

Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts

I. Fragestellung

(1) Das Thema, über das ich zu sprechen hatte, war von sehr grundsätzlicher Art. Nachdem ich gebeten worden war, mich mit einem nicht allzu langen Beitrag über die ethischen Grundlagen insbesondere des Privatrechts an dem Salzburger Symposium über Recht und Ethik zu beteiligen, wurde mir alsbald bewußt, daß das Verhältnis von Ethik und Recht mir durchaus nicht so klar war, wie es bei einem Rechtshistoriker und Juristen eigentlich erwünscht gewesen wäre. Daher habe ich mir sogleich vorgenommen, den Versuch zu machen, diese Lage zu verbessern. Hier das Resultat der Bemühungen.

Es traf sich, daß Herr Dreier, mein verehrter Göttinger Kollege in der Rechtstheorie, mir kurz zuvor einen unmittelbar einschlägigen Beitrag zum Verhältnis von Recht und Moral zugesandt hatte¹, in dem der gegenwärtige Diskussionsstand zu der Frage mit besonderer Klarheit auseinandergesetzt wird. In der Hauptsache gibt es danach zwei Positionen:

1. Die Trennungsthese des Positivismus, für die Herbert Hart als der profilierteste Vertreter genannt wird: Es gibt keinen notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Ethik. Recht ist das, was erkennbar (jede positive Rechtsordnung hat dafür ihre Erkennungsregeln) als Recht in Kraft gesetzt worden ist².

2. Die These eines notwendigen Zusammenhangs zwischen Recht und Ethik. Ihre Grundaussage ist: Recht beruht auf Prinzipien einer universalistischen Moral. Die Folgerungen daraus lauten in negativer Fassung: Extrem ungerechtes positives Recht ist

¹ Vgl. Ralf Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (1991) Beiheft 44 S. 55 - 67.

² Vgl. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961 S. 92ff. und öfter (vgl. den Index s.v. „rule of recognition“); siehe auch ders., Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 71 (1958) S. 593 - 624; vgl. dazu die eindringliche Kritik in dem unten Fußn.4 zitierten Aufsatz von Lon Fuller.

kein Recht³. In positiver Fassung: Rechtsordnungen erheben den Anspruch auf innere Richtigkeit⁴. Die das Rechtssystem tragenden Prinzipien verknüpfen das Rechtssystem mit einer Moral, und zwar mit einem kohärenten Moralsystem.

Diese zweite Position vertreten in Deutschland heute insbesondere Robert Alexy⁵ und Ralf Dreier selbst⁶, wobei Dreier in dem zitierten Aufsatz besonders deutlich herausstellt, wie groß die philosophische Begründungslast der Verbindungsthese ist. Die Begründungslast ist in der Tat groß, um so größer, als in der referierten Diskussion die historisch-evolutionäre Dimension, die für Moral und Recht gleich wichtig ist, weitgehend fehlt. Diese Dimension gewinnt man, wenn man konzeptionell in die Kategorie einer Kontinuität herstellenden Rechtsordnung überwechselt, in der soziales Leben in einer von Werten getragenen Weise organisiert ist.

Um diese Dimension, die dem positiven Recht eine historisch-entwicklungsgeschichtliche Wertungsgrundlage verschafft, hat sich in Deutschland vor allem Rudolf v. Jhering bemüht⁷.

3 Grundlegend insofern *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946 S. 105 - 108; zuletzt dazu *Ralf Dreier*, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: *Haft/Hassemer u.a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit*, Festschrift Arthur Kaufmann (1993) S. 57 - 70.

4 Eine wertvolle Ausformung dieser positiven Seite entwickelt mit der These einer *internal morality of law* in kritischer Auseinandersetzung mit Hart (indem er zugleich Radbruch und die ihm folgende deutsche Rechtsprechung gegen Hart in Schutz nimmt) Lon Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - a Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review* 71 (1957-1958) S. 630 - 672. Bedenkenswert Fullers als intuitive, also aus eigener Erfahrung beglaubigte Wahrnehmung vorgetragene Überzeugung, daß moralisch gute Argumente eine größere Argumentationsdichte haben als moralisch schlechte, d.h. böse Argumente (S. 636): „*coherence and goodness have more affinity than coherence and evil*“ Näher zu Fuller Robert S. Summers, Lon L.Fuller, *Stanford* 1984.

5 *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg München, 1992, S. 199ff. Die hier vertretene These einer gegenüber der reinen Ethik selbständigen Rechtsethik unterscheidet sich von der argumentationstheoretischen Position Alexys durch den Bezug auf objektivierte historische Erfahrung.

6 Vgl. *Ralf Dreier*, Der Begriff des Rechts in: *ders.*, *Recht-Staat-Vernunft*, *Studien zur Rechtstheorie* (1992) S. 95ff.

7 Zuletzt dazu die Beiträge von *Behrends*, *Karsten Schmidt*, *Diederichsen*, *Dreier* und *Luig* in: *O.Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings Evolutionstheorie*, 1993; ferner *O.*