

die besonders im Zusammenhang unseres Themas von Bedeutung sind.² Wer von Kelsens eigenen Gegenargumenten und von denen seiner übrigen Verteidiger nicht überzeugt werden kann, der wird sicherlich nicht von dem, was der Autor dieser Abhandlung hinzufügen könnte, beeindruckt sein.

In einem ersten Teil (II.) werden die allgemeinen Grundbegriffe von Recht und Moral kurz erläutert, wie auch ihre gegenseitigen Beziehungen. Der zweite Teil der Arbeit (III.) wird dann, im Lichte dieser Begriffe, die jüdische Rechtstradition behandeln.

II. Das generelle Verhältnis von Recht und Moral

1. Formale Aspekte

Sowohl die Rechtsordnung wie auch die Moral (im weiten Sinne) bestehen aus Normen, die das menschliche Verhalten regeln. Sie bestimmen, dass ein Mensch sich in einer bestimmten Weise verhalten *soll*. Das Gesetz im rechtlichen Sinne und die Moralregel beschreiben also nicht wie die Naturgesetze etwas Tatsächliches, sondern etwas Gesolltes, Erwünschtes, das sich im Handeln oder im Unterlassen ausdrückt. Als Folge ermöglichen Recht und Moral die Wertung des tatsächlichen menschlichen Verhaltens: Dieses kann rechtmässig oder moralisch sein, wenn es der entsprechenden Norm, der Verhaltensregel, entspricht; andererseits, wenn das konkrete Verhalten der Norm widerspricht, dann ist es rechtswidrig, ungesetzlich, oder unmoralisch, je nach der anzuwendenden Norm.

Im Sinne Kelsens liegt der Unterschied zwischen Moral und Recht ausschliesslich in der Art der Sanktion, die bei Verletzung der entsprechenden Norm angeordnet ist.

2 H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, *passim*. Kelsen hat jedoch auch einige seiner früheren Ansichten auf diesem Gebiet geändert. Vgl. *op.cit.*, S. 329-330, Note 154.

Er schreibt wörtlich:³

Ein Unterschied zwischen Recht und Moral kann nicht darin erkannt werden, *was* die beiden sozialen Ordnungen gebieten oder verbieten, sondern nur darin, *wie* sie ein bestimmtes menschliches Verhalten gebieten oder verbieten. Das Recht kann von der Moral nur dann wesentlich unterschieden werden, wenn man das Recht als Zwangsordnung, das heißt als eine normative Ordnung begreift, die ein bestimmtes Verhalten dadurch herbeizuführen sucht, dass sie an das gegenteilige Verhalten einen *gesellschaftlich organisierten Zwangsakt* knüpft, während die Moral eine gesellschaftliche Ordnung ist, die keine solchen Sanktionen statuiert; deren Sanktionen nur in der Billigung der normentsprechenden und der Mißbilligung des normwidersprechenden Verhaltens bestehen, Anwendung physischer Gewalt daher überhaupt nicht in Betracht kommt.

Wie Kelsen im weiteren bemerkt, bilden die Sanktionen der Moral keinen integralen Bestandteil der Moralnorn, im Gegensatz zu den rechtlichen Sanktionen, die ein Bestandteil der Rechtsnorm sind.⁴

Wir werden uns in unserer Abhandlung an Kelsens Unterscheidung zwischen Recht und Moral halten: Sie betrifft ausschliesslich die Art und Weise der Sanktion und beruht nicht auf einem a-priori geltenden, inhaltlichen Unterschied. Folglich ist jede Verhaltensregel, die nicht von einer gesellschaftlich organisierten, physischen Sanktionsdrohung begleitet ist, notwendigerweise eine moralische Norm.

Wir sind uns jedoch bewusst, dass dieses formale Kriterium, das den spezifischen Inhalt der Norm gänzlich ausser Acht lässt, nicht viel zum Verständnis von Normenkonflikten beiträgt, die sich zumeist auf substantielle Aspekte der Normen beziehen. Es ist deshalb anzunehmen, dass die beiden Normensysteme zusätzliche eigene Charakteristiken haben, die, wenn auch nicht von absoluter Natur, so doch allgemein genug sind, um in Betracht gezogen zu werden.

Der normative Begriff der Moral umfasst drei grundsätzlich verschiedene Bedeutungen, die ich ganz kurz beschreiben möchte.

3 H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960, S. 64-65.

4 Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 2), S. 18-19, 77-78; vgl. besonders die Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Norm in Bezug auf Recht und Moral, ibidem, S. 115-116.

1) *Positive Moral, Sitte*: Es handelt sich um die existierende, gesellschaftliche Ordnung, bestehend aus Normen, die nicht mit Zwangsakten physischer Natur verbunden sind. Es sind die Verhaltensregeln, die die Gesellschaft allgemein erfordert, einschliesslich Kleidersitten, Höflichkeitsformen, sexuellem und anderem Verhalten, das als moralisch taxiert wird. Die Sanktionen des diesen Normen widersprechenden Verhaltens umfassen Missbilligung, die von blosser Gelächter und Hohn bis zum totalen gesellschaftlichen Boykott reicht. Normgemässes Verhalten kann mit "positiven Sanktionen" wie Zustimmung, Lob, gesellschaftlichen Ehrungen und Preisen belohnt werden.

2) *Persönliche Moral*: Eine zweite Art von moralischen Regeln ist die, die der Einzelne für sich festlegt, gemäss seinen eigenen, subjektiven Wertkriterien. Bei Verletzung dieser Regeln erfährt der Einzelne als Sanktion Gewissensbisse; ihre Befolgung gewährt ihm innere Befriedigung. Kelsen beschreibt den Vorgang dieser Selbstgesetzgebung des Individuums als eine Spaltung des Bewusstseins – so wie in einem Akte der Selbstbeobachtung – in zwei Persönlichkeiten, ein *ego* und ein *alter ego*. Das die Norm setzende *ego* will, dass sich das *alter ego* in bestimmter Weise verhalten soll.⁵

3) *Ethik und Gerechtigkeit*: Der Begriff der Moral hat noch eine zusätzliche, grundverschiedene Bedeutung. Sie bezeichnet die philosophische Untersuchung des absolut Guten. Es ist die *kritische* oder *ideale Moral*. Sie unternimmt es, die normative Frage des richtigen Inhaltes der Verhaltensregeln zu beantworten. In Bezug auf die positive und persönliche Moral spricht man von *Ethik* oder *Sittlichkeit*. Sie stellt die Kriterien zur normativen Wertung der Sitte und der persönlichen Moral auf. Die idealen Regeln zur Wertung des Rechts werden unter dem Begriff der *Gerechtigkeit* zusammengefasst. Vom Standpunkt des Inhalts der Verhaltensregeln besteht *a priori* kein Unterschied zwischen Ethik und Gerechtigkeit. Das heisst, dass grundsätzlich jede ideale Regel der persönlichen Moral auch rechtlich gesetzt werden könnte. Doch empirisch gesehen, kann man einen Unterschied zwischen Ethik und Ge-

5 Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 2), S. 23-24.

rechtigkeit feststellen. Das Recht als Zwangsordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen begnügt sich auch in der Praxis meistens mit weniger anspruchsvollen Regeln als die auf den Einzelnen zielenden ethischen Regeln. Mit anderen Worten, eine *gerechte* rechtliche Lösung kann als ein *ethisch* ungenügender Standard für ein persönliches Verhalten betrachtet werden. Der Grund dazu liegt darin, dass die Ethik die persönliche Vollkommenheit anstrebt, während das Recht vor allem die Koexistenz der einzelnen Mitglieder in der Gesellschaft im Auge hat. Deshalb sanktioniert das moderne Recht mit Zwang nur die gesellschaftlich besonders schädigenden Aktionen und verzichtet darauf, den individuellen Menschen zur vollkommenen Tugend zu bringen. Dies ist die Ideologie des modernen, liberalen Staates, der sich damit begnügen will, den äusseren Rahmen zu schaffen und zu erhalten, der es dem Einzelnen ermöglicht, seinen eigenen ethischen Grundsätzen nachzuleben. Wie wir sehen werden, kann diese Ideologie mit der religiösen Auffassung in Konflikt geraten.

Ein anderer, grundsätzlicher Unterschied zwischen Ethik und Gerechtigkeit beruht auf der spezifischen Moraltheorie von Kant, die einen Hauptakzent auf die Gesinnung des handelnden Menschen legt. Demgemäss muss eine Handlung, um moralischen Wert zu haben, das heisst um sittlich gut zu sein, aus einem autonomen Pflichtgefühl heraus erfolgen. Handelt ein Mensch aus Furcht vor einer angedrohten Sanktion, so entbehrt sein Verhalten jeglichen moralischen Wertes. Weiter noch: handelt ein Mensch aus purer innerer Neigung – wie zum Beispiel die Gabe eines Almosens aus Barmherzigkeit an einen Armen – so ist auch dies kein sittlich wertvoller Akt, da das moralische Pflichtgefühl fehlt. Diese rigorose kantische Gesinnungsethik wurde von Friedrich Schiller in einem Sinngedicht persifliert:⁶

Gewissensskrupel

Gerne dien ich den Freunden,
doch tu ich es leider mit Neigung,

6 Friedrich Schiller, *Sämtliche Werke*, Winkler Verlag, München 1990, Band III, Gedichte, *Klassische Lyrik/ Xenien*, *Gewissensskrupel-Entscheidung*, S. 256.

Und so wurmt es mir oft,
daß ich nicht tugendhaft bin.

Entscheidung

Da ist kein anderer Rat,
du mußt suchen, sie zu verachten,
Und mit Abscheu alsdann tun,
wie die Pflicht dir gebeut.⁷

Im Gegensatz zur Ethik, die unabdingbar mit der Gesinnung des Handelnden verbunden ist, kann sich die Gerechtigkeit in Kants Verständnis mit dem äusseren Verhalten einer Person begnügen. Kants Moralphilosophie war sehr einflussreich auf moderne Denker des Judentums, wie wir später noch ausführen werden. Sie ist jedoch nicht unbestritten, da man sicherlich behaupten kann, dass auch Handeln "aus reinem Pflichtgefühl" einem inneres Vergnügen bereiten kann. Pflicht und Neigung können somit in Eintracht zusammengehen.

Von einem rein formal-normativen Standpunkt aus gesehen sind Recht und Moral voneinander vollkommen unabhängige Systeme. Jede normative Ordnung muss nach ihrer inneren Logik einheitlich und exklusiv sein, da die Geltung jeder einzelnen Norm – das ist ihre spezifische Existenz – nur nach einem einzigen, einheitlichen Kriterium geprüft werden kann.⁸ Die Aussage, dass eine Norm gleichzeitig gültig und nicht gültig sei, stellt einen logischen Widerspruch dar. Es folgt daraus, dass eine bestimmte Rechtsordnung nicht nur vollständig von den Normen einer anderen Rechtsordnung unabhängig ist, sondern auch von der Moral in all ihren Bedeutungen, und natürlich auch *vice versa*. Mit anderen Worten: ein Gesetz kann rechtskräftig sein, obwohl es der Sitte, der persönlichen Moral oder der Ethik widerspricht; und umgekehrt kann ein moralischer Grundsatz gelten, obwohl er einem bestimmten Gesetz wi-

7 Vgl. die Würzburger Dissertation von A. Ehrenfeld, Der Pflichtbegriff in der Ethik des Judentums, Bratislava 1933, S. 121, wo der Autor bemerkt, Schiller habe Kant mit diesem Epigramm Unrecht getan. Zu einer ausführlichen Diskussion über das Verhältnis zwischen Schiller und Kant bezüglich der Ethik, siehe F. C. Beiser, Schiller as Philosopher: A Re-Examination, Oxford 2005, S. 169-190.

8 Vgl. dazu allgemein I. England, Religious Law in the Israel Legal System, Jerusalem 1975, *passim*.

derspricht. Bezeichnen wir ein bestimmtes Gesetz als unmoralisch, so ist dies ein Werturteil.⁹ Kelsen besteht darauf, dass der Gegenstand eines rechtlichen oder moralischen Werturteils nie Normen sind – die selbst ein Werturteil darstellen –, sondern nur Tatsachen.¹⁰ So eine Tatsache kann ein legislativer oder richterlicher *Akt* sein, der die Grundlage einer Norm oder eines konkreten Verhaltens einer Person bildet. Das einzig mögliche objektive Werturteil, das eine Norm als Gegenstand hat, bezieht sich auf ihre Geltung, deren ausschliesslicher Beziehungspunkt, ihr Geltungsgrund, die sogenannte Grundnorm des Systems ist.

Es ist aber möglich, eine formale, normative Beziehung zwischen Recht und Moral zu schaffen mittels einer einseitigen Eingliederung. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, in einem bestimmten Gebiet ausdrücklich auf die Moral zu verweisen. Dies tut er auch in vielen Rechtsordnungen, z.B. in Bezug auf Rechtsgeschäfte, die, wenn sie gegen die guten Sitten verstossen, als rechtlich nichtig erklärt werden.¹¹ In nicht wenigen Fällen verweist eine rechtliche Vorschrift auch auf die Gerechtigkeit oder auf den verwandten Begriff der Billigkeit.¹² Die normative Bedeutung eines solchen Vorgehens ist die Umwandlung dieser Regeln und Standards in positivrechtliche Bestimmungen.

Umgekehrt kann sowohl die positive wie auch die persönliche Moral den Einzelnen verpflichten, das Gesetz als solches zu beachten. Der berühmte Dialog in Platons *Kriton* zwischen dem ungerechterweise zum Tode verurteilten Sokrates und seinen Schülern ist das hervorragendste Beispiel dieser Problematik.¹³ Aber auch in diesem Fall wird das Gesetz

9 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Anm. 3), S. 358-363.

10 Zum Verhältnis zwischen Wert und Wirklichkeit *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 2), S. 46-48, und zu dem zwischen Wahrheit und Geltung, S. 140-149.

11 So z.B. BGB § 138: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig". So auch schweizerisches OR Art. 20.

12 Vgl. BGB § 315; schweizerisches ZGB Art. 4, Abs. 3.

13 Die Meinungen über Platons wahre Ansicht zur Problematik gehen auseinander. Einige betrachten die Äusserungen des Sokrates im Dialog als ironisch; siehe A. D'Amato, Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates, in: S. Cal. L. Rev. 49 (1976), 1079 ff.; E. J. Weinrib, Obedience to the Law in Plato's *Crito*, in: Am. J. Jurisp. 27 (1982), 85-108; für ein traditionelleres Verständnis, siehe H. Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit, Wien 1985, S. 386-388.

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.