privater Moral. Damit ist das Problem für viele Menschen gelöst, aber nicht für alle. Denn nicht nur einzelne Personen wollen sich durch die gesetzlichen Lockerungen nicht ihre Gewissensskrupel nehmen lassen, sondern die katholische Kirche etwa fordert ja dazu auf, allgemein diese Haltung einzunehmen. Was für eine Regel wird hier gefordert? Eine moralische Regel kann nur zustandekommen – vorsichtig gesagt – , wenn die Qualität des Konsenses und sein Anteil an den Geltungsbedingungen der Regel wesentlich höher ist als bei Rechtsregeln. Ob eine solche Behauptung – sie wäre wiederum empirisch und

möglicherweise sogar der Demoskopie zugänglich[102] – der Überprüfung standhielte, ist sehr zweifelhaft. Wahrscheinlicher ist, daß sich der Streit zwischen katholischer Kirche einerseits und der politischen Legislative und der Judikative andererseits nur auf Regeln bezieht, die allenfalls der Rechtsform genügen könnten. Also liegt auch hier kein Abgrenzungsproblem vor.

c) Sexualdelikte, Umweltverschmutzung, Kindesmißhandlung

Die Änderungen, die sich mit der Liberalisierung des Sexualstrafrechts vollzogen haben, beruhten auf der entlegitimierenden Funktion des Wegfalls eines Konsenses (ohne daß ein entsprechender positiver Konsens über etwas anderes nachweisbar war und ohne daß es darauf angekommen wäre). Des Verzichtes der Legislative und Judikative auf „Moralisieren" bedurfte es also gar nicht. Wenn jetzt von diesen Instanzen verlangt wird, nicht zu „moralisieren", sondern die Strafbarkeit auf sexuellem Gebiet erneut einzuschränken, so ist das entweder die Berufung auf private, das heißt nicht zur Regel für andere tendierende Moral, also widerspruchsvoll und unbeachtlich, oder aber – wie bei dem Kampf um die Strafbarkeit der Schwangerschaftsunterbrechung, nur mit umgekehrten Fronten – der Versuch, im Rahmen eines rechtlichen Diskurses etwas durchzusetzen, denn auf hochkarätigen und andere Geltungsingredienzen verdrängenden Konsens – das Zeichen für moralische Regeln – können sich diese Strömungen ebenfalls nicht berufen. Hieran und nicht an der Frage, ob bei einem Teil der noch existierenden Sexualdelikte schutzwürdige Rechtsgüter fehlen, scheiden sich rechtliches und moralisches Argumentieren. Solange der gegenwärtige Stand an strafbewehrten Verboten bestimmter sexuell motivierter Verhaltensweisen noch von einem Konsens getragen wird, der zwar nicht für die moralische, wohl aber die für rechtliche Regeln erforderliche Qualität hat, und auch die übrigen, die Frage der Moral nicht berührenden Voraussetzungen für das Vorliegen von Recht erfüllt sind, stellt sich das Rechtsgutproblem nicht. In diesem Rahmen ist die Berufung darauf, der Gesetzgeber und die Gerichte dürften nicht „moralisieren", nur schlechte Polemik.

Mit den strafrechtlichen Verboten der Umweltverschmutzung und Kindesmißhandlung verhält es sich ganz entsprechend. Starke Impulse drängen zur Schaffung und Durchsetzung neuer Regeln (von Äußerungen nur privater Moral würde ich hier nicht sprechen). Aber man kann wiederum nicht sagen, daß Qualität und Anteil des Konsenses am Legitimationspotential den Forderungen für moralische Regeln schon genügt. Daher reicht es nur zum Recht, dessen es freilich gerade deshalb bedarf.

d) Abgrenzung von Mord und Totschlag

Generell kann man wohl sagen, daß die Strafdrohung für Tötungen von einem moralische Regeln hervorbringenden Konsens gedeckt sind. Die Frage, weshalb es

denn überhaupt noch des Rechts bedarf, ist daher gar nicht leicht zu beantworten. Norminternalisierung und Normentreue sind – erfahrungsgemäß – nicht dasselbe. Diese Differenz fängt das Recht auf. Mit anderen Worten: wenn der Konsens zwar total ist und alles andere überflüssig macht – soweit es sich um die Anerkennung des Rechtsguts, seiner Schutzwürdigkeit und auch die Ächtung der Angriffswege handelt, nicht aber, was die praktischen Konsequenzen, also das Unterlassen von Angriffen auf dieses Rechtsgut angeht, so muß das – mit geringeren Konsensanteilen auskommende – Recht auf den Plan treten.

Bei den Mord und Totschlag erfassenden Strafgesetzen ist diese Diskrepanz sehr auffällig, bei anderen weniger, bei vielen genügt bereits die Rechtsgüteranerkennung nur rechtlichen Maßstäben. Ob niedrige Beweggründe eine Tötung zu einem besonders strafwürdigen Fall machen, betrifft – bei umfassender, den intentionalen Bereich einbeziehender Betrachtung – die Beurteilung des Angriffsweges. Es ist nicht leicht zu sagen, ob es hierüber bereits einen moralischen Konsens gibt. Wäre es anders, so würde nicht immer wieder – wie auch jetzt am Berliner Juristentag – die Frage aufgeworfen, ob überhaupt „innerhalb der vorsätzlichen Tötung tatbestandlich differenziert werden" soll.[103] Ich selbst neige der Auffassung zu, daß auch dieses Problem bereits ein moralisches ist, kann das aber jetzt nicht im einzelnen begründen (es ist dies vielleicht ein Anschauungsfall für die bereits angedeutete Möglichkeit, daß auch bei der Entscheidung über moralische Regeln nicht erst der perfekte und allumfassende Konsens abgewartet werden muß). Ist das richtig, dann haben die Kritiker des Bundesgerichtshofs zwar recht, wenn sie ihm moralisches Argumentieren attestieren, im Prinzip ist daran etwas Anstößiges aber beim besten Willen nicht zu erkennen. Anstößig ist lediglich, das aber ganz gewiß, *wie* moralisch argumentiert wird. Dem Ethiker, nicht dem Juristen, muß sich hier der Magen umdrehen. Wer anderer Meinung ist, das heißt, bei den Tötungsdelikten die Beurteilung der Angriffwege schlechthin oder jedenfalls deren intentionale Seite für nicht moralisch, sondern nur rechtlich entscheidbar hält, muß die juristische Methode kritisieren. Damit ist klar: auch bei diesem Problem haben die Schwierigkeiten – wie man es auch wendet – nichts mit der Konkurrenz von Recht und Moral zu tun.

Anmerkungen

1 Horst Woesner, Moralisierende Mordmerkmale, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S. 1025 ff. (1026) – mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.
2 A.a.O.
3 A.a.O.
4 A.a.O.
5 Diese Aufzählung ist nicht einmal erschöpfend; beispielsweise gibt es auch Betrachtungen über den spezifisch logischen Status von rechtlichen Normen, s. Hubert Rottleuthner, Marxistische und analytische Rechtstheorie, in: *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1975, S. 159 ff. (166–175).
6 Hans Nef, *Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant*, St. Gallen 1937.
7 S. die Belege in Anm. 61.
8 Genauer dazu Nef a.a.O., S. 129 ff.

9 Genauer darüber unten.
10 Darüber Nef a.a.O., S. 123 ff.
11 Iring Fetscher, zum Problem der Ethik im Lichte der Marx'schen Geschichtstheorie, in: Gert Günther Grau, (Hrsg.), *Probleme der Ethik*, Freiburg/München 1972, S. 15 ff. (31 ff.).
12 Fetscher a.a.O.
13 Vgl. dazu Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 1968, S. 432 ff.
14 Es ist nicht ohne Ironie, daß sowohl über die Schnellverfahren im Iran wie die Ablehnung jener Beweisanträge auf einer Seite der Frankfurter Rundschau vom 11. 4. 1979 (S. 3) berichtet wird.
15 Instruktiv Oswald Schwemmer, in: Paul Lorenz/Oswald Schwemmer, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 2. Auflage 1975, S. 149 ff. (166/167).
16 S. die Belege in Anm. 44.
17 Norbert Hoerster, Einleitung zu William K. Frankena, *Analytische Ethik*, München 1972, S. 7 ff.
18 Der Begriff „analytisch" wird hier in einem sehr weitläufigen Sinne verwendet. Er bezeichnet gleichsam das Milieu, in dem sich philosophische Richtungen bewegen, die – unerachtet vieler sonstiger Unterschiede – einig sind in der Ablehnung von Dialektik, Existentialismus, klassischer Ontologie und „Wesensschau".
19 Hoerster a.a.O., S. 12 f.
20 Max Weber, Die „Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnisse, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2. Auflage, Tübingen 1951, S. 146 ff. (151).
21 S. dazu die Nachweise bei Klaus Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, Frankfurt am Main 1972, S. 76 ff.
22 Das hat wahrscheinlich etwas zu tun mit der in der analytischen Philosophie (im Sinne von Anm. 18) emsig kultivierten Abneigungen gegen die Verbindung von Genesis und Geltung.
23 Was nicht etwa gleichbedeutend ist mit einem Universalitätsanspruch oder der Vorstellung, man könne „Letztbegründungen" liefern.
24 Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt am Main 1968, S. 14 ff.
25 S. die Nachweise bei Klaus Lüderssen, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten II*, Frankfurt am Main 1975, S. 19, und die Belege auf S. 32 (Anm. 86).
26 Vor allem: Jürgen Habermas, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Jürgen Habermas/Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt am Main 1971, S. 101 ff.; derselbe: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main 1973; derselbe:Was heißt Universitätspragmatik?, in: Karl-Otto Apel (Hrsg.), *Sprachpragmatik und Philosophie*, Frankfurt am Main 1976, S. 174 ff.; Karl-Otto Apel, *Transformation der Philosophie, Band 2, Das a priori der Kommunikationsgemeinschaft*, Frankfurt am Main 1973; derselbe: Sprechakttheorie und transzendentale Sprachpragmatik zur Frage ethischer Normen, in: Karl-Otto Apel (Hrsg.), a.a.O., S. 10 ff.
27 Umfassende Orientierung bei Herbert Schnädelbach, *Reflexion und Diskurs*, Frankfurt am Main 1977, S. 135 ff.
28 Unter der kritischen Literatur ist vor allem hervorzuheben (aus der Perspektive der analytischen Philosophie): Hans Albert, *Transzendentale Träumereien; Karl-Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott*, Hamburg 1975; Anton Leist, Was, was heißt Universalpragmatik?, *Germanistische Linguistik* 1977, S. 80 ff.; (aus der Perspektive hermeneutischer Philosophie:) Rüdiger Bubner, *Handlung, Sprache und Vernunft*, Frankfurt am Main, S. 50 ff.; Karl Heinz Ilting, Geltung als Konsens, in: *Neue Hefte für Philosophie* (Heft 10) 1976, S. 20 ff.
29 Die folgende Auswahl beschränkt sich auf Argumente, die im Rahmen dessen, was man eine moderne rationalistische Philosophie nennen könnte, gewechselt werden; außer Acht bleiben Einwände, die auf der Basis fundamental anderen Denkens erhoben werden.
30 Karl Heinz Ilting, Wahrheit und Verbindlichkeit, in: Kuno Lorenz (Hrsg.), *Konstruktionen versus Positionen, Band II, Allgemeine Wissenschaftstheorie*, Berlin/New York 1979, S. 115 f.

31 Otfried Höffe, *Ethik und Politik*, Frankfurt am Main 1979, S. 248.
32 Herbert Keuth, Erkenntnis oder Entscheidung? Die Konsensustheorien der Wahrheit und der Richtigkeit von Jürgen Habermas, in: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 1979 (Band 10), S. 375 ff. (381).
33 Gut zusammengestellt bei Höffe a.a.O., S. 245–247.
34 Ein Problem, das seltsamerweise nicht direkt gestellt wird, sondern sich nur indirekt durch Verknüpfung mit der Historizismus-Debatte ergibt.
35 Höffe a.a.O., S. 258.
36 Monika Gerber, Zur Korrespondenz- und Konsenstheorie der Wahrheit, in: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, Band VII (1976), S. 39 ff. (S. 40).
37 Gerber a.a.O., S. 41.
38 Carl G. Hempel, Zur Wahrheitstheorie des logischen Positivismus, in: Gunnar Skirbekk (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, Frankfurt am Main 1977, S. 96 ff. (104).
39 Dieter Mans, *Intersubjektivitätstheorien der Wahrheit*, Frankfurter Dissertation 1974, S. 49.
40 Mans a.a.O., S. 182/183; Dieter Freundlieb, Zur Problematik einer Diskurstheorie der Wahrheit, in: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, Band VI (1975), S. 82 ff. (92).
41 Freundlieb a.a.O.
42 Da es sich hierbei nicht um etwas Feststehendes handelt, ist ganz eindeutig auf Entwicklungen verwiesen. Selbst wenn man sich mit einer (so gut wie) punktuellen Zeitdiagnose begnügen würde, käme man um Entwicklungsprognosen nicht herum. „Der Zeitdiagnostiker nimmt den fiktiven Standpunkt der evolutionstheoretischen Erklärung einer in Zukunft zurückliegenden Vergangenheit ein" (Jürgen Habermas, Zum Thema: Geschichte und Evolution, in: *Geschichte und Gesellschaft*, 2. Jahrgang (1976), S. 357). Im einzelnen zu dieser geschichtsphilosophischen Problematik, die sich für die Entwicklung ethischer Sätze in der gleichen Weise stellt wie für die Rechtsentwicklung: Klaus Lüderssen, Generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen/Wolfgang Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main 1979, S. 54 ff. (65–69). Den dort angeführten Belegen ist noch hinzuzufügen: Jörn Rüsen, Wie kann man Geschichte vernünftig schreiben? Über das Verhältnis von Narrativität und Theoriengebrauch in der Geschichtswissenschaft, in: Jürgen Kocka und Thomas Nipperdey (Hrsg.), *Theorie und Erzählung in der Geschichte (Beiträge zur Historik, Band 3)*, München 1979, S. 300 ff. (325 f.).
43 Herbert Keuth a.a.O., S. 390.
44 Klaus Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, a.a.O., S. 69 f. (mit weiteren Nachweisen); Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, S. 125; derselbe, Rationale Wertentscheidung in der Gesetzgebung, in: *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1978, S. 353 ff. (354).
45 Anders wäre es, wenn man – umgekehrt – den Standpunkt einnähme, daß vielleicht für richtiges Handeln nicht mehr als Konsens zu fordern sei, Wahrheit hingegen höheren Ansprüchen zu genügen habe. Diese Diskrepanz wäre wegen des hohen Aufkommens theoretischer Diskurse bei der Lösung ethischer Probleme folgenreich. Daher bliebe, wenn man dem Vorschlag folgen würde, man möge sich doch auf die sicher plausible Konzeption beschränken, für praktische Diskurse auf Konsens abzustellen und die Wahrheitstheorien auszuklammern, zu viel offen. (Tugendhat freilich will der Konsensustheorie nicht einmal diese Funktion zugestehen, siehe Ernst Tugendhat, Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, Neue Folge, Nr. 14, Wiesbaden 1980, S. 1 ff. (10 f.); allerdings leugnet er nicht, daß „dem Diskurs (...) doch eine Signifikanz bei der Anwendung" des „Prinzips der rationalen Ethik" zukommen könne (11 f.). Abgesehen davon ist fraglich, ob es für diesen Vorschlag überhaupt eine einsichtige Grundlage gibt. Vielmehr ist – auch wenn man vom praktischen Diskurs ausgeht und erst im Anschluß daran auf die Wahrheitsfrage kommt – eine getrennte Rechnung nicht möglich. Schon sehr früh hat Habermas darauf hingewiesen, daß „der Begriff der idealen Sprechsituation nur im Zusammenhang mit einer Konsensustheorie der Wahrheit eingeführt werden kann. Die pragmatischen Universalien, mit deren Hilfe jeder (kommunikativ) kompetente Sprecher die allgemeinen Strukturen der Rede erzeugt, sind wohl die Mittel, mit denen wir ideale Sprechsituationen jederzeit entwerfen (und den Diskurs wechselseitig unterstellen) *kön-*

nen; sie sind aber nicht der zureichende Grund dafür, daß wir ideale Sprechsituationen entwerfen (und den Diskurs wechselseitig unterstellen) *müssen*". (Jürgen Habermas, Einige Bemerkungen zum Problem der Begründung von Werturteilen, in: *9. Kongreß für Philosophie*, Meisenheim 1972, S. 89 ff. (98).)

46 Wir verbinden „nicht nur mit Behauptungen, sondern auch mit Normen diskursiv einlösbare Geltungsansprüche. Jene können in theoretischen Diskursen überprüft werden, diese in praktischen. Eine Konsensustheorie der Wahrheit wird sich deshalb nicht nur auf die Wahrheit von Aussagen, sondern auch auf die Richtigkeit von Geboten oder Bewertungen erstrecken müssen". (Jürgen Habermas, Wahrheitstheorien, in: *Wirklichkeit und Reflexion, Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen 1973, S. 211 ff. (220).)

47 Rudolf Carnap, Über Protokollsätze, in: *Erkenntnis*, 3. Band, (1932/33), S. 215 ff. (223 ff.).

48 Psychologie, Soziologie, Linguistik – aber auch Psychoanalyse, kurz alle Disziplinen, die dazu beitragen, deutlich zu machen, was Kommunikation sei, bekommen auf diese Weise eine Bedeutung für die Beantwortung für philosophische Fragen, wie sie sie auf der Basis anderer Wahrheits- und Richtigkeitstheorien nicht erlangen können; eindrucksvoll die Andeutung der interdisziplinären Programme, die hier eigentlich notwendig werden, bei Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/Main 1978, S. 28.

48a Arend Kulenkampff, Rechtspositivismus und marxistische Rechtstheorie, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXIII (1977), S. 515 ff. (524).

49 Dazu schon Klaus Lüdersen, Positivismus, in: Axel Görlitz (Hrsg.) *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972, S. 293.

50 S. oben.

51 Sehr lehrreich auch hierfür Otmar Ballweg, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 2. Aufl. 1963, S. 48/62.

52 Eingehender Klaus Lüderssen, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten II, a. a. O., S. 19–21.

53 Höffe a. a. O., S. 259.

54 Höffe a. a. O.

55 Höffe a. a. O.

56 Stephen Toulmin, *Kritik der kollektiven Vernunft*, Frankfurt am Main 1978 (*The collective Use and Evolution of Concepts*, 1972, Princeton University Press), S. 482.

57 Toulmin a. a. O., S. 482/483.

58 Gernot Reibenschuh, Warum moralisch sein? Zur Kritik soziologischer Moralbegründung, in: Manfred Riedel (Hrsg.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie, Band II: Rezeption, Argumentation, Diskussion*, Freiburg 1974, S. 85 ff. (92).

59 Theodor W. Adorno, *Zur Metakritik der Erkenntnistheorie*, Stuttgart 1956, S. 83.

60 Theodor Viehweg, in: Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter (Hrsg.), *Recht und Ethik*, Frankfurt am Main 1970, S. 30 (Diskussionsbemerkung).

61 Mit diesem Standpunkt und dem, was ich im folgenden bemerke, knüpfe ich an eine Reihe älterer Arbeiten an, die ich hier nur summarisch nennen möchte: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten*, Frankfurt am Main 1975–1977, I, S. 15 ff., 23 ff.; II, S. 7 ff., 215 ff.; III, S. 21 f., 381 ff.; Erhard Denninger/Klaus Lüderssen, *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1978, S. 42 ff., 64; Wie rechtsstaatlich und solide ist ein sozialwissenschaftlich-juristisches Grundstudium?, in: *Juristische Schuldung* 1974, S. 132/133; Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main 1979, S. 54 f. (in italienischer Sprache erschienen in: Mario Romano/Frederico Stella, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, unter dem Titel: La funzione di prevenzione generale del sistema penale, Bologna 1980, S. 99 ff.). Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Frankfurt am Main 1980, S. 434, 443, 439 ff., 742, 750.

62 Wolfgang Naucke, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbotes 1935*, in: NS-Recht in historischer Perspektive, Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte, München 1981, S. 73 ff.

63 Guter Überblick jetzt bei Thomas G. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Königstein/-Taunus 1979.

64 Hierzu grundlegend Herbert Jäger, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1978, S. 297 ff. (auch abgedruckt in: Herbert Jäger (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Frankfurt am Main 1980, S. 173 ff.).

65 Günther Bemmann u.a., *Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung*, Karlsruhe 1979 (§ 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1, s. auch die dazugehörigen Begründungen); s. ferner Lüderssen, *Aus der grauen Zone zwischen staatlichen und individuellen Interessen, Die Funktion des Strafverteidigers in einer freien Gesellschaft* (im Erscheinen).

66 Erhard Blankenburg, Ekkehard Klausa und Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (*Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band VI*), Opladen 1980 (Vorwort S. 8).

67 Erhard Blankenburg, *Recht als gradualisiertes Konzept – Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung*, in: Blankenburg u.a., a.a.O., S. 83; Hubert Rottleuthner, *Alternativen in Arbeitskonflikten*, a.a.O., S. 263 ff. (264).

68 Ekkehard Klausa, *„Alternativen zum Recht", Reifeprüfung eines Themas*, a.a.O., S. 492 ff. (496).

69 Klausa, a.a.O., S. 494.

70 Blankenburg, a.a.O., S. 84.

71 Klausa, a.a.O., S. 494 (mit Nachweisen).

72 Norbert Reich, *Alternative Rechtsformen – von Rechtsnormen und subjektiven Rechten zu Aufgabennormen und Mitgestaltungsrechten – eine Skizze*, in: Blankenburg, a.a.O., S. 410 ff. (412).

73 Klausa, a.a.O., Unter Bezugnahme auf Röhl.

74 Klausa, a.a.O., S. 495.

75 Sabine Röhl und Klaus F. Röhl, Alternative zur Justiz?, in: *Deutsche Richterzeitung* 1979, S. 33 ff. (34).

76 Nils Christie, zitiert bei Klausa, a.a.O., S. 494.

77 Richard Rosellen, *Mediation: Verfahren zwischen Gesprächstherapie und Hard-Selling*, in: Blankenburg u.a., a.a.O., S. 215.

78 S. dazu Gert Spittler, *Konfliktaustragung in akephalen Gesellschaften: Selbsthilfe und Verhandlung*, in: Blankenburg u.a., a.a.O., S. 142 ff.; Uwe Wesel, Zur Entstehung vom Recht in frühen Gesellschaften, in: *Kritische Justiz*, Jahrgang 12 (1979), S. 232 ff.; kritisch dazu Wolfgang Müller, Entstehung von Recht und Staat und frühes griechisches Recht, in: *Kritische Justiz*, Jahrgang 12 (1979), S. 253 ff.; dagegen wiederum Uwe Wesel, Eine Entgegnung, in: *Kritische Justiz*, 13. Jahrgang (1980), S. 52 ff.

79 Rosellen, a.a.O.

80 Röhl und Röhl, a.a.O., S. 35.

81 Klausa, a.a.O., S. 494.

82 Richard Rosellen/Gerhard Metzger-Pregizer, *Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normendurchsetzung*, in: Blankenburg u.a., a.a.O., S. 219 ff.

83 Frank Rotter, *Die gesellschaftlichen Gerichte in der DDR und das Problem der Alternativen zum Recht*, in: Blankenburg u.a., a.a.O., S. 462 ff.

84 Norbert Reich, a.a.O., S. 416.

85 Gert Winter, Über neuere Rechtsformen, in: *Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie* Nr. 11 (1976), S. 45 ff.

86 Darauf hat vor allem Klaus F. Röhl aufmerksam gemacht (mündlicher Diskussionsbeitrag bei der Berliner Tagung für Rechtssoziologie vom 9.–10.4.1976).

87 Ullrich K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt am Main 1979, S. 33. Instruktiv dazu auch die folgenden Bemerkungen: „Eine Folge dieser sich herausbildenden neuen rechtlichen Formen der Rettung einer frühliberalen Subjektivität und der Bedingungen politisch-administrativer Herstellung sozialer Ordnung ist die Notwendigkeit einer Neuformulierung der Kriterien für soziale Gerechtigkeit. Der gesellschaftliche Wert des Individuums muß gleichsam politisch fixiert werden, obwohl das bürgerliche Pathos des Subjekts impliziert, daß es prinzipiell einen Anspruch auf Alles hat, sofern es zur privaten Aneignung in der Lage ist. In diesem Widerspruch liegen die tieferen Gründe des ungelösten Problems, auf der Grundlage individueller Präferenzen ein System sozialer Präferenzen zu entwickeln" (a.a.O.).

88 S. Röhl und Röhl, a.a.O., S. 38.

88a Gute Zusammenfassung dieses Diskussionsstandes bei Alexy, a.a.O., S. 17 f., wichtig auch der Abschnitt über juristische Dogmatik (307 ff.); s. aber auch schon Klaus Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, a.a.O., S. 97 ff.; derselbe, *Wie rechtsstaatlich und solide ist ein sozialwissenschaftlich-juristisches Grundstudium?*, a.a.O., S. 132/133.

89 Zu der Kontroverse darüber, ob man den „Status einer Diskurstheorie (...) mit Habermas durch den *universellen* oder mit Apel durch den *transzendentalen* Charakter der Sprachpragmatik definiert" vgl. Schnädelbach, a.a.O., S. 137.

90 Genauere Rubrizierung des Arguments bei Klaus Lüderssen, Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie, in: *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden 1978, S. 53 ff. (61 ff.), Festlegung einer Bedeutung – weder a priorisch noch empirisch noch postulatorisch, sondern hermeneutisch-prognostisch – s. dazu die Belege in Anm. 42; ferner Klaus Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, a.a.O., S. 181 (Rechtskonkretisierung als Rechtssatzprognose); Otto Pöggeler, Die ethisch-politische Dimension der hermeneutischen Philosophie, in: *Probleme der Ethik*, a.a.O., S. 45 ff. (52) („Der Mensch muß die Kränkung hinnehmen, daß seine Symbole zugleich Idole sind und in ihrer listenreichen Doppelsinnigkeit nur zu oft nicht in der Selbstreflexion, sondern allein in der kommunikativen Interpretation entschleiert werden können"). Auch die „Angemessenheit" entschleiert sich nicht durch „einsame semantische Ermittlung", sondern in der „Redesituation auf der Suche nach Verständigung" (Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Auflage, München 1974, S. 115).

91 Der Begriff wird hier also – das sei, um Mißverständnissen vorzubeugen, ausdrücklich gesagt – nicht in dem Sinne gebraucht wie bei Habermas, wenn er von „angemessener Sprache" als Voraussetzung der idealen Sprechsituation spricht (*Wahrheitstheorien*, a.a.O., S. 251/252).

92 Alexy, a.a.O., S. 285 f., der, was hier noch hinzugefügt werden darf (s. schon Anm. 44), das Gewicht dieser Argumentation keineswegs verkennen möchte, sie indessen doch zu global charakterisiert (um sie aus der weiteren Darstellung dann auszuklammern und damit im Ergebnis doch die Gefahr einer falschen Einschätzung eröffnet).

93 Ausführlich dazu Alexy, a.a.O., Anhang, S. 361.

94 Jürgen Habermas, *Was heißt Universalpragmatik?*, a.a.O., S. 177.

95 A.a.O., S. 245 ff.

96 Hierzu Lüderssen, in: *Abweichendes Verhalten II*, a.a.O., S. 21.

97 Auch hier knüpfe ich an eigene Arbeiten an, die ich nur summarisch aufführen möchte: *Erfahrung als Rechtsquelle*, a.a.O., S. 85 f.; Artikel: „Rechtstheorie", in: Axel Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972, S. 350 ff.; *Abweichendes Verhalten II*, S. 14 ff.; S. 216 ff.; *Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie*, a.a.O., S. 58 ff.; *Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems*, a.a.O., S. 65 ff.

98 Unter welchen Voraussetzungen sie „relevant" sind, welche Aufgaben dabei vielleicht sogar die Demoskopie übernehmen könnte, ist allerdings noch wenig geklärt (vgl. Lüderssen, *Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie*, a.a.O., S. 72 ff.).

99 Dazu Lüderssen, *Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie*, a.a.O., S. 58, 74; Ob im Strafprozeß ein Beweisantrag zulässig ist auf Durchführung einer demoskopischen Repräsentativumfrage (über die Reaktion der Bevölkerung auf eine Strafaussetzung zur Bewährung), hat das Oberlandesgericht Celle geprüft und abgelehnt (Juristische Rundschau 1980, S. 256 ff.); dazu die – im Ergebnis zustimmende, durch sorgfältige Abwägung des pro und contra sich auszeichnende – Anmerkung von Wolfgang Naucke (a.a.O., S. 257 ff.).

100 A.a.O., S. 307 ff.

101 Genauer Klaus Lüderssen, Politische Grenzen des Rechts, rechtliche Grenzen der Politik. Zur Debatte über die Verjährung von NS-Morden, in: *Juristische Zeitung* 1979, S. 449 ff. (454 f.).

102 Vgl. Anm. 99.

103 Albin Eser, *Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung* (§§ 211–213, 217 StGB) *neu abzugrenzen?* Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, München 1980, S. 20.