

# I. Der Bedarf an rechtsethischen Prinzipien im Recht

## 1. Rechtsethische Dimension und instrumentales Verständnis im Rechtsdenken

a) Das Rechtsdenken war durch Jahrtausende von der Vorstellung eines Naturrechts<sup>1</sup> beherrscht. Über dessen Beschaffenheit war man freilich keineswegs einig. Rationale Naturrechtslehren haben versucht, aus der Vernunft schlüssig begründbare Prinzipien als festes Fundament des Rechtsdenkens aufzudecken, das besonders zur Orientierung bei der Setzung positiven Rechts dienen sollte. Sie haben diesen Prinzipien weit- hin Unveränderlichkeit zugeschrieben und im Extremfall danach getrachtet, durch Deduktion aus ihnen eine bis in alle technischen Einzelheiten entfaltete „natürliche“ Rechtsordnung zu konstruieren. Das letztere war von vornherein nur dadurch möglich, daß die Einzelregeln des gerade geltenden Rechts, die ohne Verstoß gegen Vernunftprinzipien durchaus auch anders hätten lauten können, in das ausgearbeitete „Naturrechtssystem“ einbezogen wurden<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl nur VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*<sup>2</sup> (1963); DENSELLEN, *Statisches und dynamisches Naturrecht* (1971); MESSNER, *Naturrecht*<sup>3</sup> (1966); HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*<sup>2</sup> (1977) 502 ff (mit Literaturangaben zum Naturrecht 502–505!); MAIHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (1962) mit 31 Beiträgen; ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*<sup>3</sup> (1964) mit sorgfältigen Differenzierungen (zu 12 unterschiedlichen Vorstellungen von „Natur“ und 10 unterschiedlichen Vorstellungen von „Recht“ samt den entsprechenden Kombinationsmöglichkeiten) und Herausarbeitung der dennoch einheitlichen Funktion des Naturrechtsgedankens, die legitimierenden Gründe und kritischen Maßstäbe im Verhältnis zum positiven Recht bereitzustellen (196); ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* (1971) mit Erörterung der unterschiedlichen Methoden der Naturrechtslehren (207 ff); COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*<sup>4</sup> (1985) 31.

<sup>2</sup> Als Höhepunkt dieser Tendenz wird allgemein betrachtet CHRISTIAN WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740–1749); dazu insb WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup> (1967) 318 (249 allgemein zum „Zeitalter des Vernunftrechts“); WESENBERG–WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*<sup>4</sup> (1985) 143 (allgemein zur „Naturrechtsschule“ 139); gegen die im Text angesprochene übertreibende Tendenz etwa noch WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB, ABGB-FS I* (1911) 176. Starke Vorbehalte gegen die herrschende Deutung der „demonstrativen“ Methode WOLFFS allerdings zB bei J. SCHRÖDER, *Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus*, in: D. SIMON (Hrsg), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages* (1987) 263 f. Aufschlußreich über die Grundlagen auch der aktuellen Moraltheorie in der Naturrechtsepoche jetzt HRUSCHKA, *Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ*, JZ 1987, 941 ff.

Die Widerlegung solcher Übertreibungen<sup>3</sup> braucht der Suche nach einigen fundamentalen Prinzipien, die der übrigen normativen Ordnung immerhin einige Orientierungspunkte und einen gewissen Rahmen geben könnten, nicht entgegenzustehen. Bei solcher Sicht bleibt von vornherein breiter (aber nicht unbegrenzter) Raum für die Entwicklung und Setzung positiven Rechts (im Sinne der durch staatlich organisierten Zwang garantierten Ordnung)<sup>4</sup>. Davon, daß sich rechtsethische Hauptprinzipien und positives Recht wechselseitig überflüssig machen, kann also keine Rede sein. Das positive Recht verdient auch dann vollsten Respekt, wenn es, gemessen an leitenden Prinzipien, auch anders hätte lauten könne, weil ohne solchen Respekt die benötigten Ordnungsmaßstäbe im praktisch nötigen Konkretisierungsgrad gar nicht zur Verfügung stünden.

Die Unveränderlichkeit der leitenden Prinzipien ist bereits im Rahmen überkommener Naturrechtslehren stark relativiert worden. Man unterschied in der Regel zwischen wenigen unveränderlichen Hauptprinzipien und einer breiteren Schicht veränderlicher oder dynamischer Grundsätze, die aus der Anwendung der ersteren auf unterschiedliche Sachverhalte entstehen und die dadurch selbst einer Entwicklung zugänglich sind<sup>5</sup>. Über diese „Anwendungstheorie“ hinaus akzeptiert eine moderne Version des Naturrechts sogar die mögliche Veränderlichkeit aller Grundsätze. Sie besteht nur darauf, daß sich solche Veränderung gleichsam „von selbst“, im Gefolge der Entwicklung zahlreicher anderer Gegebenheiten, vollziehen müßte. Als verbleibende, sehr wesentliche Eigenschaft der leitenden ethischen Prinzipien wird nämlich hervorgehoben, daß sie nicht durch beliebige Willensakte welcher Menschen immer gezielt „geändert“ werden können; daß sie also nicht „veränderbar“, aber doch (möglicherweise) „veränderlich“ sind<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Zur Auseinandersetzung KANTS (insb Kritik der reinen Vernunft [Suhrkamp 1976] 52 ff, 274 ff) mit der „unkritischen“ Metaphysik etwa WIEACKER aaO 351; vgl auch LUF, Freiheit und Gleichheit (1978) 164. Jüngst betont ARTHUR KAUFMANN, Theorie der Gerechtigkeit (1984) 25, daß die Frage eines geschichtlichen Naturrechts bei KANT, der nur das unveränderliche widerlege, offen bleibe. Insoweit kann auch der Einwand nicht durchschlagen, Naturrechtssätze seien synthetische Urteile a priori; vgl zu ihm ADAMOVICH jun., Über die Struktur der Naturrechtssätze, JBl 1967, 611. Vgl auch das (wichtige) Postulat eines spezifisch rechtswissenschaftlichen Zuganges zum Naturrecht bei PAULUS, Die juristische Fragestellung des Naturrechts (1979) 38 ff.

<sup>4</sup> Der Begriff des „positiven Rechts“ wird also ganz im Sinn der herrschenden positivistischen Rechtstheorie verstanden. Andere präskriptive Prämissen des Rechtsdenkens sind aber auch durchaus „positiv“, nämlich als Gegenstände der Erfahrung existent; sie haben bloß, wie das vor allem für wirksame moralische Maximen gilt, genuin nichts mit staatlich organisiertem Zwang zu tun. Es ist wichtig, sich dessen bewußt zu sein, um der ständigen Gefahr von Begriffsvertauschungen zu entgehen.

<sup>5</sup> Vgl etwa VERDROSS aaO 104, wo allein Menschenwürde und Gemeinwohl als dauernde „tragende Pfeiler“ hervorgehoben sind.

<sup>6</sup> Diese moderne naturrechtliche Position wird sorgfältig entwickelt bei LLOMPART, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien (1976) vgl insbes 2 ff, 43 ff (Kritik an der bloßen „Anwendungstheorie“), 72 ff, 108 ff, 196.