in die Moral eingegliedert. In all diesen Fällen schöpft die "fremde" Norm ihre Geltung von der rezipierenden normativen Ordnung. Sie gilt im anderen System nicht aus eigener Kraft, sondern auf Grund ihrer ausdrücklichen Anerkennung durch das andere System. Vom Standpunkte der einzelnen normativen Ordnung aus gesehen werden die Normen eines anderen Systems nicht berücksichtigt.[14]

2. *Die moralische Entscheidung*

Der vorangegangene Abschnitt befasste sich vor allem mit den formalen Aspekten der Begriffe Moral, Ethik und Gesetz. Es kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass die zentrale Frage der Ethik die Bestimmung ihres Inhaltes ist. Wie soll man sich verhalten? Was ist sittlich gut? In Bezug auf Recht und Gesetz wird die Frage ihrer moralischen Wertung, wie schon erwähnt, mit dem Begriff der Gerechtigkeit erfasst. Was ist gerecht? Es mag tragisch anmuten, aber Tatsache ist, dass auf diese grundlegenden Fragen der Ethik und der Gerechtigkeit seit Menschheitsbeginn keine einheitliche Antwort gegeben wurde. Das uralte philosophische Problem erzeugte eine Vielzahl von widersprüchlichen Kriterien: heute streiten sich vor allem die kantische Moralphilosophie der persönlichen Autonomie und der Utilitarismus mit all seinen Schattierungen. Auf einfachste (und gleichzeitig auf sehr vereinfachte) Art gesagt: Gut und gerecht ist, was die persönliche Freiheit fördert, oder was dem Einzelnen oder der Gesellschaft am meisten Nutzen bringt.
Ich selbst werde nicht versuchen, eine Antwort zu geben. Wichtig erscheint mir jedoch die Feststellung, dass das wesentliche Problem der Gerechtigkeit und der Sittlichkeit in der Entscheidung zwischen widerstreitenden Werten besteht. Die verschiedenen in Frage stehenden Werte sind, jeder für sich allein gesehen, als legitim zu betrachten, doch ihr Widerstreit in der gegebenen Situation verlangt einen Prioritätsent-

14 Kelsen lehrte ursprünglich, dass vom Standpunkte der einzelnen normativen Ordnung die Normen eines anderen Systemes keine Geltung hätten und deshalb nicht existierten. Sie könnten deshalb nur als Tatsachen erscheinen und nicht als ein objektives Sollen. In seinem Spätwerk Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 2) änderte Kelsen diese Ansicht; ibidem, S. 169-170.

scheid, bei dem ein Wert dem anderen geopfert werden muss. Die ethische Frage besteht nun darin, zu entscheiden, welcher Wert welchem geopfert werden muss. Die Tragik der Situation liegt darin, dass es (leider) unmöglich ist, beide Werte gleichzeitig zu erhalten. Je höher die einzelnen widerstreitenden Werte geschätzt werden, desto schwerer wird der Entscheid. Eine der grossen Antinomien besteht in dem Spannungsverhältnis zwischen individuellem Wohl und der allgemeinen Wohlfahrt der Gesellschaft. Aber auch die Wahl zwischen einzelnen Menschen kann einen "tragischen" Entscheid erfordern, wie zum Beispiel die Implantation von raren Körperteilen bei grosser Nachfrage: wen unter den dringend Bedürftigen sollen wir auswählen?[15] Diesen Entscheid zwischen konkurrierenden Werten, dieses erforderte Werturteil, nenne ich "moralische Entscheidung", wie immer der Entscheid auch lauten wird.[16] Anders gesagt, diese "moralische" Entscheidung kann immer noch als ungerecht oder unsittlich bewertet werden.

Ich gehe vom Standpunkt aus, dass es praktisch keine absoluten Werte gibt, die alle anderen in jeder Situation *immer* verdrängen. So ist auch das Leben eines Menschen, der wohl höchste individuelle Wert, nicht immer vorzuziehen; in allen Gesellschaften wird zugegeben, dass es dem Überleben der Gesellschaft geopfert werden kann, wie z.B. in einem Verteidigungskrieg. In Tat und Wahrheit wird es öfters auch, bewusst oder unbewusst, weit niedrigeren, ökonomischen Werten geopfert (Verkehrsunfallopfer, die theoretisch, aber sehr kostspielig, vermieden werden könnten). In diesem Zusammenhang kann auch die Problematik der "Rettungsfolter" erwähnt werden, die die Geister in Deutschland anlässlich des Falles "Daschner" in Aufruhr versetzte, im Hinblick auf Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes, der bekanntlich die Würde des Menschen als unantastbar erklärt.[17] Die grundsätzliche Frage stellt sich, ob die Würde ein so absoluter Wert sei, dem auch Leben anderer Men-

15 Vgl. *G. Calabresi & Ph. Bobbit*, Tragic Choices, New York 1978.

16 Siehe in diesem Zusammenhang die wichtige, umfassende Artikelserie von *E. Goldman*, Religion, Moral und Halakha, in: Deot 20 (1962), 47-61; 21 (1962) 59-72; 22 (1963) 65-76 (in Hebräisch); reprinted in *E. Goldman*, Expositions and Inquiries – Jewish Thought in Past and Present, A Sagi and D. Statman, eds., Jerusalem 1996, S. 265-305 (in Hebräisch).

17 *R. D. Herzberg*, Folter und Menschenwürde, JZ 60 (2005), S. 321-328.

schen geopfert werden sollte.[18] Das getroffene Werturteil ist eine moralische Entscheidung, die dem Entscheider als die gerechte oder sittliche Lösung in der gegebenen, schwierigen Situation erscheint. Der Entscheid mag uns ein Gefühl der Tragik hinterlassen, das uns unbefriedigt lässt oder sogar unglücklich macht. Doch subjektiv schien keine andere, annehmbare Wahl zu bestehen. Im Lichte der vielen widersprüchlichen ethischen Theorien wird meistens jeder Entscheid als das Resultat eines subjektiven Werturteils betrachtet werden.[19]

Durch den Begriff der "moralischen Entscheidung" erhält die Beziehung zwischen Gesetz, Ethik und Gerechtigkeit eine zusätzliche Dimension, die über die formal-normativen Aspekte hinausgeht. Jeder norm-erzeugende Akt verlangt eine moralische Entscheidung. Nehmen wir den Gesetzgeber: Jedem Gesetz geht eine moralische Entscheidung voraus, die ein Werturteil darstellt. In vielen Fällen weisen die Geschichte und der Hintergrund der Gesetzgebung auf die gegensätzlichen Werte hin, zwischen denen das gesetzgebende Organ entscheiden muss. Ganz allgemein gesehen, stellt jede gesetzlich festgelegte Verhaltensregel schlussendlich eine Beschränkung der persönlichen Freiheit dar, sonst wäre sie ja überflüssig. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber einem anderen Wert als der persönlichen Freiheit den Vorzug gegeben und damit – laut unserer Definition – eine moralische Entscheidung getroffen hat.

Das Gleiche gilt auch gegenüber Normen, die auf einem tieferen, d.h. konkreteren Niveau erzeugt werden, wie z.B. Gerichtsentscheiden. Der Richter ist der Grundnorm seiner Rechtsordnung unterworfen, die ihn verpflichtet, das Gesetz anzuwenden. Dies bedeutet, dass er die Pflicht hat, dem Werturteil des Gesetzgebers Folge zu leisten. Der Gesetzgeber beabsichtigt in den meisten Fällen, dem Richter die Notwendigkeit eines eigenen moralischen Entscheids durch die vorgegebene legislative Lö-

18 Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Bundesverfassungsgerichtsentscheid bezüglich des §14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetz, BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz Nr. 118-124, 130-132, 135, und die nachfolgende Diskussion: *T. Hörnle*, Shooting Down a Hijacked Plane – The German Discussion and Beyond, in: Criminal Law and Philosophy 3 (2009), S. 111-131.

19 Bekanntlich gibt es nach Kelsens Ansicht überhaupt keine objektiv gültigen absoluten Werte; alle Werte sind relativ, und Werturteile sind daher immer subjektiv. Siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Anm. 3), S. 441-442.

sung zu ersparen. Das Gesetz sieht eine standardisierte Lösung eines moralischen Problems vor[20] und verlangt damit auch, dass der Richter auf ein erneutes Abwägen der verschiedenen Werte verzichtet.

Zwei Faktoren sind hauptsächlich dafür verantwortlich, dass während des Rechtsfindungsprozesses neue Werturteile gefällt werden müssen. Erstens ist jede Rechtsanwendung ein Akt der Interpretation. Geschriebenes, aber auch mündlich tradiertes Recht muss interpretiert weden, da die menschliche Sprache nicht eindeutig ist. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber nicht alle zukünftigen Eventualitäten im Blicke haben konnte und er selbst vielmals auf das Ermessen des Richters verweist. Rechtsanwendung kann daher kein blosser deduktiver Gedankengang sein, der logisch zwingend zur Schlussfolgerung führt. Der Syllogismus funktioniert erst, nachdem die Prämissen durch den Richter festgelegt sind. Richterliche Wertungen sind deshalb unvermeidlich. Dies bedeutet, dass der Richter bei der Rechtsanwendung neue moralische Entscheidungen treffen muss. Rechtsfindung ist daher immer ein kreativer Vorgang, in dem die Persönlichkeit des Richters eine wichtige Rolle spielt. Verglichen mit dem Gesetzgeber ist der Spielraum des Richters selbstverständlich äusserst begrenzt. Der Rahmen des gesetzten Rechts stellt eine natürliche Schranke vor der richterlichen Freiheit auf, eigenes Recht zu schaffen.

Der zweite Grund zur Notwendigkeit einer persönlichen moralischen Entscheidung seitens des Richters greift noch tiefer. Der Richter muss innerlich bereit sein, das Gesetz im Sinne des Gesetzgebers anzuwenden. Dies mag auf den ersten Blick überraschen. Aber wenn es sich um die höchste richterliche Instanz handelt, deren Entscheide endgültig sind, dann ist es von grösster Wichtigkeit, dass der Richter sich loyal gegenüber dem Gesetz hält. Normativ gesehen ist nämlich dieser Entscheid rechtlich verbindlich, wie immer sein Inhalt gestaltet sein mag. Die Notwendigkeit, im Recht sich auf eine letztinstanzliche Autorität zu stützen, bestärkt – in Kelsens Terminologie – die "dynamische" Natur der positiven Rechtsordnung. Der Entschluss zur Loyalität gegenüber dem Gesetz ist wiederum eine moralische Entscheidung des Richters.

20 *Goldman*, Expositions and Inquiries (Anm. 16), S. 275, 290-291, nennt es einen "geschlossenen moralischen Kontext".

3. *Autonomie und Heteronomie*

Im Zusammenhang von Moral und Recht sind noch einige Bemerkungen zu den Begriffen von Autonomie und Heteronomie angebracht. Bei vielen Autoren besteht der Hauptunterschied zwischen Sittlichkeit und Recht, wie schon kurz erwähnt, in der Autonomie des individuellen Menschen: Um sittlich zu sein, muss ein Verhalten dem ureigenen Willen des Menschen entspringen und darf nicht von aussen auferlegt werden oder allgemein auf etwas anderes als die aus der Vernunft abgeleitete Pflicht ausgerichtet sein. In Kants Terminologie muss das moralische Gesetz unmittelbar den Willen bestimmen; er muss aus Pflicht handeln, nicht aus Selbstnutzen. In den Worten eines jüdischen Autors einer Dissertation an der Würzburger Universität:[21]

> Der kategorische Charakter des Imperativs, seine Eigenart, daß sein Gesetz nicht von einem außerhalb liegenden Zweck abhängt, sondern es sich Selbstzweck ist und deshalb kategorisch gebietet, diese Eigenschaft setzt notwendig 'eine Beschaffenheit des Willens voraus, wodurch derselbe sich selbst Gesetz gibt'.[22] Diese Beschaffenheit des Willens nennt Kant die 'Autonomie' oder Selbstgesetzgebung des Willens. Dieses Vermögen des Willens bildet das 'oberste Prinzip der Sittlichkeit',[23] weil ohne dasselbe ein kategorischer Imperativ nicht möglich wäre; denn käme das Gesetz von einem ausserhalb des Willens liegenden Gegenstand, so gälte es bloß hypothetisch und wäre seinem Ursprung nach heteronom.

Alle anderen Moralsysteme, ausser dem kategorischen Imperativ, sind heteronom im kantischen Sinne, da man die Notwendigkeit eines Handelns aus einem gewissen Interesse ableitet, nicht aus reiner Pflicht. Die Heteronomie des Willens ist die Quelle aller unechten Prinzipien der Sittlichkeit: ich soll etwas tun darum, weil ich etwas anderes will[24] – wie z. B. Glückseligkeit oder Nutzen.

21 *Ehrenfeld*, Pflichtbegriff (Anm. 7), S. 35-36.

22 Vgl. *I. Kant,* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl., Riga 1786, in: Kant's gesammelte Schriften, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, Band IV, 1903, S. 440.

23 Ibidem.

24 Ibidem, S. 441.