Diskussion/Discussion

Lothar Kuhlen

Zur Abgrenzung von Recht und Moral

Kommentar zu K. Lüderssens „Recht, Strafrecht und Sozialmoral"

Abstract: Lüderssen's definition of legal and moral norms according to the varying degree of consent given to them is rejected. The definition proposed is not only imprecise, but also inadequate in substance as it is in contradiction with central and plausible aspects of our conception of morals. On the face of it the definition put forward is convincing only in the context of a "recognition-theory" of law. It is argued that this theory is not convincing either and moreover can manage without this definition.

I.

Den zahlreichen Versuchen, zwischen Recht und Moral zu unterscheiden, hat Lüderssen in seinem hier abgedruckten Beitrag einen weiteren hinzugefügt: die Unterscheidung von Rechts- und Moralnormen nach dem Grad, in dem ihnen zugestimmt wird. Dieser Vorschlag ist vor allem aus zwei Gründen von Interesse. Zum einen ist er relevanten (diskurstheoretischen) Strömungen in der neueren Philosophie und Rechtstheorie zuzuordnen. Zum anderen setzt Lüderssen die Abgrenzungsproblematik mit einem weiten Kreis von möglicherweise einschlägigen Phänomenen und Problemen in Beziehung. Insbesondere seine Hinweise auf neuere Tendenzen in der Rechts- und Rechtsalternativenentwicklung sind auch für ganz anders ansetzende Differenzierungsversuche beachtlich und hilfreich.

Natürlich gelten nicht alle Ausführungen Lüderssens unmittelbar Fragen begrifflicher Abgrenzung. Bei der Abgrenzung von Recht und Moral geht es ja nicht um eine willkürliche definitorische Festsetzung, sondern um eine im Hinblick auf bestimmte tatsächliche und normative Ausgangspunkte vernünftige begriffliche Lösung. Neben Bedeutungsfestsetzungen trifft Lüderssen demzufolge normative und empirische Feststellungen. Letztere betreffen einmal die Verwendung der Begriffe „Recht" und „Moral". So wird konstatiert, daß der „Rechtsbegriff differenzierter und heterogener" (210) geworden sei oder daß sich ein komparativer Rechtsbegriff entwickele (209). Sodann findet sich eine Fülle von Aussagen, die die steigende Relevanz von Konsensen in Recht und Moral belegen sollen.

All diese empirischen Fragen, die gewiß sehr interessant sind, werde ich nicht erörtern. Das ist legitim, weil sie in Lüderssens Arbeit letztlich nur der Vorbereitung seiner Abgrenzung zwischen Recht und Moral dienen. Außerdem will ich diese

Analyse & Kritik 3 (1981), Heft 2, S. 223–236 © Westdeutscher Verlag, Opladen

Abgrenzung nicht verteidigen, sondern kritisieren, wobei ich Lüderssens empirische Annahmen zu Argumentationszwecken ohne weiteres als unproblematisch unterstellen kann. Neben unmittelbar begrifflichen werde ich auch normative Probleme erörtern, soweit das erforderlich ist, um die Vernünftigkeit des untersuchten Abgrenzungsvorschlages zu beurteilen.

II.

Lüderssen will die Frage (partiell) beantworten, wie man die in verschiedenen Interpretationen tatsächlich verwendeten Begriffe „Recht" und „Moral" vernünftigerweise festlegen sollte, und tut das, indem er einen „Vorschlag (unterbreitet), moralische und rechtliche Regeln voneinander abzugrenzen" (214).

Der Beantwortung derartiger Fragen dient die Methode der Begriffsexplikation.[1] In ihrer Durchführung lassen sich drei Schritte unterscheiden. Erstens sind die zu explizierenden Begriffe oder Begriffsmerkmale, also die Explikanda, intensional oder extensional zu charakterisieren. Zweitens sind Probleme anzugeben, zu deren Lösung die Explikation beitragen könnte. Drittens ist ein Explikat zu formulieren, d.h. eine mindestens partielle begriffliche Festsetzung[2] zu treffen.

Eine Explikation ist angemessen, wenn das Explikat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Explikandum wahrt[3] und eine bessere Lösung von Problemen ermöglicht als das Explikandum (eine solche Verbesserung ist auch schon die Präzisierung einer Problemstellung). Diese recht lockere Erläuterung des Begriffs „Begriffsexplikation" reicht aus, um einen trival klingenden, aber wichtigen Punkt klarzumachen. Sowohl um eine zutreffende Kritik einer Explikation zu ermöglichen als auch um eine unzutreffende Kritik auszuschließen, ist es unabdingbar, die bei einer Explikation interessierenden Probleme zu benennen.[4] Ob ein bestimmtes Explikat angemessen ist, läßt sich nur relativ auf bestimmte Fragen beurteilen, die man mit seiner Hilfe beantworten will. Die Nennung dieser Fragestellungen verhindert unzutreffende Kritik, indem sie deutlich macht, daß es in aller Regel nicht um „die" Explikation von Begriffen geht, sondern daß je nach der interessierenden Problematik unterschiedliche Explikationen eines Terminus angemessen sein können. So wäre es z.B. möglich, daß die von Lüderssen zusammengestellten klassischen Abgrenzungsversuche (198 f.) trotz ihres einheitlichen terminologischen Ausgangspunktes „Recht und Moral" gar nicht miteinander konkurrieren (vielleicht: sämtlich angemessen sind), weil sie zur Lösung ganz unterschiedlicher Fragestellungen beitragen sollen.

III.

1. Lüderssens Arbeit ist nach der gesamten Anlage unschwer als Begriffsexplikation zu verstehen. Zum einen charakterisiert er die Explikanda „Recht" (hauptsächlich intensional: (198–202), hauptsächlich extensional: (207–211)) und „Moral" (202

–207). Sodann nennt er im Zusammenhang mit vier Beispielen aus dem Gebiet des Strafrechts Probleme, zu deren Lösung seine Explikation beitragen soll (195–198). Weiterhin präsentiert und erläutert er sein Explikat (211–214). Schließlich versucht er, an den vier Beispielen die Adäquanz seines Abgrenzungsvorschlages zu demonstrieren (214–217). Diesem Vorgehen folgend werde ich an diesen Beispielen diskutieren, was die vorgeschlagene Abgrenzung leistet. Ich werde dagegen nicht prüfen, ob sie geeignet ist, zur Lösung von Problemen zu führen, die Lüderssen in seinen Ausführungen zur Ethik (202–207) skizziert. M.E. tut sie das nicht und soll das auch nicht tun.[5] Naheliegender wäre schon, daß als Adäquatheitsinstanzen für den Abgrenzungsvorschlag auch die von Lüderssen aufgeführten neueren Rechtsentwicklungen fungieren sollen (207–211). Wie angesichts ihrer Vielzahl unvermeidlich, hat Lüderssen jedoch weder explizit angegeben, welche abgrenzungsrelevanten Probleme welches rechtliche Phänomen aufwirft, noch welche Konsequenzen sein Abgrenzungsvorschlag im Hinblick auf diese Phänomene hat. Auf dieser Grundlage ist keine ausreichend genaue Diskussion der Frage möglich, ob dieser Vorschlag ihnen angemessen ist.

Wenn daher in der Folge lediglich geprüft wird, ob er den vier angeführten Beispielen gerecht wird, so ist das sowohl fair als auch hinreichend interessant. Fair, weil Lüderssen selbst diese Beispiele offenbar für geeignet hält, die Adäquanz seiner Abgrenzung zu zeigen und weil sie nicht zufällig in den Text eingestreut, sondern systematisch ausgewählt sind, nämlich um verschiedene (vermeintliche) Konstellationen im Verhältnis von Recht und Moral zu exemplifizieren.[6] Ausreichend interessant, weil sich aus Anlaß der Beispiele Probleme aufzeigen lassen, denen sich Lüderssens Abgrenzung bei der Anwendung auf *jedes* Beispiel konfrontiert sehen dürfte.

2. Lüderssen formuliert seine Thesen folgendermaßen:

„Die verbleibenden Unterschiede (sc. zwischen Recht und Moral; Verf.,) – 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." (212)

IV.

Die zitierten Sätze werfen mehrere Verständnisfragen auf. Einige dieser Fragen sollen zunächst dargestellt und soweit geklärt werden, wie das ohne Vorgriff auf die Erörterung der vier Beispiele möglich ist.

1. Es ist nicht klar, ob das Begriffspaar „Recht" und „Sozialmoral" oder der Begriff „Geltung" (für Rechtsnormen einerseits, für Normen der Sozialmoral andererseits) geklärt werden soll. Ich werde das offenlassen und, wenn nicht Lüderssen selbst seine Abgrenzung eindeutig auf eine dieser Alternativen bezieht, davon ausgehen, daß sie die molekularen Begriffe „geltendes Recht" und „geltende Sozialmoral" betrifft.

2. Die Aussage über den Zusammenhang zwischen Konsens und Art bzw. Geltung von Normen wird, wie sich aus der Deutung von Lüderssens Beitrag als Explikation ergibt, als begrifflich, analytisch aufgefaßt. Dafür spricht etwa die aus der traditionellen Definitionslehre herrührende Wendung, die unterschiedlichen Konsensmöglichkeiten beträfen die „differentia specifica zwischen rechtlichen und moralischen Regeln" (214). Die Charakterisierung dieses Zusammenhangs als eines zunehmender oder abnehmender Wahrscheinlichkeit (so im zweiten der zitierten Sätze)[6a] ist nun allerdings aus dem Kontext empirischer Korrelationsaussagen vertrauter als aus dem begrifflicher Festlegungen. Ein zwingender Einwand gegen die Auffassung, Lüderssen treffe an der fraglichen Stellung eine begriffliche Festsetzung, läßt sich aus jener Formulierung jedoch nicht herleiten. Sie dient m. E. lediglich dazu, eine Vagheit des Explikats zu bezeichnen, die sich aus der Unsicherheit darüber ergibt, wo genau die Grenze zwischen schon für Moralgeltung und nur noch für Rechtsgeltung ausreichendem Konsensgrad verläuft.

3. Die Grenzziehung zwischen Recht und Moral soll auf einer Skala unterschiedlicher Konsensgrade erfolgen.

Fraglich ist erstens, ob auf dieser Skala faktischer oder möglicher Konsens graduiert werden soll. Beide Deutungen können sich auf den ersten der zitierten Sätze berufen. Entsprechend den auf diesen Satz folgenden Ausführungen werde ich die, zudem: klarere, erste Alternative wählen und davon ausgehen, daß es auf Grade faktischen Konsenses ankommt.

Zweitens fragt sich, wie unterschiedlich hohe Konsensgrade festgestellt werden können. Die naheliegende Auskunft, daß man hierzu den Anteil der zustimmenden Personen innerhalb einer relevanten Personengruppe ermitteln müsse, ist nach Lüderssen nur eine Teilantwort.[7] Neben dem „am Konsens beteiligten Personenkreis" ist auch die „Qualität des Konsenses" (213) graduierbar und zur Ermittlung des Konsensgrades heranzuziehen. Diese Qualität wiederum kann differieren nach der Qualität des zugrundeliegenden Diskurses zum einen (213), nach der Qualität des Diskursergebnisses, das von „widerstrebender Anpassung" bis zu „reflektierten Internalisierungen" (214) reichen kann, zum anderen. Merkmale wie die beiden zuletzt genannten lassen sich prinzipiell empirisch erfassen. Nicht mehr empirisch, sondern nur mit Hilfe entsprechender begrifflicher Festlegungen sind dagegen die weiteren Fragen zu beantworten, die sich vor jeder Ermittlung des für eine Norm bestehenden Konsensgrades stellen:

i) Wie bildet man mit Hilfe qualitativer (klassifikatorischer) Merkmale wie „widerstrebende Anspassung" etc. die mindestens komparativen, vielleicht sogar quantitativen, Variablen „Qualität des Diskursergebnisses" und „Qualität des Diskurses"?
ii) In welches Verhältnis zueinander sind diese beiden Variablen bei der Bestimmung der „Qualität des Konsenses" zu setzen?
iii) Wie bildet man aus der Konsensqualität und dem Anteil der Zustimmenden in einer relevanten Gruppe den Konsensgrad?

Auf keine dieser Fragen findet sich in Lüderssens Beitrag eine Antwort. Das hat zur Folge, daß keine intersubjektiv verbindliche Qualifizierung von Normen nach dem auf sie entfallenden Konsensgrad ermöglicht wird. Solche Einordnungen sind allenfalls für trivale Fälle, d.h. aufgrund übereinstimmender vortheoretischer Einschätzungen möglich. Durch theoretisch zwar nicht ausweisbare, aber eben auch nicht kritisierbare Verwendung der völlig ungeklärten Variablen „Konsensqualität" könnte man darüberhinaus auch noch solche Trivialfälle anders einstufen. Warum sollte man z.B. nicht das Abtreibungsverbot als höher konsentiert einordnen als das Mordverbot, da jenes von höher qualifiziertem, wenn auch weniger weitreichendem Konsens getragen sei als dieses? Immerhin wurde in den letzten Jahren das Abtreibungsverbot stärker diskutiert als das Mordverbot.

Drittens stellt sich die Frage, an welcher Stelle der Skala die Grenze zwischen schon für Moralgeltung und nur noch für Rechtsgeltung ausreichendem Konsesgrad zu ziehen ist. Die Auskunft, hierfür gebe es „keinen absoluten Maßstab, sondern nur einen Rekurs auf die historische Situation" (212), wird man als Verzicht darauf verstehen müssen, diese Frage zu beantworten. Das führt zu zusätzlichen Einordnungsschwierigkeiten. Denn selbst, wo man qua common sense etwa das komparative Urteil „das Mordverbot ist stärker konsentiert als das Abtreibungsverbot" wagen darf, ist die klassifikatorische Frage, ob diese Normen die Grenze zur Rechts- oder gar Moralgeltung überschreiten, völlig offen.

4. Die weiteren begrifflichen Probleme, die im Zusammenhang mit den (teilweise) zu explizierenden Begriffen „geltende Rechtsnorm", „geltende Sozialmoralnorm" sowie mit dem Begriff „Privatmoral" auftreten, werde ich nur soweit thematisieren, wie das für die folgende Überprüfung der Adäquanz von Lüderssens Abgrenzungsvorschlag an den von ihm angeführten Beispielen erforderlich ist. Diese Diskussion bleibt sinnvoll, obwohl sich gezeigt hat, daß dieser Vorschlag jedenfalls eine Präzisierung, wie sie gemeinhin von einer Begriffsexplikation erwartet wird, nicht erbringt. Gleichwohl könnte die Abgrenzungsidee inhaltlich plausibel sein. Bei der Erörterung dieser Frage unterstelle ich in Ermangelung begrifflicher Kriterien ohne weiteres, daß Lüderssens Annahme über existierende Konsensgrade und damit seine Qualifikationen von Normen als rechtlich oder sozialmoralisch zutreffen.

V.

1. Die Problematik der *Verjährung* von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen (195, 215) ist für Lüderssens Abgrenzung von Recht und Moral indifferent. Diese Abgrenzung wirft im Kontext der Verjährungsfrage keine Probleme auf und löst auch keine. Ein Vorzug könnte das nur relativ auf andere Abgrenzungskonzeptionen sein, die solche Probleme bereiten. Lüderssen zufolge wäre es ein derartiges unerwünschtes Resultat, wenn die Auffassung entstände, es sei moralisch geboten, rechtlich aber nicht vertretbar, daß die Verjährung nicht eintrete (195). Soweit ich sehe, folgt diese Auffassung aus keiner Abgrenzung von Recht und Moral, sondern, die moralische Prämisse einmal zugrundegelegt, aus (kontroversen) verfassungsrechtlichen Argumenten.

Das erste Beispiel liefert also kein Argument für Lüderssens Abgrenzung.

2. a. *Abtreibungen* (195, 215 f.) sind unter bestimmten Umständen rechtlich freigestellt, d.h. nicht verboten.[8] Es kann nun zunächst der Fall eintreten, daß Normadressaten rechtlich freigestellte Abtreibungen für moralisch unzulässig halten, dieses moralische Verbot aber nur auf sich persönlich beziehen. Das wäre eine privatmoralische, d.h. nicht mit einem Anspruch auf allgemeine Geltung verknüpfte Auffassung, die die Abgrenzung von Recht und Sozialmoral nicht tangiert (215). Verbindet man dagegen mit dem genannten Verbot einen allgemeinen Geltungsanspruch, so stellt sich die Frage, ob es ein (geltendes) rechtliches oder sozialmoralisches sei. Lüderssen hält dieses „Verbot" nicht für ausreichend konsentiert. Also handele es sich dabei nicht um eine „moralische Regel" (215)[9], ebensowenig wie bei der gesetzlichen Freistellung.

Das ist sicherlich ein höchst interessantes Ergebnis. Erwartet man, es werde von Lüderssen zum Anlaß und Exempel genommen, nunmehr die Adäquanz seiner Abgrenzung zu demonstrieren, wird man freilich enttäuscht. Die spärliche Kommentierung, „also ... (liege) auch hier kein Abgrenzungsproblem vor" (216) wird auch den bescheidenen Leser kaum zufriedenstellen. Zwar ist es trivialerweise richtig: wenn das „Abgrenzungsproblem" die Frage ist, ob das fragliche „Verbot" nach Lüderssens Abgrenzung eine Sozialmoral- oder eine Rechtsnorm ist und wenn weiterhin Lüderssens Annahme über die relevanten Konsensverhältnisse zutrifft, so ist das Abrenzungsproblem gelöst: das „Verbot" ist keine moralische, sondern nur eine rechtliche Regel. Ebenso ist natürlich das „Abgrenzungsproblem" gelöst, wenn man es, wofür einiges spricht, als „Konkurrenzproblem" zu deuten hat: denn da das „Verbot" weder Moral- noch *geltende* Rechtsnorm ist, konkurriert es nicht mit der (Rechts) Geltung der inhaltlich konfligierenden Freistellung.

b. Völlig offen und daher noch zu diskutieren bleibt aber die m.E. vorrangig interessierende Frage, ob die von Lüderssen in concreto vorgenommene Einordnung nach Maßgabe seines Abgrenzungskriteriums so beschaffen ist, daß sie dieses empfiehlt, oder nicht. Diese Diskussion setzt voraus, daß man einiges über die Konsequenzen weiß, die es hat, wenn eine mit allgemeinem Geltungsanspruch vorgetra-

gene normative Auffassung, bzw. die mit diesem Anspruch geforderte Regel, eine sozialmoralische ist oder wenn sie es nicht ist.

Mindestens wären demnach Antworten auf die folgenden Fragen nötig.

i) a) Wenn eine Regel weder eine geltende rechtliche noch eine geltende sozialmoralische ist: was ist sie dann?

i) b) Kann man die Forderung, eine solche Regel solle gelten, überhaupt noch konsistent vertreten? Wie wäre eine solche Forderung zu qualifizieren?

ii) Was folgt daraus, daß etwas eine geltende Norm der Sozialmoral ist? Insbesondere:

ii) a) Sind an ihre Verletzung Sanktionen geknüpft? Wenn ja: welche?

ii) b) Was passiert bei einem Konflikt zwischen Normen des Recht und der Sozialmoral (falls er denkbar ist)? Schließt etwa die Geltung bestimmter Sozialmoralnormen die konkurrierender Rechtsnormen aus? Falls nein: besteht bei einer solchen Konkurrenz wenigstens eine Verpflichtung des Gesetzgebers, das Recht der geltenden Sozialmoral anzupassen? Wenn ja: ist das eine rechtliche oder moralische Verpflichtung?

c. Lüderssens Antwort auf die Frage i) a) ist, daß es in diesem Fall weder eine geltende rechtliche noch eine moralische Regel gibt (wohl aber, bei für Rechtsgeltung ausreichendem Konsens: eine nicht geltende Rechtsregel). Gleichwohl kann man natürlich fordern, eine solche Regel solle gelten (Frage i) b)). Eine solche Forderung ist nicht als moralische zu qualifizieren, sondern als rechtliche. Der Konsensgrad entscheidet also nicht nur darüber, ob eine rechtliche oder moralische Regel vorliegt, sondern an ihm „scheiden sich (auch) rechtliches und moralisches Argumentieren" (216).

Man muß sich einmal klarmachen, wieweit diese Sprachverwendung von eingebürgerten Gebräuchen abweicht. Ein Vertreter der katholischen Kirche (215), der eine strengere Bestrafung von Abtreibungen fordert, wird diese Forderung wohl, völlig unabhängig davon, wieweit sie auf Zustimmung stößt, als moralische verstehen.[10] Ebenso werden viele Gegner des Abtreibungsverbots ihre Position als moralisch begründet betrachten. Demgegenüber zwingt die erörterte Abgrenzung dazu, solche Forderungen oder Positionen mangels ausreichender Zustimmung als rechtlich zu qualifizieren, obwohl sie gegen Normen des geltenden Rechts gerichtet sind. Man müßte sogar mit allgemeinem Geltungsanspruch verknüpfte Forderungen, die gar nicht ans Rechtssystem adressiert sind, bei entsprechenden Konsensverhältnissen als rechtlich betrachten. Diese Konstellation ist zwar nicht von spezifisch juristischem, aber sehr wohl von allgemein-praktischem Interesse. Man kann ja (etwa weil man was gegen „die Rechtsform" hat) aus gemeinhin als moralisch bezeichneten Gründen für eine Regel eintreten, die zwar nicht Recht werden, aber von jedermann beachtet und gegebenenfalls informell sanktioniert werden soll.

Natürlich *kann* man eine solche Auffassung bzw. Forderung als rechtliche qualifizieren. Die Abweichungen von üblichen Sprachverwendungen, die Lüderssens Abgrenzung mit sich bringt, sind aber so gravierend und prima facie so unplausibel, daß es schon starker Gründe bedürfte, um diese Abweichungen zu empfehlen.

Ich glaube nicht, daß es solche Gründe gibt, möchte vielmehr auf eine weniger konventionelle als „inhaltliche" Konsequenz hinweisen, die mir nicht wünschenswert scheint. Faßt man normative Forderungen und Argumente, die bislang als moralische verstanden wurden, nunmehr als rechtliche auf, so stuft man sie m.E. ab. Weil nicht genügend konsentiert, sind bestimmte bislang als moralisch zu qualifizierende Auffassungen nun „nur noch" rechtlicher Natur (wiewohl rein privat und mit keinerlei im tradierten Sinne rechtlichen Nachdruck versehen). Es liegt somit in der Konsequenz von Lüderssens Vorschlag, daß kontroversen normativen Auffassungen und Forderungen Privater das Pathos des Moralischen entzogen wird, ohne daß ihnen auf dem Begriffswege rechtliche Geltung verliehen werden könnte. Das könnte auch erwünschte Folgen haben, bedeutete jedoch eine Abstufung und damit (eine empirische These!) Schwächung privaten praktischen Argumentierens, die jedenfalls mit Lüderssens Versuchen, seine Konzeption demokratietheoretisch zu begründen, eigenartig kontrastiert.

d. Wie Lüderssen die Frage ii) a) beantworten würde, läßt sich nur vermuten. Unter den sich daraus ergebenden Vorbehalten möchte ich aber doch auf zwei in diesem Kontext interessante Punkte hinweisen. Erstens wirken auch umstrittene praktische Regeln verhaltenssteuernd und damit erwartungssichernd. Es gilt als legitime Praxis, auf ihre Verletzung mit bestimmten informellen Sanktionen zu reagieren. Schlägt man solche Regeln, einfach weil sie umstritten sind, dem Recht statt der Moral zu, so liegt es nahe, daß nur noch die Verhängung rechtlicher Sanktionen, die mangels vertraglicher Vereinbarung dem Rechtsstab vorbehalten ist, als legitim anzusehen ist. Für die Normen, die es weder zur Sozialmoral noch zur Rechtsgeltung bringen, blieben dann keinerlei legitime Sanktionsmöglichkeiten mehr übrig. Das bedeutete eine tiefgreifende Veränderung unserer sozialen Praxis und zwar wiederum eine Schwächung privaten „Moralisierens".[11]

Blickt man auf die Sanktionierung von Verstößen gegen soziale Verhaltensregeln, so ergibt sich eine zweite erhebliche Veränderung, die die erörterte Abgrenzung gegenüber verbreiteten Konzeptionen von Recht und Moral nach sich zöge. Von einem bestimmten Überschneidungsbereich abgesehen, sind Rechtsnormen mit (zum Teil erheblich) strengeren Sanktionen bewehrt als Moralnormen. Darauf beruht die gängige, besonders im Hinblick auf strafrechtliche Sanktionen einleuchtende Auffassung, die (gravierendere) rechtliche Normierung und Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen erfordere eine stärkere Legitimation als deren bloß moralische Verpönung. Dieser Gedanke liegt unter anderem der von Lüderssen diskutierten Ansicht zugrunde, der Gesetzgeber moralisiere in bestimmten Rechtsgebieten unzulässig, d.h. er könne allenfalls eine für moralische Normen ausreichende, nicht aber die für legitime Gesetzgebung zusätzlich erforderliche Normrechtfertigung leisten.

Geht man von jener Auffassung aus, so ist Lüderssens Abgrenzungsvorschlag natürlich abwegig, da er, soweit Rechtfertigung über Konsens läuft, zu dem genau entgegengesetzten Ergebnis führt, daß Moralnormen einer stärkeren Legitimation, nämlich eines höheren Konsensgrades bedürfen. Wollte man Lüderssens Abgrenzung

folgen, müßte man also die dargestellte Auffassung aufgeben. Da sie durchaus plausibel ist, bedürfte es hierfür einer besonderen Begründung.

e. Ich glaube, daß im Bereich der Antworten auf Frage ii b) *der* Prüfstein für seinen Abgrenzungsvorschlag liegt, der Lüderssen am meisten interessiert. Antworten auf diese Frage finden sich in seinem Beitrag allerdings nicht. Sie ergeben sich m. E. aber aus der von ihm vertretenen Anerkennungstheorie der Rechtsgeltung.[12] Anerkennungstheoretiker wollen Recht und Moral miteinander „versöhnen", in der wohl weitestgehenden Version den Fall ausschließen, „daß Rechtspflichten nicht zugleich als Gewissenpflichten zu betrachten wären".[13] Begriffliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels ist es, die Geltung von Rechtsnormen von ihrer Anerkennung durch die Normadressaten abhängig zu machen. Dagegen wird vor allem geltend gemacht, eine solche Konzeption sei unrealistisch, da viele Rechtsnormen sehr umstritten und dennoch gültig seien.

Lüderssens Abgrenzungsvorschlag leistet[14] in diesem Zusammenhang zweierlei. Zum einen bindet er in Übereinstimmung mit der Anerkennungstheorie Rechtsgeltung an einen gewissen Konsensgrad. Zum anderen antwortet er auf die Kritik mit einer „realistischen" Modifikation, indem er mit der Möglichkeit rechnet, daß es gültige Rechtsnormen gibt, die jedenfalls nicht sehr stark konsentiert sind. Beide Konsequenzen hängen allein von Lüderssens Begriff des geltenden Rechts ab, haben aber noch nicht direkt mit seinem Moralbegriff zu tun. Indes hat auch dieser (und damit die erörterte Abgrenzung) seine anerkennungstheoretische Relevanz. M.E. ergibt sich aus Lüderssens Beitrag, daß mindestens eine Verpflichtung des Gesetzgebers[15] besteht, das Recht der Sozialmoral anzupassen. Zwar scheint es bei der Abgrenzung von Recht und Sozialmoral um ein anderes Thema zu gehen als bei der Anerkennungstheorie der Rechtsgeltung, da letztere die *Untergrenze* des für Rechtsgeltung gerade noch ausreichenden Zustimmungsgrades betrifft, während erstere die *Obergrenze* der (bloßen) Rechtsgeltung thematisiert. In der Frage ii) b) fallen jedoch vermutlich beide Problemstellungen zusammen, da wohl eine Norm die genannte Untergrenze dann unterschreitet, wenn eine ihr widersprechende Norm die obere Grenze, also die zur Sozialmoral überschreitet.[16]

Es stellt sich also die Frage, ob die erörterte Abgrenzung mit Blick auf die Ansicht plausibel ist, der Gesetzgeber sei verpflichtet, das Recht der Sozialmoral anzupassen. An den von Lüderssen gewählten Beispielen läßt sich diese Frage nicht erörtern, da bei ihnen kein Konflikt zwischen Recht und Sozialmoral auftritt.[17] Konstruieren wir also eins: gegen das geltende Recht sei eine überwältigende Mehrheit der Bevölkerung für die Todesstrafe.

Ich halte in diesem Beispiel den Gesetzgeber nicht für verpflichtet, die Todesstrafe einzuführen,[18] während nach der erörterten Ansicht, so wie sie sich nach Lüderssens begrifflicher Konzeption darstellt, eine solche Verpflichtung anzunehmen wäre. Der Gesetzgeber müßte sich m. E. schon selbst ein Urteil darüber bilden, was er für geboten hält. Für diese Urteilsbildung, allgemeiner: für die interne Perspektive[19] eines jeden, der normativ Stellung beziehen will oder muß, sollte ein noch so großer faktischer Konsens niemals ausschlaggebend sein.[20]

Unerwünschte Ergebnisse wie das im Todesstrafenbeispiel lassen sich natürlich auch mit Lüderssens Abgrenzung vermeiden, indem man Mehrheitsmeinungen die erforderliche Konsensqualität bestreitet. In dem Maße wie man mit dieser, nahezu unbegrenzte Möglichkeiten eröffnenden Variablen arbeitet, wird jedoch die gesamte Abgrenzung für nicht-manipulative Zwecke uninteressant.

3. Anhand seines dritten Beispieles weist Lüderssen auf ein zunächst widersprüchlich scheinendes Ausspielen von Moral gegen Recht hin. Zum einen wird am Sexualstrafrecht kritisiert, es moralisiere unzulässig. Zum anderen wird unter Berufung auf die Moral z.B. gefordert, verstärkten rechtlichen Schutz gegen Umweltverschmutzung zu gewährleisten (196, 216). Die Frage, ob diese Argumentationen zutreffend und miteinander vereinbar sind, ist nicht nur praktisch interessant, sondern ruft geradezu nach einer Explikation des jeweils verwendeten Moralbegriffs. Denn der eventuelle Widerspruch wäre derart offenkundig, daß sich die Vermutung aufdrängt, hier werde doch wohl nicht widersprüchlich, sondern mit einem Wort über Verschiedenes geredet.

Welchen Beitrag leistet nun Lüderssens Abgrenzung zu diesem interessanten Explikationsproblem? Er führt aus, der Moralisierungsvorwurf sei auch vor der Liberalisierung des Sexualstrafrechts unberechtigt gewesen. Schon damals nämlich habe ein ausreichend hoher Konsens gefehlt: „des Verzichts der Legislative und Judikative auf ‚Moralisieren' bedurfte es also gar nicht" (216).[21] Ebenso sei der heute erhobene Vorwurf, Gesetzgeber und Richter „moralisierten" in kontroversen Fragen des Sexualstrafrechts, „nur schlechte Polemik" (216). Denn wegen der Konsensverhältnisse seien die kritisierten Normen ebenso bloß rechtlicher Natur wie die Auffassungen der Kritiker. Auch die Forderungen nach stärkerem Rechtsschutz vor Umweltverschmutzung beriefen sich mangels ausreichender Zustimmung zu Unrecht auf die Moral (216).

Bei der Beurteilung dieser Ausführungen ist zu unterscheiden, mit welchem Anspruch sie vorgetragen werden.

Im Zusammenhang mit der Umweltschutzfrage erläutert Lüderssen in erster Linie, welche begrifflichen Konsequenzen sein Abgrenzungsvorschlag hat. Das ist immanent nicht zu beanstanden, die Konsequenzen sind m.E. aber aus den bereits dargelegten Gründen (dazu V. 2) nicht wünschenswert.

Beim Problem des „Moralisierens" im Sexualstrafrecht geht Lüderssen über eine derartige Erläuterung hinaus. Er setzt nämlich für den in diesem Kontext von den Kritiken gebrauchten Begriff „Moralisieren" *seinen* Begriff des Moralisierens ein, wonach jedenfalls nur mit geltenden Sozialmoralnormen moralisiert werden kann[22] und kommt so zu dem Ergebnis, mangels für Moralgeltung ausreichend hohen Konsenses sei das Moralisierungsargument „nur schlechte Polemik" (216). Dieses „Einsetzungsverfahren" wäre nur dann gerechtfertigt, wenn Lüderssens Begriff „Sozialmoral" bzw. der diesem entsprechende Begriff „Moralisieren" zu dem in der Debatte um das Sexualstrafrecht verwendeten Moralisierungskonzept mindestens in einem Explikationsverhältnis stände.[23] Das ist nicht der Fall. Lüderssen hat seine Begriffsfestsetzung nicht mit Blick auf die speziellen

begrifflichen Probleme getroffen, die im Zusammenhang mit seinem dritten Beispiel auftreten. So ist es nicht weiter verwunderlich, daß zwischen seinem Explikat und dem von den Kritikern des Sexualstrafrechts verwendeten Begriff „Moralisieren" keinerlei Ähnlichkeit besteht. Wer immer dem Gesetzgeber oder Richtern „Moralisieren" vorwirft, behauptet und kritisiert damit doch jedenfalls nicht, daß diese sich auf einen besonders hohen Konsens berufen könnten. Wenn Lüderssen gleichwohl die geschilderte Einsetzung vornimmt, argumentiert er im Grunde ebenso wie (sicherlich: in krasserer Form) der B im folgenden Dialog mit A, der die These verficht, das geltende Sexualstrafrecht moralisiere unzulässig, während B für Lüderssens Abgrenzungskonzept eintritt.

A: äußert seine These.

B: Die Normen des geltenden Sexualstrafrechts sind aber nur äußerst mäßig konsentiert.

A: Wohl wahr.

B: Du solltest die Konsequenzen daraus ziehen.

A: Tue ich ja. Ich verfechte meine These.

B: Die richtige Konsequenz wäre es, deine These fallenzulassen.

A: Wie bitte?

B: erläutert Lüderssens Moralbegriff und die begrifflichen Folgen seiner Einsetzung in die Moralisierungsthese.

A: So kann man das auch sehen.

B: Du siehst also ein, daß Du bisher eine unzutreffende These verfochten und schlecht polemisiert hast?

A: Wie dieses? Ich habe doch mit „Moralisieren" was ganz anderes gemeint als Lüderssen. Z.B. habe ich schon immer gesagt, daß der Gesetzgeber in dieser Frage keine Mehrheit der Bevölkerung hinter sich hat. Übrigens: weißt Du kein Wort, durch das man „Moralisieren" ersetzen könnte? Ich weiß momentan nicht so recht, wie ich meine These, du kennst sie ja, formulieren soll.

Der Argumentationsfehler, der B's Frage zugrundeliegt, dürfte darauf zurückzuführen sein, daß ein eingangs hervorgehobener Gesichtspunkt übersehen wird, daß nämlich relativ auf unterschiedliche Problemstellungen unterschiedliche Begriffsverwendungen üblich und vernünftig sein können. Demzufolge ist es nicht zu kritisieren, daß Lüderssen die durch das dritte Beispiel gestellte begriffliche Problematik durch sein Explikat nicht löst. Es verwundert immerhin, daß er dieses Beispiel wählt, um die Adäquanz seiner Abgrenzung zu zeigen. Fehlerhaft wird diese Demonstration, wo er übersieht, daß der im Moralisierungsvorwurf enthaltene Moralbegriff mit dem von ihm vorgeschlagenen nichts zu tun hat und deshalb nicht durch diesen ersetzt werden kann.

4. Die *Abgrenzung von Mord und Totschlag* erfolgt unter anderem mit Wertprädikaten wie „niedrige Beweggründe" und „Habgier". Die Rechtsprechung wird kritisiert, weil sie bei der Auslegung dieser Prädikate etwas rechtlich nicht Zulässiges tue, nämlich moralisiere (197 f.). Lüderssen weist nachdrücklich und überzeugend drauf hin, daß sehr unklar ist, „welcher Begriff von Moral hier eigentlich

zu Grunde liegt" (197). Wie schon beim dritten Beispiel liegt hier ein praktisch wichtiges und theoretisch interessantes Explikationsproblem vor. Und ebenso wie dort liegt auf der Hand, daß zu seiner Lösung Lüderssens Explikation nichts beitragen kann. Denn sein Moralbegriff ist es, wie ein Blick auf seine eigene Problemexposition (197 f.) zeigt, sicherlich nicht, der im Kontext der Diskussion um „moralisierende" Mordmerkmale „zu Grunde liegt".

Die auf diesem Moralbegriff basierende Analyse dieser Diskussion geht deshalb auch an deren spezifischer Problematik vorbei. Lüderssen ist der Auffassung, daß „niedrige Beweggründe eine Tötung zu einem besonders strafwürdigen Fall machen" (217), sei stark genug konsentiert, um als Moralnorm angesprochen zu werden. Folglich hätten die Kritiker des Bundesgerichtshofs „recht, wenn sie ihm moralisches Argumentieren attestieren, im Prinzip (sei) daran etwas Anstößiges aber beim besten Willen nicht zu erkennen" (217).

Diese Ausführungen sind aus den gleichen Gründen zu kritisieren wie die zur Problematik der Sexualdelikte. Trifft Lüderssens Annahme über die Existenz eines ausreichenden Konsensgrades zu, so argumentiert in der Tat der Bundesgerichtshof mit der derart konsentierten Auffassung moralisch im Sinne Lüderssen und *daran* ist sicher nichts Anstößiges. Daraus folgt aber nicht, daß, wie er annimmt, die Kritiker des Bundesgerichtshofs mit ihrer Moralisierungsthese recht hätten, denn sie kritisieren, bei aller Unklarheit, nicht, daß der BGH hohe Konsensunterstützung habe. Es folgt auch nicht, wie Lüderssen weiterhin meint, daß die Kritiker unrecht hätten, denn ob an dem von ihnen kritisierten „Moralisieren" etwas Anstößiges ist, wäre erst zu sagen, wenn man ihren Moralisierungsbegriff ermittelt hätte.

VI.

Die einzelnen von mir erhobenen Einwände sind von unterschiedlicher Tragweite. Die unter V. 3. und 4. vorgetragenen, gegen das „Einsetzungsverfahren" gerichteten, betreffen bestimmte Anwendungen von Lüderssens Abgrenzung, nicht diese selbst. Man kann dieser Kritik Rechnung tragen, indem man auf derartige Anwendungen verzichtet. Weitergehend gilt die unter V. 2. c und d geübte Kritik dieser Abgrenzung selbst. Diesen Einwänden ließe sich wohl begegnen, indem man die konsensorientierte Abgrenzung allein auf den *Geltungs*aspekt von Normen bezöge und weder zu einer von der Geltungsfrage abgelösten Unterscheidung von Rechts- und Moral*normen*, noch zu der zwischen rechtlichem und moralischem *Argumentieren* verwendete. Daß eine Regel die Konsensvoraussetzungen für „Moralgeltung" nicht erfüllt, wäre dann damit vereinbar, daß es sich um eine moralische handelt, die zu fordern auch eine moralische Forderung wäre. Das bedeutete sicherlich eine gravierende Änderung der erörterten Abgrenzung. Ihren Kern würde sie freilich unberührt lassen. Er besteht m. E. aus einer (modifizierten) Anerkennungstheorie der Rechtsgeltung. Der gegen diesen Kern gerichtete Einwand (V. 2. e) ist, wie ich nicht verkenne, schlicht geartet, m. E. aber durchschlagend. Daß

das Abstellen auf faktischen Konsens für eine interne Perspektive auf praktische Probleme bereits im Ansatz unplausibel ist, dürfte auch, neben unbestreitbar schwierigen theoretischen Fragen, ein wesentlicher Grund für das unter IV. 3. kritisierte Präzisionsdefizit sein. In dem Maße, wie es behoben wird, steigt nämlich die bislang geringe Gefahr, daß man auf nicht akzeptable Konsequenzen jenes „Theoriekerns" festgelegt wird.

Anmerkungen

1 Dazu Carnap (1973, 9 ff.); Hanna (1963, 28 ff.); Wunderlich (1974, 206 ff.)

2 v. Savingy (1976, 22 ff.)

3 Zur Diskussion dieses Kriteriums vgl. Carnap (1973, 9 f.) zum einen, Hanna (1963, 28 f.) zum anderen.

4 Vgl. hierzu den Katalog von Fragen, die mit dem Thema „Recht und Moral" verknüpft sind, bei Rottleuthner (1981, 157 f.).

5 Zwischen den allgemein-ethischen Ausführungen Lüderssens und seiner hier erörterten These besteht lediglich ein Anregungs-, kein Ableitungsverhältnis. Die folgende Kritik der These betrifft daher jene Ausführungen nicht. Zu ihnen möchte ich immerhin zweierlei anmerken. Zum einen ist Lüderssens Darstellung der „analytischen Ethik" (203) insofern stark irreführend, als sie die gesamte hierher zu rechnende *normative* Ethik völlig außer acht läßt. Was ist mit der ausgedehnten Utilitarismus-Diskussion, was, um nur die prominentesten neueren Gegner des Utilitarismus zu nennen, mit Rawls und Nozick? Gehört das alles nicht zur *analytischen* Ethik, wird nicht in allen diesen Diskussionen die *normative* Frage nach der Verbindlichkeit „bestimmter ethischer Inhalte" (202) entgegen Lüderssens Ausführungen zu den „lösbaren Problemen" gerechnet (wenn auch natürlich nicht zu den empirisch-wissenschaftlich lösbaren)?
Zum anderen findet sich bei Lüderssen eine Diskursgläubigkeit, die aus diskurstheoretischen Ansätzen in der Ethik keinesfalls folgt. Sie wird am deutlichsten in der These, daß „in der Tat ... eine Gesellschaft, die ideale Sprechsituationen garantieren könnte, sicher nicht mehr das Bedürfnis (hätte), rechtliche und moralische Regeln zu unterscheiden" (212). Hierin ist wohl die Aussage enthalten, unter idealen Diskursbedingungen lasse sich in allen praktischen Fragen ein sehr hoher (nämlich für Moralgeltung ausreichender) Konsens erzielen. Realistischer scheint mir demgegenüber die Auffassung Alexys (1978, 255 ff., 349 f.), daß bereits die Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses selbst – und nicht nur dessen von Lüderssen eingeräumten faktisch defizitäre Formen – so schwach sind, daß sie nur weniges ausschließen, einen breiten Spielraum des diskursiv (so oder anders) Möglichen lassen. Daß insoweit auch unter idealen Diskursbedingungen mit Konsens nicht gerechnet werden kann, macht es erforderlich, rechtliche Regelungen zu treffen, die konsensunabhängig gelten.

6 Deren Einheit in der Verjährungsfrage, ihre Trennung bei der Abtreibung, ihre, unterschiedlich weitgehende, Vermischung bei den beiden anderen Beispielen.

6a Daß es in dem Satz überhaupt um *diesen* Zusammenhang geht, ist nicht selbverständlich, da die Formulierung des Satzes auf eine Relation nicht zwischen Konsensgrad und Normart, sondern auf eine solche zwischen „Kongruenz" von Konsens und Geltung und Normart abstellt. Diese Formulierung ist komplizierter als jene, ergibt aber für mich keinen zusätzlichen Sinn. Ich lese daher in dem fraglichen Satz statt „steigender Kongruenz" „steigenden Konsens".

7 Selbst diese Antwort läßt noch die schwierige Frage offen, wie die jeweils relevanten Bezugsgruppen zu bestimmen seien.

8 Zum Begriff der „Freistellung" vgl. Herberger/Simon (1980, 183 ff.).

9 Lüderssen bezieht seine Abgrenzung hier also nicht auf den Geltungsaspekt, sondern grenzt mit dem Konsenskriterium zwischen rechtlichen und moralischen Normen „der Art nach" ab. So folgert er aus dem Fehlen des für geltende Moralnormen erforderlichen Konsenses nicht, es liege eine der Art nach moralische, aber nicht geltende Norm vor, sondern zieht die Konsequenz, daß hier eine „Rechtsregel" gefordert werde. Natürlich wird sie nur „ge-

fordert", d.h. sie ist keine geltende Rechtsregel, weil die dazu neben einem bestimmten Konsensgrad erforderlichen Geltungsvoraussetzungen fehlen.

10 Wenn nicht gar als (geltende!) naturrechtliche.

11 Das „Demokratische" einer solchen Veränderung könnte allenfalls darin liegen, daß nur noch den normativen Auffassungen überwältigender Mehrheiten der privilegierte Status der Sozialmoral zukommt.

12 Dazu Kuhlen (1980, 31 ff.).

13 Welcker (1813, 53).

14 Soweit man von der dargestellten Unschärfe dieser Abgrenzung absieht, die deren Leistungsfähigkeit in jedem Problemkontext in Frage stellt.

15 Bzw. juristisch Tätiger, die bei der Rechtskonkretisierung vor gesetzgebungsähnliche Rechtfertigungsprobleme gestellt werden.

16 Auch wenn das richtig ist, läßt sich eine Anerkennungstheorie der Rechtsgeltung doch ohne weiteres als bloße Bestimmung der genannten „Untergrenze" konzipieren, wodurch die Verquickung mit der Abgrenzung von Recht und Moral vermieden würde. Angesichts der gravierenden Probleme einer solchen anerkennungsorientierten Abgrenzung könnte das für die Anerkennungstheorie nur hilfreich sein.

17 Das stellt natürlich ein weiteres interpretatorisches Problem für die hier vertretene Auffassung dar, es sei gerade diese Konfliktkonstellation, die Lüderssen bei seinem Abgrenzungsvorschlag am meisten interessiert.

18 Ich möchte nicht auf die Möglichkeit verzichten, auch gegen eine überwältigende Mehrheit die Abschaffung der Todesstrafe als moralisch geboten anzusehen (und zwar nicht im Sinne einer bloßen Privatmoral). Nach Lüderssen wäre das eine sinnlose, weil widersprüchliche Ansicht.

19 Vgl. Hart (1973, 140 f.).

20 Kritisch zur moralischen Relevanz auch virtueller Konsense: Tugendhat 1980.

21 Daß jemand nicht moralisiert, bedeutet hier also, daß er sich nicht auf geltende Sozialmoralnormen stützt.

22 Ganz deutlich in diesem Sinne:

23 Streng genommen nur, wenn die Einsetzung nicht in indirekten Kontexten (dazu v. Kutschera 1975, 60 f.) erfolgt und wenn der eingesetzte mit dem ersetzten Ausdruck synonym ist. Die Synonymitätsbedingung ist auch bei einer angemessenen Explikation nie voll erfüllt, da dort das Explikat mindestens präziser ist als das Explikandum.

Bibliographie

Alexy, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main

Carnap, R. (1973), *Bedeutung und Notwendigkeit. Eine Studie zur Semantik und modalen Logik*, Wien, New York

Hanna, J.H. (1963), An Explication of 'Explication', in: *Philosophy of Science* 35, 28 ff.

Hart, H.L.A. (1973), *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am Main

Herberger, M./Simon, D. (1980), *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt am Main

Kuhlen, L. (1980), Normative Konsequenzen selektiver Strafverfolgung?, in: Lüderssen, K./Sack, F. (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten IV*, Frankfurt am Main

v. Kutschera, F. (1975), *Sprachphilosophie*, 2. Aufl., München

Lüderssen, K. (1981), *Recht, Strafrecht und Sozialmoral*, in diesem Heft

Rottleuthner, H. (1981), *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, München

v. Savigny, E. (1976), *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, 4. Aufl., München

Tugendhat, E. (1980), Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im Recht, in: *Argumentation und Recht. ARSP-Beihefte* Nr. 14, 1 ff.

Welcker, C.T. (1813), *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Gießen

Wunderlich, D. (1974), *Grundlagen der Linguistik*, Reinbek