

Karl Eckhart Heinz

Die Ordnungen der Bürgerschaft

Moral und Recht als Regelsysteme für Frieden
zwischen Menschen und zwischen Staaten





unipress

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 24

Herausgegeben von
Stephan Meder

Karl Eckhart Heinz

Die Ordnungen der Bürgerschaft

Moral und Recht als Regelsysteme für Frieden
zwischen Menschen und zwischen Staaten

V&R unipress

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

2., veränderte Auflage

© 2019, 2018, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Umschlagabbildung: Christian Eduard Böttcher (1818–1889), »Sommernacht am Rhein«,
Stadtmuseum Bonn, Inventarnr. STB 2017/72.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-1015-9

Inhalt

Verzeichnis der Schaubilder	7
Forschung	9
Verhaltensregeln	17
1. Verfassung, Moralregeln, Rechtsregeln	23
2. Regelgeltung	26
3. Kollektivität	28
Bürgerliche Gesellschaft	35
1. Menschlicher Leib	36
2. Menschlicher Geist	58
3. Gesellschaftliches Ansehen	60
4. Verträge	63
Eigentumsübertragung	69
1. Tausch, Kauf, Schenkung, Spende, Stiftung	69
2. Dienstbarkeit	80
3. Darlehen, Pfand, Grundschuld, Sicherungsübereignung	81
Gewahrsam und Besitz	85
1. Grundbesitz	85
2. Leihe, Zutritt	87
3. Miete, Pacht	90
Persönliche Befugnisse	93
1. Vertretung, Vollmacht	96
2. Zweckgemeinschaft	97
3. Auftrag, Dienstverhältnis, Arbeitsverhältnis	101

Bürgerliche Gemeinschaft I: »Herrschaftsstaat«	105
1. Staatsrepräsentation	112
2. Staatszwecke	114
3. Staatsverwaltung, staatliche Justiz	116
4. »Grundrechte« der Bürger	119
5. Föderalismus	123
6. Supranationalität	130
 Bürgerliche Gemeinschaft II: »Bürgerstaat«	 141
1. Staatliche Aufgaben	150
2. Polizei und Militär	152
3. Gerichtsbarkeit	154
4. Staatsstreich	157
 Internationale Ordnung	 159
1. Allianz, Staatenbund, Bundesstaat, Supranationale Gemeinschaft . .	161
2. Vereinte Nationen	174
3. Weltgesellschaft, Weltgemeinschaft	178
 Anhang: »Zweistaaten-Modell« für Zypern oder Palästina? <i>Eine verfassungstheoretische Sicht</i>	 201
 Personen- und Sachregister	 211

Verzeichnis der Schaubilder

Schaubild I: Moral und Recht bei Leibniz	10
Schaubild II: Formen des Zusammenlebens	28
Schaubild III: Grundformen der Gemeinschaft	30
Schaubild IV: Formen friedlichen Zusammenlebens	31
Schaubild V: Befugnistrennung im Herrschaftsstaat	111
Schaubild VI: Struktur des Bundesstaats	126
Schaubild VII: Struktur des Föderalismus	128
Schaubild VIII: Struktur der Supranationalen Gemeinschaft	133
Schaubild IX: Staaten und Staatenverbindungen	177
Schaubild X: Reorganisation der Vereinten Nationen I (Weltfriedenssicherung)	184
Schaubild XI: Reorganisation der Vereinten Nationen II (Weltverwaltung)	188
Schaubild XII: Reorganisation der Vereinten Nationen III (Weltgerichtsbarkeit)	191

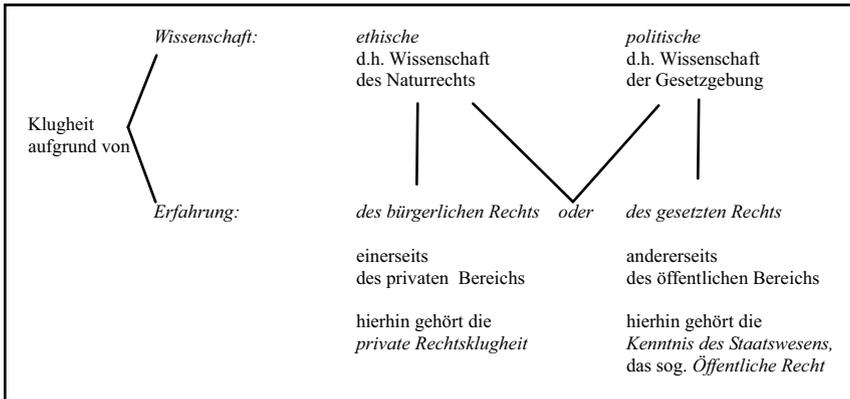
Forschung

In einem lateinisch verfassten Brief vom 13./23. Januar 1670¹ an den Helmstädter Philosophen und Mediziner Hermann Conring – unter Juristen bekannt als Begründer der rechtsgeschichtlichen Forschung in Deutschland² – schrieb der junge Gottfried Wilhelm Leibniz, Doktor »beider Rechte« (des weltlichen und des kirchlichen Rechts) und späterer Universalgelehrter³:

Ihr habt zweifellos von dem, was ich in Bezug auf die Rechtsklugheit durchdacht habe, wohl etwas vernommen, wenn solches nur wert ist, in den Gesprächen der Gelehrten hin- und hergewälzt zu werden. Vom wem aber muss man eher ein Urteil erwarten als von dem Manne, der mit großer Geistesanspannung die Denkarbeit auf sich genommen hat, unser deutsches Recht zu ordnen, der hier vieles gefunden und mehreres berichtet hat, der gewiss das Verwüstete und weit Verstreute mit seinem Verstand durchdrungen hat, wovon diejenigen Zeugnis geben, die sich mit Zitaten aus Eurem Buch öffentlich feilbieten. Zweifellos sind es, wenn ich Euch richtig folge, zwei verschiedene Fragen, wie jetzt Recht gesprochen wird, und auf welche Weise man die Gesetze aufstellen muss. Jene gehört zur Klugheit der Rechtsfindung, diese zur Klugheit der Gesetzgebung. Nun hat die Klugheit der Rechtsfindung wiederum zwei Teile, Wissenschaft und Erfahrung: Wissenschaft des *Naturrechts* und Erfahrung des *positiven Rechts*. Positives Recht ist nämlich eher eine Sache des Tatbestands als der

-
- 1 Hubertus BUSCHE, in: *ders.* (Hrsg.) Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften zum Naturrecht, unter Mitwirkung von Hans ZIMMERMANN ins Deutsche übersetzt, lateinisch-deutsch (Hamburg 2003) S. 322.
 - 2 Gerd KLEINHEYER/Jan SCHRÖDER Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten (3. Aufl. Heidelberg 1989) S. 65.
 - 3 Fritz STURM Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz (Tübingen 1968) S. 6; BUSCHE (FN 1) S. XI; Matthias ARMGARDT Die Rechtstheorie von Leibniz im Licht seiner Kritik an Hobbes und Pufendorf, in: Wenchao LI (Hrsg.) »Das Recht kann nicht ungerecht sein ...«. Beiträge zu Leibniz' Philosophie der Gerechtigkeit (Stuttgart 2015) S. 13. Allerdings zeigt sich, dass weder Armgardt noch Busche (mit einem Beitrag im gleichen Band S. 29) Leibniz' Unterscheidung zwischen Naturrecht (»Recht«) – das auf ethischen Grundlagen beruht – und positivem, auf willkürlicher Festlegung beruhendem Recht (»Gesetz«) verstanden haben, was wesentlich auf den Mangel eines Konzepts für Moral und Sitte zurückgehen dürfte; Karl Eckhart HEINZ Moral und Recht im System der Philosophie, in: *ders.* (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 198.

Rechtmäßigkeit. Die Folgerungen davon zu kennen ist allerdings im gleichen Sinne eine Sache des Naturrechts wie die Folgerungen aus einem Vertrag zu kennen, auch wenn die persönlichen und zeitlichen Umstände, auf denen man im Sinne des Gesetzes bestehen muss, ebenso Sache der einfachen Erfahrung bzw. der Geschichte sind, wie die Umstände Sache des Vertrages sind. Wie ferner dem Naturrecht das positive Recht korrespondiert, so korrespondiert der gesetzgebenden Wissenschaft die Kenntnis des Staatswesens, so wie man es tatsächlich vorfindet; denn sie entspringt gleichfalls nur der nackten Erfahrung. Somit ergibt sich folgendes Schema:



Denn alle Klugheit des Handelns und alles Können in der Ausführung setzt sich aus Wissenschaft und Erfahrung zusammen. Die Wissenschaft vom Naturrecht allerdings, von der Grotius, Hobbes, von Felden und Pufendorf gehandelt haben, heißt Ethik. Sie handelt vom Gerechten, und zwar, wie Grotius sagt, im strengen Sinne des Wortes. Die gesetzgebende Wissenschaft, die von der Aufstellung der Gesetzes handelt, heißt Politik; und sie betrifft das Nützliche, aber im Sinne des Gemeinwohls, d. h. sie betrifft dasjenige, was billig ist, oder, wie Grotius sagte, das Recht im weiteren Sinne (dasjenige, wozu zwar meinerseits eine Verpflichtung besteht, wozu aber bei einem anderen kein Recht auf einen Prozess bzw. kein Recht auf Erzwingung besteht). Billig ist es zweifellos, auch ohne dass wir allem vom Gewissen dazu gehalten sind, dass der Staat sich im bestmöglichen Zustand befindet. Sofern die Leute sich hierin aber nicht einig sind, können sie nicht gezwungen werden. Wenn es z. B. billig wäre (d. h. von öffentlichem Nutzen), dass alle Zölle aufgehoben würden, könnten doch die absoluten Fürsten nicht schon deshalb zu Recht dazu gezwungen werden.

Ich sehe aber, dass Ihr Euch in Euren bisher veröffentlichten Schriften eher die Wissenschaft der klugen Gesetzesaufstellung vorgenommen habt als die Wissenschaft der Rechtsfindung, sei es im Naturrecht oder im Zivilrecht. Und ich gebe zu, dass es von größerem Arbeitsaufwand, aber auch von größerem Nutzen ist, die gesetzgebende Wissenschaft im Hinblick auf den bestmöglichen Staat und im Hinblick auf die Schritte, sich ihm anzunähern, zu betreiben, als die Wissenschaft der Rechtsfindung zu betreiben im Hinblick auf dasjenige Recht, das zwischen denen gilt, die hier durch keine Gesetze festgelegt sind, sei es überhaupt, sei es in einem vorgegebenen Falle, in

dem das bürgerliche Gesetz schweigt. Dennoch verdient es vielleicht auch die Wissenschaft des Naturrechts, soweit wie möglich auf den Gewissheitsgrad gehoben zu werden, der einer Wissenschaft gebührt, sobald von den Irrtümern, die in ihr überhandnehmen, viel Schaden für die menschlichen Angelegenheiten und besonders viel Verwirrung für die Theologie entsteht. Auch kann vielleicht die gesetzgebende oder politische Wissenschaft auf keine andere Weise vervollkommen werden als dadurch, dass die Grundlagen der Ethik oder des Naturrechts vorab bewiesen werden. Was hingegen bis jetzt alles im Naturrecht vorliegt, ist weit davon entfernt, eine durchgeführte Wissenschaft zu sein, vor allem deshalb, weil eine sichere Grundlage und gleichsam eine Richtschnur für das Gerechte bislang nicht aufgestellt worden ist.

Und Leibniz führte weiter aus:

Zwei grundlegende Regeln gibt es nun für die Gerechtigkeit bzw. für den öffentlichen Nutzen: (1) dass keinem eine Sache weggenommen werde, die er (*ohne hierbei eine Verfehlung begangen zu haben*) besitzt (d. h. die er nicht vorher einem anderen weggenommen hat); und (2) dass jedem das zuerteilt werde, was er braucht, um den öffentlichen Nutzen zu befördern. Auf jene Regel bezieht sich die Rechtsvorschrift, dass niemand zu schädigen bzw. dass Schaden zu vermeiden sei, auf diese Regel die Rechtsvorschrift, dass jedem das, was ihm zukommt, zu erteilen sei bzw. dass vorteilhafte Gelegenheiten mit Recht ergriffen werden dürfen. Die erste Regel ist Grundlage des Rechts im strengen Sinne, die zweite Grundlage der Billigkeit. Jene führt auch gemäß dem Naturrecht zum Prozess, diese nur zur Ausnahme. Jene gehört zur Tauschgerechtigkeit, diese zur Zuteilungsgerechtigkeit. Bei jener gilt ein arithmetisches Verhältnis, bei dieser ein geometrisches. Jene unterscheidet die Menschen im Naturzustand (d. h. außerhalb des Gemeinwesens), diese verbindet sie zum Gemeinwesen. Jene bringt das Naturrecht im strengen Sinne hervor, diese die Wissenschaft der Gesetzgebung mit vielen Folgerungen. Jene gehört mehr zur partikularen Gerechtigkeit, diese mehr zur universalen.

Aber Ihr fragt, was ich mir schließlich vorgenommen habe. Zweifellos folgendes, erlauchtester Herr: Sätze des Naturrechts im strengen Sinne durch die gesamte Gattung der Besitzverhältnisse, Übereinkünfte, Nachfolgebeziehungen usw. hierdurch zu beweisen, und zwar durch Anwendung beständiger Kettenschlüsse. Diese Begründungsart halte ich unter so vielen für die geeignetste, um die Sache in ein helles Licht zu setzen. Heißt doch beweisen nichts anderes, als einer Sache die helle Gewissheit, gleich die Lupe, verschaffen. Während mir schon längst diese Sorge oblag, entdeckte ich, dass die Regeln des Naturrechts im strengen Sinne mit den Rechtsregeln der Digesten auf wundersame Weise harmonieren und dass beim Beurteilen dieser Sache die alten Rechtsgelehrten eine unglaubliche Sorgfalt walten ließen. Dagegen haben später die Kaiser für ihre Willkür, unter dem Vorwand der Billigkeit, mit den Justinianischen Erneuerungen das meiste zugunsten des eigenen Hauses in Verwirrung gebracht. Auch die meisten der heutigen Begründer des Naturrechts (sei es, dass sie sich um die römischen Gesetze gar nicht oder nur wie Verwaltungsbeamte bemüht haben, sei es dass sie die Proportionen der Billigkeit von der Notwendigkeit des Rechts im strengen Sinne nicht genügend unterschieden haben) sind häufiger von den römischen Gesetzen abgewichen als nötig.

Offenbar bildeten die Bemühungen Conrings um eine Ordnung des deutschen Rechts den Anlass zu diesem Schreiben, in dem Leibniz der Sorge Ausdruck verleiht, dass der Staat mit Eingriffen in das Verhältnis der Bürger die Grundlage der Gerechtigkeit zerstört. Es ist diese Sorge, die auch heute gegenüber den Eingriffen des Staates in das Bürgerliche Gesetzbuch – wie grundsätzlich gegen die Behandlung dieses Gesetzbuchs als »dem Willen des Gesetzgebers entsprungen«⁴ – eine kritische Haltung einzunehmen empfiehlt. Denn immer noch greift der staatliche Gesetzgeber gestaltend in das System der bürgerlichen Ordnung ein, um Fehlentwicklungen in den Verhältnissen

4 Carl SCHMITT Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (Berlin 1912) S. 22. Einen Abriss der Entwicklung des deutschen Rechtspositivismus gibt Jan SCHRÖDER Theorie der Gesetzesinterpretation im frühen 20. Jahrhundert (Baden-Baden 2011), ohne allerdings auf den Zusammenhang mit der Entwicklung des Herrschaftsstaats in Deutschland nach 1806 – Karl Eckhart HEINZ Staatsverfassungen in Deutschland vom Alten Reich bis zur Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften, in: *ders.* (Hrsg.) Nationale, Supranationale, Internationale Ordnung (Bonn 2013) S. 27 – einzugehen. Den derzeit letzten Höhepunkt positivistischer Betrachtung des »Privatrechts« bildet die umfangreiche Habilitationsschrift von Matthias RUFFERT Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (Tübingen 2001; zugl. Univ.-Habil. Trier 2000/2001); obgleich Ruffert auf den »dogmatischen« Charakter der Institute privater Verhältnisse verweist, führt er die Geltung dieser Institute entweder auf Richterspruch oder staatliche Gesetzgebung zurück (SS. 47, 53) und legt ihnen grundsätzlich den Charakter von »Recht« bei, das eigentlich nur auf vertraglichem Wege zwischen Privaten entsteht. Deshalb hat Ruffert Probleme mit der »Privatautonomie« der Bürger (S. 53). Artikel 2 Abs. 1 GG schließt aber den Staat von jeglicher Einwirkung auf die bürgerlichen Verhältnisse aus, es sei denn, eine der Streitparteien verletzt Regeln der bürgerlichen Moralität – HEINZ Moral (FN 1); ferner *ders.* Das Problem der Sittlichkeit bei Immanuel Kant, in: *ders.* (Hrsg.) Erläuterung und Kritik deutscher Staatsordnung. Menschenwürde, Demokratie, Föderalismus, Bürgerstaat (Bonn 2008) S. 144 – so dass die andere Partei eines konkreten (staatlichen) Schutzes bedarf; Eingriffe des Gesetzgebers in die Gestaltung privater Institutionen – etwa in das Mietrecht – sind schlechterdings unzulässig, entgegen der aktuellen Praxis. Weil die Bürgerliche Gesellschaft stets vor dem Staat entsteht, ist auch keine »Privatrechtswirkung der Grundrechte« (Ruffert S. 63) denkbar, es sei denn als Argument gegen Eingriffe des Staates in die Autonomie der Bürger; die »Grundrechte« stellen durchaus keine Regeln eines Verfassungsgebers mit »Vorrang« gegenüber einem »Privatrecht« (Ruffert S. 550) dar, vielmehr können sie nur als »Regeln der Herrschaftsmoral« richtig verstanden werden (Karl Eckhart HEINZ Über den Charakter von »Grundrechten« und »Menschenrechten« – ihr Verhältnis zu den Statusgewährungen in den Europäischen Gemeinschaften, DöV 1978, 398; ferner *ders.* Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht. Zur Entscheidung des BVerfG »Solange-II«, DöV 1987, 851). Die Thesen Rufferts (S. 556) werden damit fragwürdig. Die Bürger sind nicht etwa auf eine »Gesetzgebung« angewiesen, um ihre Verhältnisse zu ordnen, vielmehr sind sie frei, auch neue Modelle moralischen oder rechtlichen Zusammenlebens zu entwickeln, die danach möglicherweise in einer Kodifikation mit dem Ziel zukünftiger schematischer Anwendung – als »Sitte« – erscheinen können. Bei einem Missbrauch solcher sittlicher Modelle ist die Moralität des Verhaltens der streitenden Parteien zu prüfen, nicht etwa kann sich eine Partei auf Regeln der Herrschaftsmoral des Staates berufen, auch nicht im Hinblick auf die Wirkung, die ein staatlicher Gesetzgeber für das »Privatrecht« erzeugt hat (RUFFERT S. 252), denn der Staat ist hierzu keinesfalls befugt.

der Bürger zu korrigieren, und er hält sich hierzu befugt, weil es zu seinen Aufgaben gehört, den Frieden in der Bürgerlichen Gesellschaft zu wahren; er übersieht dabei jedoch, dass diese Aufgabe eine objektive Abwägung widerstreitender Interessen erfordert, die nur von einer Gerichtsbarkeit anhand konkreter Einzelfälle unter Anwendung topisch-logischer Techniken⁵ wahrgenommen werden kann, nicht aber von einem Gesetzgeber, der sachbedingt nur allgemeine Regeln hervorzubringen vermag. Auch aus der Entscheidung konkreter Fälle lassen sich zwar Regeln allgemeinen Charakters herleiten, wie sie Leibniz in seinem Brief an Hermann Conring ankündigt; diese allgemeinen Regeln entstehen jedoch aufgrund von Abstraktionsvorgängen⁶ anhand konkreter Fallentscheidungen – gleichsam »von unten nach oben« – während der Gesetzgeber eine abstrakte Regel schafft, nach der sich die Entscheidung konkreter Streitfälle durch eine Auslegung des gesetzgeberischen Willens – »von oben nach unten« – richten soll. Nachdem die Entscheidung bürgerlicher Streitfälle aber nicht dem gesetzgeberischen Willen unterliegt, sondern das Prinzip der Gerechtigkeit verwirklichen soll, ist das Verständnis der Verhaltensregeln in der bürgerlichen Ordnung als gesetzgeberische Leistung fragwürdig. Insofern erscheint die Methodik des anglo-amerikanischen »Common Law«⁷ zur Regelung des bürgerlichen Zusammenlebens praktikabler als die kontinentaleuropäische Methode der Gesetzesregelung und ihrer richterlichen Interpretation. Im Common Law werden Abstraktionen aus konkreten Fall-Lösungen als »General Principles of Law«⁸ gewonnen, die eine ähnliche Form wie die kontinentaleuropäische Gesetzesregelung erlangen, aber aufgrund der steten Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit ursprünglichen Einzelfallentscheidungen wesentlich präziser zum Erreichen des Gerechtigkeitsziels beitragen können.

Freilich: umfangreiche Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch, die Einzelfallentscheidungen verzeichnen, wie auch die Dogmatik der richterlichen »Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung«,⁹ haben heute zu einer gewissen Annäherung der deutschen zivilgerichtlichen Praxis an die Methode des Common Law geführt, obgleich die Meinung, dass die kontinentaleuropäische Praxis moderner sei als die Methode des Common Law, noch immer weithin verbreitet ist.¹⁰ Deshalb gibt es häufige Eingriffe des deutschen staatlichen Gesetzgebers in

5 Theodor VIEHWEG Topik und Jurisprudenz (München 1963).

6 Karl Eckhart HEINZ Der Beitrag der Rechtstheorie zur Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1972, 341.

7 Günter HAGER Rechtsmethoden in Europa (Tübingen 2009) S. 86.

8 HAGER (FN 7) S. 44.

9 HAGER (FN 7) S. 283.

10 Dies führt dazu, dass etwa die Bemühungen um ein Europäisches Zivilrecht von Kommissionen am grünen Tisch stattfinden, anstatt an eine Sammlung von Einzelfallentscheidungen

die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die von den Zivilgerichten nachzuvollziehen sind¹¹ und nur schwer korrigiert werden können, weil sie zumeist einem politischen Trend entsprechen, wie etwa im Bereich des Wohnungsmietrechts¹² oder im Bereich des Eherechts.¹³ Selbst das deutsche Bundesverfassungsgericht widersteht gelegentlich nicht den Wirkungen solcher politischen Trends.¹⁴

Wichtiger als dieses methodische Problem erscheint jedoch die Feststellung von Leibniz, dass das Zusammenleben der Bürger grundsätzlich nicht durch rechtliche, sondern durch moralische Regeln bestimmt wird, die mit der Bezeichnung als »Naturrecht« ihren Ursprung aus dem Bereich der Ethik nicht verlieren. Es ist anzunehmen, dass Conring diese Erkenntnis von Leibniz nicht verstanden hat, denn weder taucht sie in den Schriften Conrings auf, noch ist sie in die Traditionen des juristischen Bewusstseins eingedrungen. Hier gibt es also ein Forschungsfeld, das näherer Untersuchung bedarf.

Dabei ist zu vermuten, dass Verhaltensregeln aus dem Umfeld der Ethik einen etwas anderen Inhalt mitbringen, als wenn sie aufgrund von Überlegungen des Gesetzgebers entstanden sind. Für Leibniz dürfte das klar gewesen sein, auch wenn er beispielhaft nur die Gesichtspunkte des Besitzschutzes und des Schadensersatzanspruchs erwähnt. Dass Leibniz aber vorab eine Klärung des »Naturrechts« für erforderlich hält, weil zu seiner Zeit »eine sichere Grundlage und gleichsam eine Richtschnur für das Gerechte bislang nicht aufgestellt worden ist«, so lässt sich nicht bestreiten, dass auch heute eine solche Grundlage noch immer fehlt. Man mag die Suche nach dieser Grundlage für überflüssig halten,¹⁵ zumal die Beschäftigung mit dem Naturrechtsbegriff bislang keine Ergebnisse brachte.¹⁶ Wenn aber die Ansicht von Leibniz zutrifft, dass der Begriff des Naturrechts nichts anderes erfasst als den Bereich der Ethik, dann wird eine nähere Bestimmung dieses Bereichs unausweichlich. Erst danach ist eine Zuordnung

und eine darauf fußende Abstraktion im Sinn »allgemeiner Rechtsgrundsätze« zu denken; Karl Eckhart HEINZ Das europäische Zivilrecht und die Kontroverse zwischen Thibaut und Savigny 1814, in: *ders.* Holzwege (FN 1) S. 15.

11 Deutsche Richter sind gemäß Art. 20 Abs. 3 GG »an Gesetz und Recht« gebunden, das Gesetz steht also im Vordergrund!

12 Karl Eckhart HEINZ Der Mietvertrag, GuT 2006, 111.

13 Karl Eckhart HEINZ (Hrsg.) Die dogmatischen Fehler des deutschen Ehe- und Familienrechts (Bonn 2012).

14 Karl Eckhart HEINZ Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts (Brüssel o. J.) S. 18.

15 Friedrich August von HAYEK Die Verfassung der Freiheit (Tübingen 1971) S. 129.

16 von HAYEK (FN 15) S. 318, dort Fußn. 84, eine Aufzählung, die zumindest um die Darstellung von Johannes MESSNER Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik (Innsbruck 1950; 7. Aufl., Berlin 1984, Nachdr. der 6. Aufl. Innsbruck 1966) ergänzt werden muss. Neuerdings Lena FOLJANTY Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit (Tübingen 2013; zugl. Univ.-Diss. Frankfurt/Main 2011).

der Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu diesem Bereich – oder die Zuordnung zu einem kategorial anderen Bereich – möglich.

In seinem Schreiben an Conring berichtet Leibniz auch von seiner Entdeckung, dass Materien, die in den Digesten des Corpus Iuris Civilis oft an weit verstreuten Stellen behandelt sind, in wenige Regeln zusammengezogen und auf diese Weise allgemeingültig gefasst werden könnten,

dass derjenige, der sie vor seinem geistigen oder sinnlichen Auge ausgebreitet hat, die dargebotenen Fälle sämtlich ohne Ausnahme kurz zu entscheiden vermag. Vom Nutzen dieses Unterfangens angespornt dachte ich darüber nach, ob es nicht möglich wäre, alle Regeln des Rechts, das zur Zeit in Deutschland im Gebrauch ist, sofern sie allen Fallentscheidungen genügen sollten, in vielleicht zwei oder drei großformatigen Tabellen in Gestalt von Karten, die man an die Wand hängen kann, so sichtbar zu machen, dass nicht nur ein dargebotener Rechtsfall aus dem Stegreif gelöst werden kann, sondern dass auch genau wie an der weißen Tafel des Prätors oder am Zwölftafelgesetz eine handgreifliche Begründung der Entscheidung aufgezeigt werden kann. Schon von diesem Plan wage ich zu behaupten, dass er halb fertig ist, damit Ihr nicht glaubt, er habe nur in meiner Vorstellung bestanden. Das Privatrecht nämlich, d. h. sämtliche Rechte und Pflichten der Privatpersonen einschließlich der Arten, wie sie sich bilden und auflösen, glaube ich mit solchem Erfolg auf eine Tabelle gebracht zu haben, dass diese mich, wann immer ich Rat suchte, bei einer auftauchenden Rechtsfrage selten im Stich gelassen hat. Ich glätte diese jedoch immer mehr.

Es ist nicht bekannt, ob in der umfangreichen Hinterlassenschaft von Leibniz jene »Tabellen« noch auffindbar sind, die er in seinem Schreiben an Conring erwähnt und in deren Anwendung sämtliche Gesetze des römischen Rechts unter die zugehörige Regel gebracht werden könnten, von der ihre Begründung abhängig sei. Die Begründung einer Regel ersetze tausend Kommentare, weil von ihr seine ganze Auslegung abhängt:

denn alle Auslegung besteht in einer Erweiterung (wie man sich ausdrückt) auf die gleichartigen Fälle und in einer Eingrenzung im Hinblick auf die ungleichartigen. Nun erfolgt aber die Erweiterung durch eine Anwendung derselben Begründung in einem ähnlichen Falle, die Eingrenzung durch das Wegfallen dieser Begründung.

Auch Leibniz geht daher von der Vorstellung aus, dass es allgemeine Verhaltensregeln gebe, denen jedes aktuelle Verhalten als besonderer Fall entsprechen muss, dass also alle Verhaltensfälle von den Regeln bestimmt werden, die über ihnen stehen. Dies lässt sich mit der Vorstellung »von oben nach unten« vergleichen, wie sie im kontinentaleuropäischen juristischen Denken üblich ist, allerdings an oberster Stelle keine vom Willen eines Gesetzgebers geschaffenen (und damit ihrem Wesen nach subjektiven) Regeln für das Verhalten der Bürger untereinander annimmt, sondern als »Naturrecht« von objektiven Regeln ausgeht, wie sie dem Wesen der Ethik gemäß seien.

Offenbar hat Leibniz seine Absicht, gemeinsam mit Johann Heinrich von Lasser, Sohn des Mainzer Hofkanzlers Johann Georg von Lasser,¹⁷

sämtliche Gesetze des römischen Rechts jeweils einzeln unter die zugehörige Regel zu bringen, von der die Entscheidungsbegründung abhängt,

später nicht weiter verfolgt, weil ihm die Arbeit an diesem Projekt – wie er in einem Brief an Louis Ferrand vom 31. Januar 1672 schrieb¹⁸ – »eher eine Sache des Fleißes als der Begabung« erschien, nachdem einmal »die Elemente des Naturrechts, die Tabelle der Elemente des bürgerlichen Rechts und der Kern der Gesetze so weit gediehen sind, dass sie binnen kürzester Zeit fertiggestellt werden können«.¹⁹ Dies jedoch sei ganz sicher zu leisten, wenn es ihm nur vergönnt wäre, für diese Aufgabe »mindestens ein Jahr lang freigestellt« zu sein, wobei er »die Unterstützung durch hilfreiche und der eingeschlagenen Richtung folgende Kräfte, aber auch noch Zeit«²⁰ benötige. Doch der Bitte um eine finanzielle Förderung seiner Arbeit war wohl kein Erfolg beschieden. Jedenfalls ist nicht bekannt, dass es zu den von Leibniz geplanten Untersuchungen am Corpus Iuris Civilis kam, wie auch eine weitere Ausbildung seiner Ethiktheorie (oder Theorie eines »Naturrechts«) unterblieb.²¹ Man muss dies bedauern, denn seine Erkenntnisse hätten zweifellos bereits den Bemühungen um Kodifikation des aktuellen Rechts im Zeitalter der Aufklärung eine andere Richtung gegeben und verhindert, dass das Zivilrecht in der Form jener positiven Gesetzgebungsmethode gestaltet wurde,²² die auch noch den Erlass des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1896²³ prägte.

17 Karl HÄRTER Polizey und Straffjustiz in Kurmainz (Frankfurt am Main 2005) S. 56.

18 LEIBNIZ (FN 1) S. 379.

19 LEIBNIZ (FN 1) S. 377.

20 LEIBNIZ (FN 1) S. 379.

21 Soweit sich Leibniz in seinen späteren Jahren mit Problemen der Ethikbegründung beschäftigte, folgte er den herkömmlichen philosophischen Pfaden der Ethiktheorie; Friedrich JODL Geschichte der Ethik als philosophischer Wissenschaft, I. Band (2. Aufl. Stuttgart/Berlin 1906) S. 506, Theodor LITT Ethik der Neuzeit, in: Ernst HOWALD/Alois DEMPFF/Theodor LITT Geschichte der Ethik vom Altertum bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts, Teil D (München/Wien 1978) S. 74.

22 So etwa das »Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten« von 1794 oder das österreichische »Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch« von 1811.

23 RGL. 1896 I S. 195. – Karl Eckhart HEINZ Bürgerliche Gesellschaft, Bürgerliches Recht, Recht des politischen Gemeinwesens. Kritik des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: ders. (Hrsg.) Bürgerliche Gesellschaft – Bürgerliche Gemeinschaft. Grundlagen und Folgen für Staat und Gesellschaft (Bonn 2013) S. 9 (zgl. GuT 2013, 55).

Verhaltensregeln

Einer der einflussreichsten deutschen Theoretiker der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens war im 18. Jahrhundert Gottfried Achenwall, dessen gemeinsam mit Johann Stephan Pütter – beide Professoren an der Universität Göttingen²⁴ – verfasstes Lehrbuch »Elementa Iuris Naturae« von 1750 eine weite Verbreitung fand und auch Vorlesungen von Immanuel Kant zugrunde lag.²⁵ Achenwall unterschied drei Zustände des menschlichen Zusammenlebens, nämlich einen »STATUS NATURALIS« als Zustand des natürlichen Miteinander, in dem die Beteiligten ihre individualen Interessen gegenseitig abgrenzen, ferner einen »STATUS SOCIALIS«, in dem die Beteiligten gemeinsam kollektive Interessen wahrnehmen, und schließlich einen »STATUS CIVILIS« als Bereich des Zusammenlebens im Staat.²⁶ Kant hielt die Unterscheidung eines besonderen STATUS SOCIALIS für verzichtbar, weil kollektives Zusammenleben nach den gleichen Prinzipien erfolge wie das individuelle menschliche Zusammenleben, und deshalb nur zwischen einem STATUS NATURALIS und einem STATUS CIVILIS zu unterscheiden sei; das entspricht der Unterscheidung des Corpus Iuris Civilis zwischen »ius naturale« und »ius civile«, dem noch ein »ius gentium« als Bereich des Zusammenlebens von Völkern im Corpus Iuris Civilis angefügt ist.²⁷

Betrachtet man genauer die Definition des Begriffs »ius naturale« im Corpus Iuris Civilis,

»Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matri-

24 Jan SCHRÖDER (Herausgeber und Übersetzer) Gottfried Achenwall, Johann Stephan Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts (Elementa Iuris Naturae) (Frankfurt am Main/Leipzig 1995) S. 333.

25 Immanuel KANT Metaphysik der Sitten, Anfangsgründe der Rechtslehre (Berlin 1796) I 3 § 41.

26 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 671.

27 Inst. Lib. I Tit. II.

monium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censi.»

so sind hier offensichtlich jene triebhaften Verhaltensweisen gemeint, die aus Instinkten entspringen und damit in der Natur der Lebewesen angelegt sind. Insofern gehören die Regeln des *ius naturale* zum Bereich der »Naturgesetze«, nicht aber zu jenen »moralischen Gesetzen«, die als praktische Gesetze dazu dienen sollen, den Menschen zu erhalten, und nur die letzteren sind ausdrücklich ein Gegenstand der Untersuchungen Achenwalls²⁸, deren Inbegriff er als »Recht« bezeichnet.²⁹ Im *STATUS NATURALIS* geht es jedoch um das Ausüben der Stärke, keinesfalls darum, den Bereich anderer Menschen zu achten, deren Bereitschaft zu gegenseitiger Achtung durchaus nicht vorherzusehen ist und deshalb vernünftigerweise auch nicht vermutet werden kann.³⁰ Nach Thomas Hobbes ist dieser Bereich von einem »Krieg Aller gegen Alle« geprägt,³¹ und die Vernunft dient hier ganz allein dem Zweck, in diesem Kampf zu obsiegen. Auch soweit in einem konkreten Fall die Hilfe Anderer zum Erreichen eines bestimmten Zwecks benötigt wird, lässt sich diese Hilfe durch die Anwendung von Zwang gewinnen, allerdings auch durch rhetorische Anreize – nämlich durch eine sinnliche Verführung von Mitstreitern, deren Lust am gemeinsamen Zweck geweckt wird. Für die natürlichen kollektiven Verhältnisse gelten folglich die gleichen Gesetze wie für die natürlichen individuellen Verhältnisse, wie bereits Immanuel Kant richtigerweise feststellte.

Gewiss kann es auch Lebenslagen geben, in denen die Vernunft zu einem Verzicht auf kriegerische Auseinandersetzung rät, nämlich falls dies zweckmäßig erscheint: etwa wenn ein Kampf mit einem unübersehbaren Risiko verbunden ist oder der Aufwand des Kampfes den möglichen Kampfgewinn übersteigt. Achenwall meint dagegen, der menschliche Wille – sofern er frei ist – strebe zwar stets nach dem »Guten«, nämlich danach, was den menschlichen

28 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 12. – Seit Immanuel KANT Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781) die Freiheit des Menschen gegenüber dem Naturgesetz dargelegt hat, ist eine Zuordnung der Moralität zur Naturgesetzlichkeit – Simone de ANGELIS *Lex naturalis, leges naturae, »Regeln der Moral«*, in: Simone de Angelis/Florian GELZER/Lucas Marco GISI (Hrsg.) »Natur«, *Naturrecht und Geschichte. Aspekte eines fundamentalen Begründungsdiskurses der Neuzeit (1600–1900)* (Heidelberg 2010) S. 47 – nicht mehr nachvollziehbar.

29 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 18.

30 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) §§ 15 ff.

31 Thomas HOBBS *Leviathan*, Kap. 13 – *The English And Latin Texts*, Vol. 2, ed. by Noel MALCOLM (Oxford 2012) S. 192: »a warre as is of every man, against every man – quamdiu conditionem Hominum eam esse quam dixi Bellum esse uniuscujusque contra quemque«. – Diese Sicht des Menschen als »Raubtier« ist freilich einseitig; Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de MONTESQUIEU *De l'Esprit des lois* (Genève 1748) Livre 1er, Chap. II, zählt den Menschen ebenso einseitig zu den »Fluchttieren«!

Willensträger »vervollkommne«;³² ein Mensch könne sich jedoch täuschen und erstrebe dann ein schlechtes Ziel, weshalb er der Führung durch Vernunft bedarf, die am besten zur Erkenntnis des »wahren Guten« beitrage und hierdurch ein »moralisches Gesetz« begründe;³³ dieses habe in der Kraft der menschlichen Seele seinen Ursprung und werde aufgrund seiner Herkunft aus der menschlichen Natur als »Naturrecht« bezeichnet³⁴. Zur näheren Erklärung des moralischen Gesetzes verweist Achenwall auf die »Moralphilosophie«³⁵ und stellt fest: wenn das allgemeinste moralische Gesetz lautet »erhalte und vervollkomme dich, sei es mit Rücksicht auf Andere oder ohne solche Rücksicht«, ³⁶ so begründe dies ein Zwangsrecht gegen jedermann, welcher unsere Vollkommenheit stört. Hieraus folge, dass jedermann verbunden sei, die Erhaltung eines Anderen nicht zu stören;³⁷ dies sei das einzige »vollkommene Gesetz«. ³⁸ Es erhellt, dass diese Definition eine Quelle für Kants Idee eines »kategorischen Imperativs«³⁹ war.

Damit versucht Achenwall, einen Weg zu finden, wie der Krieg Aller gegen Alle im Naturzustand vermieden werden kann, und er glaubt, diesen Weg in jenem moralischen Gesetz gefunden zu haben, das aus Gründen der Vernunft alle Menschen verbinde, die Erhaltung eines Anderen nicht zu stören. Johann Gottlieb Fichte wollte später diesen Gedanken dahingehend ergänzen, dass eine gegenseitige Anerkennung als Vernunftwesen dazu führe, einander als freie Wesen zu behandeln und zu achten,⁴⁰ was notwendigerweise eine Beschränkung der Freiheit jedes Beteiligten voraussetze;⁴¹ erst auf diese Weise verwandle sich das natürliche Verhältnis der Beteiligten in ein andersgeartetes Verhältnis, nämlich in ein »Rechtsverhältnis«.⁴²

Was sowohl Achenwall wie Fichte vor Augen haben, ist eine Friedensordnung, in der nicht mehr die Naturgesetze gelten, sondern die Regeln der Moralität; deren Geltung leitet Achenwall unmittelbar aus der vernünftigen Einsicht her, während Fichte hierfür zunächst eine gegenseitige Anerkennung der Beteiligten verlangt und aus dem anerkannten Verhältnis die Regeln des vernünftigen – nämlich eines »friedlichen« – Verhaltens ableitet. Die von Achenwall genannten »moralischen Gesetze« sind aber nicht aus vernünftiger

32 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 9.

33 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) §§ 10 ff.

34 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 20.

35 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 17.

36 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 176.

37 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 186.

38 PÜTTER/ACHENWALL (FN 24) § 196.

39 KANT *Metaphysik* (FN 25).

40 Johann Gottlieb FICHTE *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Jena/Leipzig 1796) § 4 Beweis II.

41 FICHTE (FN 40) § 4 C III.

42 FICHTE (FN 40) § 4 C III.

Einsicht als solcher herleitbar, denn soweit die vernünftige Einsicht das Handeln bestimmen soll, ist sie lediglich eine Methode, deren Anwendung ein zu verwirklichendes Ziel benötigt; dieses Ziel nennt Achenwall aber nicht, sodass seine Argumentation unvollständig bleibt.

Ebensowenig lässt sich aus einer gegenseitigen Anerkennung der Beteiligten (Fichte) bereits ein bestimmtes Ziel entnehmen, dessen Verwirklichung das Verhalten dienen soll; erst wenn klar ist, dass das Verhaltensziel in der Herstellung einer Friedensordnung liegt, kann hieraus ein geeignetes – nämlich ein topisch-logisches – Verhalten zur Verwirklichung dieses Ziels abgeleitet werden.

Eine Friedensordnung ist daher nicht im Rahmen eines natürlichen, unter Naturgesetzen stehenden Zusammenlebens zu verwirklichen, sondern sie erfordert einen Entschluss zu friedlichem Verhalten, der viele Gründe haben mag, aber weder eine gegenseitige Anerkennung der Beteiligten benötigt noch durch das Handeln eines einzelnen Beteiligten verwirklicht werden kann. Wenn ein einzelner Beteiligter im natürlichen Zusammenleben erkennt, dass es zweckmäßig ist, auf den Angriff gegen andere Beteiligte zu verzichten und allein noch den eigenen Bereich gegen Angriffe zu verteidigen, dann erspart er damit einen vielleicht erheblichen Aufwand, und die Erkenntnis des Nutzens dieses Verhaltens könnte auch andere Beteiligte zum Verzicht auf Angriffshandlungen bewegen, mit dem Resultat, dass im Zusammenleben jeweils die Anwendung der Naturgesetze entfällt. An die Stelle der naturgesetzlich bezogenen Regeln treten dann Verhaltensregeln, die dem Ziel eines friedlichen Zusammenlebens dienen und von jedem Beteiligten unter Achtung der Lebensbereiche der anderen Beteiligten topisch-logisch herleitbar sind. Das natürliche Kräfteverhältnis zwischen den Beteiligten besteht hierbei unverändert weiter und bildet die Grundlage für das gegenseitig zu verwirklichende – friedliche – Verhalten.

Dieses friedliche Verhalten verlangt also nichts anderes als eine Selbstdisziplin – Fichte spricht von »Selbstbeschränkung«, wohl in Anlehnung an Hobbes (»restraint upon themselves«) – und somit kann keine Rede sein, dass sich das Verhältnis der Beteiligten zu einem »Rechtsverhältnis«⁴³ gewandelt habe oder durch einen Vertrag entstanden sei (wie ROUSSEAU bekanntlich einen »Gesellschaftsvertrag« annahm!), denn dieses Verhältnis behält durchaus seine natürliche Beschaffenheit. Deshalb gelten hier auch keinesfalls »Rechtssätze«⁴⁴, vielmehr sind andere Begriffe zur Bezeichnung solcher Regeln erforderlich. Dafür stehen jedoch die Begriffe »Moral« und »Sitte« bereit,⁴⁵ denn es sind eben deren Regeln, die herkömmlich die Gesetze eines friedlichen Verhaltens bilden.⁴⁶

43 FICHTE (FN 40) § 4 C III.

44 FICHTE (FN 40) § 4 C III.

45 Karl Eckhart HEINZ Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekt 2004 (Bonn 2005) S. 15; *ders.* Moral