

PRAKTISCHE PHILOSOPHIE



Alber-Reihe
Praktische Philosophie

Unter Mitarbeit von

Jan P. Beckmann, Dieter Birnbacher, Sabine A. Döring,
Andrea Esser, Heiner Hastedt, Konrad Liessmann,
Guido Löhrer, Ekkehard Martens, Julian Nida-Rümelin,
Peter Schaber, Oswald Schwemmer, Ludwig Siep,
Dieter Sturma, Jean-Claude Wolf und Ursula Wolf

herausgegeben von

Bert Heinrichs, Christoph Horn, Axel Hutter und
Karl-Heinz Nusser

Band 92

Franz-Alois Fischer

Das Recht
und seine
Voraussetzungen

Eine rechtsphilosophische
Rekonstruktion von
Hegels Rechtsbegriff

Verlag Karl Alber Freiburg/München

Franz-Alois Fischer

Law and its prerequisites

A jurisprudential reconstruction of Hegel's legal concept

The question of a »third way« in the justification of law beyond natural law and legal positivism keeps the philosophy of law in suspense to this day. On the basis of specific legal issues, this investigation reconstructs Hegel's legal concept as an independent draft against the legitimacy models of modernity. Starting from a legal state that does not derive from a natural state, Hegel represents a decidedly anti-dualistic concept of law, which entails a primacy of law and thus of the spirit before nature. In this way, Hegel sees the peculiar relation of law to its prerequisites.

The Author:

Franz-Alois Fischer studied law and philosophy in Erlangen, Würzburg, Berlin and Munich. He was awarded his Phd for this thesis in 2017 by Professor Hutter from the Faculty of Arts of LMU. After academic posts with Professor Horst Dreier (constitutional law and legal philosophy) in Würzburg and Professor Susanne Lepsius (legal history) in Munich, he is currently an independent lawyer, lecturer in philosophy and public law and a freelance author in Munich.

Franz-Alois Fischer

Das Recht und seine Voraussetzungen

Eine rechtsphilosophische Rekonstruktion
von Hegels Rechtsbegriff

Die Frage nach einem »Dritten Weg« der Rechtsbegründung jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus hält die Rechtsphilosophie bis heute in Atem. Auf Grundlage spezifisch juristischer Fragestellungen rekonstruiert diese Untersuchung Hegels Rechtsbegriff als einen eigenständigen Entwurf gegen die Legitimationsmodelle der Moderne. Ausgehend von einem Rechtszustand, der sich nicht von einem Naturzustand ableitet, vertritt Hegel einen dezidiert anti-dualistischen Rechtsbegriff, dem ein Vorrang des Rechts und damit des Geistes vor der Natur eingeschrieben ist. So bekommt Hegel das eigentümliche Verhältnis des Rechts zu seinen Voraussetzungen in den Blick.

Der Autor:

Franz-Alois Fischer studierte Rechtswissenschaften und Philosophie in Erlangen, Würzburg, Berlin und München. Er wurde mit dieser Arbeit 2017 bei Prof. Dr. Hutter an der Philosophischen Fakultät der LMU promoviert. Nach akademischen Stationen bei Prof. Dr. Horst Dreier (Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie) in Würzburg und Prof. Dr. Susanne Lepsius (Rechtsgeschichte) in München ist er derzeit selbständiger Rechtsanwalt, Dozent für Philosophie und Öffentliches Recht sowie freier Autor in München.



MIX
Papier aus verantwortungsvollen Quellen
FSC® C083411

Originalausgabe

© VERLAG KARL ALBER
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg / München 2018
Alle Rechte vorbehalten
www.verlag-alber.de

Satz: SatzWeise GmbH, Trier
Herstellung: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN 978-3-495-48959-8

Inhalt

Vorwort	11
1 Das Recht und seine Voraussetzungen	13
1.1 Verfahren und Gerechtigkeit	13
1.2 Das Schweigen des Rechts zu seinen Voraussetzungen	16
1.2.1 Der rechtspositivistische Erklärungsansatz	18
1.2.2 Der naturrechtliche Erklärungsansatz	21
1.3 Die Suche nach dem dritten Weg jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht	21
1.3.1 Das »Böckenförde-Diktum«	22
1.3.2 Die Weiterführung der Debatte	26
1.3.2.1 Paul Kirchhof	26
1.3.2.2 Josef Isensee	30
1.3.3 Hegel-Bezug bei Böckenförde, Kirchhof, Isensee	31
1.4 Hegels Rechtsbegriff	33
1.5 Methodik: Rechtsphilosophische Rekonstruktion	37
1.6 Textgrundlage	41

ERSTER TEIL: RECHTSZUSTAND OHNE NATURZUSTAND

2 Rechtszustand ohne Naturzustand	47
2.1 Explizite Auseinandersetzung mit dem Naturzustand	50
2.1.1 Naturrechtsaufsatz	51
2.1.2 Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte	56
2.1.3 §§ 432 f. der Enzyklopädie (Anerkennungskampf)	59

Inhalt

2.1.4 Anmerkung zu §502 der <i>Enzyklopädie</i>	61
2.1.5 Anmerkung zu §93 der <i>Grundlinien</i>	62
2.2 Gibt es einen (impliziten) Naturzustand bei Hegel?	66
2.2.1 Der Gedanke des Naturzustands	66
2.2.1.1 Dualismus des Naturzustandsdenkens	67
2.2.1.2 Der Naturzustand als Narrativ vom Ursprung . .	71
2.2.1.3 Naturzustand und Natur der Sache	73
2.2.2 Herr und Knecht	76
2.2.3 Antike Sittlichkeit	82
2.2.4 Übergang von der Natur- in die Geistphilosophie in der <i>Enzyklopädie</i>	86
2.2.5 Übergang vom subjektiven zum objektiven Geist in der <i>Enzyklopädie</i>	93
2.2.6 Willensdialektik in der Einleitung der <i>Grundlinien</i> . . .	96
2.3 Hegels Kritik an der abstrakten Differenz von Recht und Natur	100
2.3.1 Naturrechtsaufsatz	101
2.3.2 Hegels Kant-Kritik in den <i>Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie</i>	104
2.4 Systematische Gründe gegen einen Naturzustand bei Hegel	106
2.5 Zusammenfassung zum ersten Teil	113

ZWEITER TEIL: RECHT OHNE NATUR?

3 Recht ohne Natur?	119
3.1 Recht und Natur im abstrakten Recht	121
3.1.1 Eigentum und Besitz	122
3.1.1.1 Eigentum und Besitz im abstrakten Recht	123
3.1.1.2 Das Zusammenspiel von Recht und Natur	127
3.1.1.2.1 Individuum – Sache	127
3.1.1.2.2 Besitz – Eigentum	133
3.1.2 Vertrag	136
3.1.2.1 Vertrag im abstrakten Recht	136
3.1.2.2 Das Zusammenspiel von Recht und Natur	138
3.1.2.2.1 Willentheorie	139

3.1.2.2.2 Hegels Vertragsbegriff und die Willens-	
theorie	141
3.1.3 Unrecht	145
3.1.3.1 Das Recht gegen das Unrecht im abstrakten Recht .	146
3.1.3.2 Das Zusammenspiel von Recht und Natur	150
3.1.3.2.1 Zwei Zwangstheorien des Rechts	150
3.1.3.2.2 Vereinbarkeit einer Zwangstheorie des	
Rechts mit Hegels Rechtsbegriff?	154
3.1.4 Der Begriff der Person	158
3.1.5 Zusammenfassung zum Verhältnis von Natur und Recht;	
Vorausblick auf den dritten Teil der Arbeit	163
3.2 Beispiele aus dem heutigen BGB	164
3.2.1 Willenserklärung	166
3.2.2 Besitz	173
3.2.2.1 Besitz und Eigentum	175
3.2.2.2 Unmittelbarer Besitz und Eigentum	177
3.2.2.3 Tatsächliche Sachherrschaft und Eigentum/Besitz .	180
3.2.3 Vaterschaft	181
3.3 §502 Enzyklopädie als Konzentrat der Stärken und	
 Defizite des Rechts	184

**DRITTER TEIL:
STÄRKEN UND DEFIZITE DES RECHTSBEGRIFFS**

4 Stärken und Defizite des Rechtsbegriffs	191
4.1 Stärken des Hegel'schen Rechtsbegriffs	192
4.1.1 Stabilität	193
4.1.1.1 Das Stabilitätsproblem am Beispiel von Hobbes . .	194
4.1.1.2 Hegels Vermeidung des Stabilitätsproblems . . .	196
4.1.2 Keine Melancholie	198
4.1.2.1 Das Melancholie-Problem am Beispiel von	
Rousseau	198
4.1.2.2 Hegels Vermeidung des Melancholieproblems . .	200
4.1.3 Einheit des Rechts	201

Inhalt

4.2	Defizite des Hegel'schen Rechtsbegriffs?	204
4.2.1	Keine Ursprungserzählung	204
4.2.1.1	Ursprungserzählung in oder durch Hegels Rechts- begriff?	205
4.2.1.1.1	Entbehrlichkeit einer kontraktualisti- schen Ursprungserzählung	205
4.2.1.1.2	Philosophie des Rechts als Gestalt des Geistes als Ursprungserzählung?	206
4.2.1.1.3	Mögliche Verortung einer Ursprungs- erzählung in Hegels Geistphilosophie	209
4.2.1.2	Mangel der Ursprungserzählung ist kein Defizit des Rechtsbegriffs	211
4.2.2	Heteronomie	213
4.2.2.1	Der Übergang vom abstrakten Recht in die Moralität	214
4.2.2.2	Heteronomie des abstrakten Rechts	216
4.2.2.3	Heteronomie als Defizit des Rechts	219
4.3	Ein »Dritter Weg« bereits bei Hegel	221
	Literatur- und Siglenverzeichnis	224

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Philosophischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2016/2017 zur Promotion angenommen. Sie ist eine Gratwanderung zwischen Philosophie und Juristerei. Mein Dank gilt allen, die mir Halt bei dieser Gratwanderung gegeben haben.

In erster Linie trifft dies zu auf meinen Doktorvater Professor Dr. Axel Hutter, der mich in seinen Lehrstuhl-Kreis aufgenommen und mir eine freie Promotion im besten Wortsinn ermöglicht hat, nicht ohne mir zur rechten Zeit mit Rat, Tat und Kritik beizustehen. Professor Dr. Armin Engländer danke ich für die Bereitschaft, als Vertreter der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität das Zweitgutachten übernommen und dieses zügig verfasst zu haben sowie für seine sehr hilfreichen inhaltlichen Anmerkungen zu dieser Arbeit. Neben Professor Dr. Hutter danke ich Professor Dr. Christoph Horn und Professor Dr. Karl-Heinz Nusser für die Aufnahme dieser Arbeit in die Reihe »Praktische Philosophie« sowie Herrn Lukas Trabert für die freundliche und kompetente verlagsseitige Betreuung.

Auf der juristischen Seite des Grates danke ich Professor Dr. Stefan Arnold, Dr. David Kuch und Dr. Sebastian Löffler dafür, Manuskripte meiner Arbeit kritisch gelesen und die Qualität der Arbeit durch ihre Anmerkungen wesentlich gehoben zu haben, Stefan Arnold darüber hinaus für unzählige Gespräche über Recht und Rechtsphilosophie. Professor Dr. Horst Dreier und Professor Dr. Fabian Wittreck danke ich dafür, mir in meiner Würzburger Anfangszeit das rechtsphilosophische Handwerkszeug beigebracht zu haben, auf das ich noch heute zurückgreifen kann. Frau Professor Dr. Susanne Lepsius danke ich dafür, mir durch eine Stelle an ihrem Lehrstuhl einen Zugang zur akademischen Gemeinschaft der LMU eröffnet und mich auch noch nach meiner Zeit an ihrem Lehrstuhl zur Fertigstellung meiner Dissertation motiviert zu haben. Außerdem bedanke ich mich bei Dr. Nikolaos Simantiras für lebhaftere rechtsphilosophi-

Vorwort

sche Diskussionen und dafür, mir ein so guter Mitstreiter in der Promotionszeit gewesen zu sein. In meiner Zeit als angestellter Rechtsanwalt hat sich mein damaliger Kollege Professor Dr. Hartmut Kunstmann als steter Mahner, die Doktorarbeit nicht zu vergessen, verdient gemacht.

Die philosophische Seite besteht aus dem Lehrstuhl-Kreis um Professor Dr. Axel Hutter, von dem ich Unzähliges über Hegel im Konkreten und einen philosophischen Denk- und Argumentationsstil im Allgemeinen gelernt habe. Besonders herausgreifen aus diesem Kreis möchte ich Dr. Christian Martin und Thomas Oehl, die mich stets in meinem Promotionsvorhaben bestärkt haben und die mich an ihrem reichen philosophischen Wissens- und Erfahrungsschatz teilhaben lassen.

In persönlicher Hinsicht danke ich Amelie Czernia für ihre immerwährende Unterstützung und das Korrekturlesen der Arbeit sowie meinen Eltern: Meiner Mutter Rita Faulhaber-Fischer und meinem leider noch vor Erscheinen dieses Buches verstorbenen Vater Dr. Helmut Fischer.

München, Anfang 2018

Franz-Alois Fischer

1 Das Recht und seine Voraussetzungen

Heute gehört es zum Selbstverständnis der deutschen Juristenausbildung, der Rechtspraxis und von weiten Teilen der Rechtswissenschaft, dass es im Recht nicht um Gerechtigkeit geht. So selbstverständlich dies dem Rechtspraktiker, dem Jura-Studenten und zumindest dem dogmatisch ausgerichteten Rechtswissenschaftler vorkommen mag, so sehr verwundert die strikte Trennung von Recht und Gerechtigkeit den juristischen Laien. Denn der oft lakonische oder gar mit Zynismus vorgetragene Ausspruch des erfahrenen Juristen, man dürfe keine Gerechtigkeit vom Recht erwarten, es gehe im Recht nicht um Gerechtigkeit, Werte oder Moral, provoziert unweigerlich die Gegenfrage: Ja, worum geht es denn dann im Recht, wenn nicht um Gerechtigkeit?

1.1 Verfahren und Gerechtigkeit

Die Antworten fallen gemischt aus, sie kommen dabei ganz ohne Gerechtigkeitsbezug aus oder nehmen diesen Bezug nur indirekt an:

Es gehe beispielsweise darum, ein einigermaßen friedliches und geordnetes Zusammenleben der Individuen zu ermöglichen, das dem Einzelnen so viel Freiraum lässt, im Rahmen der durch diese Vorgabe gesetzten Grenzen seine privaten Interessen in autonomer Weise verfolgen zu können¹.

Selbst wenn dem Recht als Ganzem zumindest ein indirekter Gerechtigkeitsbezug zugestanden wird, so steht die Gerechtigkeit dabei regelmäßig außerhalb der Klammer:

Es gehe beispielsweise im Recht um Verfahren, Regeln und Prinzipien, deren Anwendung ohne Ansehung der Person allgemein ge-

¹ Siehe zu diesem meist unter Berufung auf Kant formulierten Modell nur Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. 2009, §150 Rn. 80.

schieht. In dieser Allgemeinheit liege sodann zumindest ein Moment allgemeiner Gleichheit². Das Etablieren bestimmter Verfahren und deren Anwendung erhöhe die Wahrscheinlichkeit eines gerechten Ergebnisses oder garantiere dies sogar³.

Derlei Theorien prozeduraler Gerechtigkeit gehen von einem Dreischritt der Rechtslegitimität aus.

In einem ersten Schritt werden Verfahren etabliert, die bestimmten Kriterien von Rationalität, Rechtssicherheit und gegebenenfalls auch Gleichheit folgen. Diese Ebene ist grundsätzlich Gegenstand des demokratisch legitimierten Gesetzgebungsprozesses, auf den freilich auch Überlegungen der Gerechtigkeit in faktischer Weise einwirken. Die dort etablierten Verfahren unterliegen aber in ihrer rechtlichen Entstehung keiner Gerechtigkeitsprüfung.

Auf der Ebene der Anwendung und Einhaltung dieser Verfahren etabliert sich sodann das Kriterium der Rechtmäßigkeit, Gesetzesmäßigkeit oder allgemeiner: Richtigkeit. Die Einhaltung dieses Kriteriums gilt es, in Jurastudium und Rechtspraxis zu prüfen. Der Student prüft beispielsweise die formelle und materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, der Bundesverfassungsrichter die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes.

Die Frage der Gerechtigkeit stellt sich auf diesen ersten beiden Ebenen nicht explizit, sie ist also weder im Jurastudium noch in der Rechtspraxis direkt Gegenstand der Tätigkeit des Juristen.

Es gibt aber noch eine dritte Ebene, die in der Rechtspraxis nicht thematisiert wird, die insofern außerhalb der Klammer steht. Es ist die Frage danach, ob es wirklich ausschließlich um Rechtmäßigkeit und Richtigkeit geht oder ob die Befolgung des Verfahrens im Großen und Ganzen nicht doch über die bloße Korrektheit der Anwendung hinausweist. Gerade angesichts der immensen Komplexität und Kleinteiligkeit des deutschen Verfahrensrechts lässt sich in diesem Zusammenhang fragen, ob all diese Regeln samt ihrer Kommentie-

² Hart 1994, 206, der in der Allgemeingültigkeit der Gesetze ein Mindestmaß an Gleichheit und somit Gerechtigkeit verwirklicht sieht. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise auch das Vorwort zur Erstauflage 1987 des von Josef Isensee und Paul Kirchhof herausgegebenen Handbuch des Staatsrechts zu verstehen, in dem es heißt: »Der Verfassungsstaat und die ihm gewidmete Wissenschaft werden geprägt durch dasselbe Ethos: die Idee der Allgemeinheit.« (VII)

³ Siehe hierzu Tschentscher 2000, v. a. 123, 219.

rung und samt der zu ihnen ergangenen Judikatur wirklich reiner Selbstzweck sein können.

Wäre dies der Fall, würde das zwei Probleme aufwerfen. Rechtstheoretisch könnte man einen solchen Rechtsbegriff, der nur auf Verfahren und ihre Einhaltung fußt, letztlich nur auf sich selbst rekurrieren lassen – ein zwar theoretisch mögliches, aber unbefriedigendes Unterfangen. Dem schließt sich nämlich ein weiteres Problem an. Ein auf komplexe, kaum noch nachvollziehbare Verfahren reduziertes Recht ist nicht dazu geeignet, Vertrauen in das Recht zu schaffen und zu erhalten. Der von rechtlichen Laien und der Öffentlichkeit oftmals gezeigten Erwartungshaltung, das Recht möge für Gerechtigkeit im Einzelfall sorgen, die Opfer befriedigen und sonstige moralische Konflikte lösen, kann zwar entgegengehalten werden, dass hierfür das Recht nicht zuständig sei. Jedoch ist die einzige Alternative zu einem solch moralisch aufgeladenen Recht keineswegs das rein positivistische Recht, das auf der Ebene von Rechtmäßigkeit und Richtigkeit Halt macht. Vielmehr sind Begriffe des Rechts denkbar, die der positivistischen Tendenz insofern folgen, als sie die Fragen nach Gerechtigkeit und Moral vor die Klammer ziehen, aber eben nicht ganz außen vor lassen. Solche Ansätze gehen davon aus, dass es zwar nicht in jedem Einzelfall und in jeder einzelnen Rechtsanwendung um Gerechtigkeit gehen kann, dass aber die Einhaltung der Verfahren im Großen und Ganzen nicht nur zu richtigen, sondern auch zu gerechten Entscheidungen führt.

Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Zusammenspiel von Recht und Gerechtigkeit in einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 folgendermaßen zusammengefasst:

»Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen.«⁴

Dieses Zitat ist bezeichnenderweise als »Motto« der Kommentierung der Zivilprozessordnung im wohl bedeutendsten Praktiker-Kommentar Zöller⁵ vorangestellt. Über die genaue Intention der Herausgeber lässt sich zwar an dieser Stelle nur spekulieren. Dieses Zitat am Anfang einer ansonsten kleinteiligen, sehr detaillierten Kommentierung lässt aber zumindest darauf schließen, dass es den Herausgebern da-

⁴ BVerfGE 42, 64 (73).

⁵ Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, V.

rum geht, das, was in der Kommentierung folgt, durch dieses Motto in einen größeren Kontext einzuordnen. Dieser Kontext rechtfertigt in diesem Sinne die Mühe der detaillierten Fachkommentierung, indem er auf ein höheres Ziel, nämlich die Gerechtigkeit, verweist.

1.2 Das Schweigen des Rechts zu seinen Voraussetzungen

Erklärungsansätze des Verhältnisses von Verfahren und Recht, die nicht gänzlich auf den Gerechtigkeitsbezug verzichten, verorten die Gerechtigkeit doch zumindest außerhalb des Rechts. Sie steht vor der Klammer, ist nicht dem Einzelfall, sondern dem Systemganzen zuzuordnen und findet gegebenenfalls Einfluss in das Recht durch die moralgeprägte Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessenserwägungen im Einzelfall⁶. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der Begriff *Gerechtigkeit* im Bürgerlichen Gesetzbuch gar nicht und im Grundgesetz nur zweimal vorkommt. Im Falle des Grundgesetzes findet sich der Begriff der Gerechtigkeit in der Eidesformel des Bundespräsidenten sowie im eher programmatisch zu verstehenden Art. 1 Abs. 2 Grundgesetz⁷. Auch jenseits des ausdrücklichen Gebrauchs des Begriffs der Gerechtigkeit fällt auf, dass das Recht gerade bei seinen regelmäßig mit dem Begriff der Gerechtigkeit oder doch zumindest mit ihr vergleichbaren moralischen Begriffen in Bezug zu bringenden Kernbegriffen mit Ausführungen spart.

Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes lautet entsprechend lapidar:

»Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.«

⁶ Dabei geht es im Kern um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Prüfung bestimmter Fehler bei der Ermessensausübung. Teilweise wird trotzdem in diesem Zusammenhang von *Einzelfallgerechtigkeit* gesprochen.

⁷ Art. 1 Abs. 2 GG im Wortlaut: »Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.« Gerade wegen der mit dem Rekurs auf den Begriff der Gerechtigkeit einhergehenden Unbestimmtheit herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich in rechtswissenschaftlicher Hinsicht keine konkreten, rechtlich fassbaren Konsequenzen aus Art. 1 Abs. 2 ziehen lassen, siehe *Dreier* in: ders., GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 2 Rn. 23.

Davon abgesehen, dass diese Eingangssätze des Grundgesetzes ihre Kraft vielleicht gerade aus ihrer Knappheit schöpfen, so sagen sie doch nichts darüber aus, was unter der Menschenwürde zu verstehen ist. Sie bieten keine Definition, keine begriffliche Herleitung, keine Beispiele. Dies ist für den am deutschen Recht geschulten Juristen selbstverständlich. Aber es könnte auch anders sein – zumindest theoretisch⁸. Man könnte nun einwenden, das Grundgesetz als gesetztes Recht definiere den Begriff der Menschenwürde deshalb nicht, weil hierfür das Bundesverfassungsgericht und die Rechtswissenschaft zuständig seien. Das stimmt auch und die Praxis sowohl der Judikatur als auch der mittlerweile schier uferlosen Kommentierung zu Artikel 1 des Grundgesetzes zeigt, dass diese Aufgabe wahrgenommen wird. Sie führt zudem zu weitgehend akzeptierten Ergebnissen.

Dem könnte man aber wiederum in rechtstheoretischer Hinsicht entgegen, dass das vorgetragene explikatorische Defizit des Artikels 1 des Grundgesetzes nur das Gesetz betrifft, nicht aber das Recht, sofern man dem Recht auch die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft zuordnet. Diese Zuordnung soll zugestanden sein. Dennoch können auch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht die Frage nach dem Warum klären: Warum ist die Würde des Menschen unantastbar und warum ist es die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, sie zu achten und zu schützen? Hier kann auch das in diesem Sinne weit verstandene Recht (das Rechtswissenschaft und Judikatur mit einschließt) nur antworten: Weil es so im Grundgesetz steht. Dies ist der nicht zu hinterfragende Ausgangspunkt von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Das Bundesverfassungsgericht würde seine Aufgabe verfehlen, würde es anzweifeln, dass die Würde des Menschen unantastbar sei. Ebenso wäre der Grundgesetz-Kommentar, der sich den Wortlaut des Gesetzes nicht zumindest zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen macht, eine groß angelegte Themenver-

⁸ Hier soll nicht eingehender thematisiert werden, inwiefern Definitionen in diesem Kontext überhaupt möglich oder auch nur praktikabel wären. Daran lässt sich zweifeln, wenn man sich vor Augen führt, dass trotz vielfacher Versuche der Wissenschaft bislang nicht einmal annähernd Einigkeit über eine Definition der Menschenwürde besteht (siehe *Dreier* in: ders., GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 52; *Herdegen* in: Maunz/Dürig, GG, Art 1 Abs. 1 Rn. 33). Zu Berühmtheit gebracht hat es in diesem Zusammenhang ein Ausspruch von Theodor Heuss, der Satz von der Menschenwürde sei eine »nicht interpretierte These« (Heuss JöR 1951, 49).

fehlung. In diesem Sinne schweigt nicht nur das Gesetz zur explikatorischen Frage der Menschenwürde, sondern das Recht insgesamt.

Noch auffälliger ist dieses Schweigen des Rechts im Eingangsparagrafen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dieser lautet unter der Überschrift »Beginn der Rechtsfähigkeit« lapidar:

»Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.«

Das BGB stützt sich an dieser Stelle auf etliche Voraussetzungen, die es selbst im weiteren Verlauf nicht thematisiert. Offenbar ist vorausgesetzt, dass es so etwas wie Rechtsfähigkeit gibt, wie auch, dass diese Rechtsfähigkeit dem Menschen zukommt. Ausdrücklich geregelt ist lediglich der Beginn der Rechtsfähigkeit. Eine streng dogmatische Kommentierung des §1 BGB befasst sich konsequenterweise ausschließlich mit der Frage, wann der Zeitpunkt der Geburt des Menschen anzusetzen ist⁹.

Derartige Normen des Rechts, die auf offenbar vom Recht selbst nicht thematisierte Voraussetzungen verweisen, rufen unterschiedliche Reaktionen seitens der Rechtswissenschaft hervor, die sich danach kategorisieren lassen, ob sie sich eines rechtspositivistischen oder eines naturrechtlichen Erklärungsansatzes bedienen.

1.2.1 *Der rechtspositivistische Erklärungsansatz*

Ihnen kann man zum einen in rechtspositivistischer Manier begegnen, die sich in leicht zugespitzter Version in etwa folgendermaßen zusammenfassen lässt¹⁰: Die Rechtswissenschaft hat zur Kenntnis zu nehmen, dass es diese offenen Systemstellen gibt. Da sie sich aber ausschließlich mit dem Recht befasst, sind diese Stellen nur insofern von der Rechtswissenschaft zu thematisieren, als die Verweisung auf

⁹ Dies lässt sich durchgängig in allen Kommentaren zum BGB feststellen, die auf die hier aufgeworfene Problematik gar nicht oder nur ganz am Rande und ohne eingehende Diskussion rekurren; hierzu sogleich in Fn. 12.

¹⁰ An dieser Stelle soll es nicht um eine Darstellung des Rechtspositivismus bzw. Spielarten des Rechtspositivismus in seiner/ihrer Gesamtheit gehen, sondern nur um eine dem Rechtspositivismus nahestehende Strategie, das eben skizzierte explikatorische Defizit des Rechts zu erklären; zum Begriff des Rechtspositivismus (insbesondere auch in Abgrenzung zu Vorurteilen gegenüber dem Rechtspositivismus) siehe Dreier 2011, Engländer 2000b, Hoerster 2006.

eine ungeschriebene und nicht thematisierte Voraussetzung selbst Teil des Rechts ist. Nicht Teil der Rechtswissenschaft hingegen sind diese Voraussetzungen wie auch die Frage, warum das Recht an bestimmten Stellen auf von ihm nicht selbst thematisierbare Voraussetzungen verweist.

Die Vorteile eines solchen Ansatzes liegen auf der Hand: Klarheit und Systematizität. Die Rechtswissenschaft kann so das im berühmtesten Fall von Kelsen ausgerufene Ideal der Reinheit verfolgen, begriffliche Strukturen entwickeln und den Versuch unternehmen, den Untersuchungsgegenstand klar und eindeutig zu definieren. Das Recht samt seinen offenen Verweisungen ist dann Thema der Rechtswissenschaft, eine Erklärung der Voraussetzungen hingegen Thema einer anderen Spezialwissenschaft, zum Beispiel der Ethik oder der Theologie. Somit ergibt sich aber auch sogleich das Defizit des rechtspositivistischen Ansatzes. Die Verteilung der Untersuchungsgegenstände auf die unterschiedlichen Spezialdisziplinen lässt nämlich die dritte Frage außen vor: Warum finden sich im Recht, und zwar gerade an den bedeutenden Stellen, an denen es besonders interessant wird (so am Anfang des Grundgesetzes und am Anfang des BGB), diese offenen Verweise? Diese Frage kann weder von positivistischer Rechtswissenschaft noch von Ethik und Theologie beantwortet werden.

Es könnte sich hierbei freilich um eine genuin philosophische Frage handeln. Aber auch dann stellt sich im Anschluss die nächste Frage, ob sie Gegenstand allgemeiner, von Rechtswissenschaft völlig losgelöster Philosophie oder doch eher Gegenstand der Rechtsphilosophie ist, und falls Letzteres der Fall ist, wie sich die Rechtsphilosophie zur dogmatischen Rechtswissenschaft verhält. Es ergeben sich auch praktische Folgefragen wie die, ob ein Kommentar zum Grundgesetz oder zum BGB auf solche Fragen einzugehen hat oder nicht. Der empirische Befund an dieser Stelle ist gemischt: Manch ein Kommentar geht zumindest am Rande auf derlei (rechts-)philosophische Fragen ein, manch einer lässt sie gänzlich außen vor. Dies gilt sowohl für die Frage der Menschenwürde¹¹ als auch für die Frage der Rechts-

¹¹ Im Grundgesetz-Kommentar von Horst Dreier finden sich unter den bekannten Kommentaren die detailliertesten Ausführungen zu ideengeschichtlichen und rechtsphilosophischen Grundlagen der kommentierten Normen. Entsprechend ist zu Beginn der Kommentierung zu Art. 1 Abs. 1 GG die Rede vom »ethisch-philosophischen Gehalt des Menschenwürde-Satzes«, der »mit zweieinhalbtausend Jahren Philosophiegeschichte belastet« sei, mit dem man aber aus rechtswissenschaftlicher Sicht

fähigkeit¹². Die soeben aufgeworfenen Fragen sollen und können an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden. Es soll aber festgehalten sein, dass der strikte Rechtspositivismus einerseits eine nachvollziehbare Strategie ist, mit den einschlägigen explikatorischen Defiziten des Rechts umzugehen. Andererseits bringt er aber wiederum auf einen ersten Zugriff schwer zu lösende Folgeprobleme mit sich.

gerade deswegen vorsichtig umgehen müsse, da dieser Satz »als positivierte Verfassungsnorm in einer religiös-weltanschaulich neutralen Rechtsordnung Geltung unabhängig von einem bestimmten Glauben, einer bestimmten Ethik oder Philosophie Geltung beansprucht.« (Dreier in: ders., GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 1); der umfangreichste Grundgesetz-Kommentar von Maunz/Dürig widmet dem Problem der Voraussetzungen des Menschenwürde-Satzes unter der Überschrift »Geistesgeschichtlicher Hintergrund« einige Abschnitte unter der Vorgabe, dass »die Deutung der Menschenwürdegarantie von Vorverständnissen mitbestimmt« sei, »die in zweitausend Jahren philosophischer Ideengeschichte wurzeln.« (Herdegen in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 7) Einer metaphysischen oder naturrechtlichen Fundierung der Menschenwürde erteilt Herdegen indes eine Absage und kommt zum Schluss, dass es sich um einen »Begriff des positiven Rechts« handelt (Rn. 20).

¹² Staudinger, der umfangreichste, wissenschaftlich am tiefsten gehende Kommentar zum BGB befasst sich in der Vorbemerkung zu §1 BGB detailliert mit der rechtshistorischen Entwicklung des Begriffs der Rechtsfähigkeit. Das in der vorliegenden Arbeit thematisierte Problem der Voraussetzungen des Rechts wird nur in einem bestenfalls als lapidar zu bezeichnenden Einschub behandelt, wenn es heißt: »Rechtsfähigkeit und Personenqualität beruhen auf der Zuerkennung durch die geltende Rechtsordnung. Diese erfüllt aber, wenn sie allen Menschen Rechtsfähigkeit zuspricht, ein sozialetisches, *naturrechtliches Postulat*, denn die Rechtsfähigkeit aller Menschen anzuerkennen, ist eine elementare Forderung des natürlichen Rechts.« (Kannowski in: Staudinger, BGB 2013, vor §1, Rn. 15); im zweiten bedeutenden Großkommentar zum BGB, dem Münchner Kommentar, findet sich der zutreffende Hinweis darauf, §1 BGB betreffe nur »den zeitlichen Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen. Der Begriff der Rechtsfähigkeit wird dabei trotz seiner zentralen Bedeutung nicht definiert, sondern vorausgesetzt.« (Schmitt in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, §1 Rn. 1). Der bedeutendste Praktiker-Kommentar, der »Palandt«, stellt lediglich fest, in §1 BGB komme »richtigerweise zum Ausdruck, dass die Rechtsfähigkeit dem Menschen nicht vom Gesetzgeber verliehen wird, sondern dem Gesetz vorgegeben ist.« (Ellenberger in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, vor §1 Rn. 1), in der Einleitung zur Kommentierung werden unter der Überschrift »Quellen und Normen des Privatrechts« zudem keine außerrechtlichen Quellen, sondern nur verschiedene Quellen des positiven und des Gewohnheitsrechts abgehandelt (siehe Einleitung Rn. 17–25).