Albert Janssen

Die Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit

Studien zu einer Grundbedingung der Rechtsfindung

V&R unipress

V&R unipress

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 18

Herausgegeben von
Stephan Meder

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Albert Janssen

Die Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit

Studien zu einer Grundbedingung der Rechtsfindung

V&R unipress

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über https://dnb.de abrufbar.

2., überarbeitete Auflage
© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 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.

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

ISSN 2198-5405
ISBN 978-3-8470-1298-6

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Dem Andenken meines Bruders Enno
(gest. am 19. Mai 1985)

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Inhalt

Vorwort 9

Abkürzungsverzeichnis 11

Einführung 13
I. Der leitende Gedankengang der Teile 1–3 13
II. Ergänzende Überlegungen des Anhangs 20
III. Hinweise zur Form der Veröffentlichung 21

1. Teil: Otto von Gierkes rechtssystematische Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht als gedanklicher Ausgangspunkt

1. Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff 25

2. Otto von Gierkes Freiheitsbegriff als Beitrag zur Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Artikel 2 I GG) 57

3. Die bleibende Bedeutung des Genossenschaftsrechts Otto von Gierkes für die Rechtswissenschaft 77

2. Teil: Die rechtliche Relevanz von Gerhard Ebelings theologischer Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium als gedankliche Alternative

I. Ihre Bedeutung für die Grundlegung des (evangelischen) Kirchenrechts

4. Historisch-kritische Theologie und evangelisches Kirchenrecht. Zur kirchenrechtlichen Bedeutung der Theologie Gerhard Ebelings . . . 99

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

5. Hans Barions Werk als Anfrage an das evangelische Kirchenrecht . . 147

6. Die Unabhängigkeit des evangelischen Kirchenrechts von der (theologischen) Ethik. Anmerkungen zu seiner theologischen Begründung durch Gerhard Ebeling 177

II. Ihre Bedeutung für das säkulare Rechtsdenken

7. Dank des Juristen an Gerhard Ebeling 211

8. Fragwürdiger Abschied vom usus politicus legis als Grundlage evangelischen Rechts- und Staatsdenkens. Eine Stellungnahme zu Wolfgang Hubers Buch: Gerechtigkeit und Recht 217

3. Teil: Wilhelm Henkes juristische Fundamentalunterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit aufgrund einer säkularen Zweireichelehre als entscheidende Folgerung

9. Die Ungewissheit des Rechts und die Gewissheit der Jurisprudenz. Überlegungen zu Wilhelm Henkes Verankerung der Rechtswissenschaft in der Lebenswelt 253

10. Theologie und Jurisprudenz. Anmerkungen zu ihrem Verhältnis im Anschluss an eine These des Juristen Wilhelm Henke 283

Anhang

11. Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht. Überlegungen zur Auslegung der Artikel 140 GG/137 Abs. 5 WRV 297

12. Der Beitrag der juristischen Dogmatik zur Gesetzgebung 331
Nachtrag 348

Drucknachweise 351

Stichwortverzeichnis 353

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Vorwort

Worauf gründet eigentlich die Gewissheit des Juristen, einen Streit Frieden stiftend beenden zu können? Diese Frage hat mich während meiner langjährigen praktischen Tätigkeit, die ich als parteiloser Verwaltungs- und Parlamentsjurist durchweg in unmittelbarer Nähe zur Politik ausgeübt habe, häufig beschäftigt. Die hier zum größten Teil erneut abgedruckten Abhandlungen, die durchweg während meiner Berufsjahre entstanden sind, stellen sich mir im Rückblick als ein konsequenter Denkweg zu einer (vorläufigen) Antwort auf die genannte Frage dar. Das habe ich in der Einführung in die Studien näher zu erläutern versucht. Ein weiterer Grund, die ausgewählten Texte in dieser Form zu veröffentlichen, besteht für mich in der Hoffnung, dass sie – indirekt – auch einen Beitrag zu der für das Selbstverständnis der Jurisprudenz m. E. zentralen Frage nach ihrem Verhältnis zur Theologie (und Philosophie) zu leisten vermögen. Anzumerken bleibt schließlich noch, dass die vorliegende zweite Auflage dieser Studien sich von der ersten vor allem durch eine Neufassung des hier unter Nr. 10 abgedruckten Aufsatzes und einem Nachtrag zu der unter Nr. 12 veröffentlichten Abhandlung unterscheidet.

Hildesheim, im Frühjahr 2021 Albert Janssen

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Abkürzungsverzeichnis

Aufgenommen wurden nur die für die Rechtsquellen und die Belege aus Rechtsprechung und Literatur benutzten Abkürzungen.

AkathKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BLSK	Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HdbStKirchR	Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PTh	Pastoraltheologie (Zeitschrift)
ThR NF	Theologische Rundschau (Neue Folge)
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEE	Zeitschrift für Evangelische Ethik
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung
ZRG Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung
ZThK	Zeitschrift für Theologie und Kirche

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Einführung

I. Der leitende Gedankengang der Teile 1–3

Um es gleich vorwegzunehmen: Die schon für das Rechtsdenken Savignys seit längerem beobachtete und heute erneut debattierte Bedeutung von Kants Analyse der reflektierenden Urteilskraft für die Jurisprudenz[1] vermag ich nach wie vor nicht zu erkennen. Denn Rechtsfragen sind m. E. letztlich existentielle Fragen[2], zu deren Lösung schon aus diesem Grund Kants Nachdenken über die *ästhetische* Urteilskraft, die in diesem Zusammenhang ja primär für einschlägig gehalten wird, kaum Entscheidendes beitragen kann. Und das gilt – cum grano salis – übrigens auch, wie ich meine, für Kants Ausführungen zur teleologischen Urteilskraft.

Schon diese Sicht der Dinge legt es nahe, für die hier zur Diskussion gestellte Alternative, die juristische Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit als Kennzeichen juristischer Urteilskraft zu verstehen, sich primär an jener Wissenschaft zu orientieren, die ähnlich wie die Jurisprudenz auf existentielle Probleme Antworten geben muss – zumindest durch derartige Fragen herausgefordert ist: die (hermeneutische) Theologie. Das gilt umso mehr, als entsprechende theologische (durch die Denkform des Unterscheidens geprägte) Überlegungen – wie hier im zweiten Teil gezeigt wird – konkrete juristische Folgerungen zulassen. Es ist letztlich diese »Einheit der geistig-seelischen

1 Zum Einfluss von Kants Kritik der (ästhetischen) Urteilskraft auf Savigny unter Einbeziehung der Wirkungsgeschichte s. besonders *Stephan Meder*, Urteilen. Elemente von Kants reflektierender Urteilskraft in Savignys Lehre von der juristischen Entscheidungs- und Regelfindung (1990), passim; *ders.*, Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik (2004), S. 52ff., 96ff., 183ff.; *ders.* Auslegung als Kunst bei Savigny. Reflektierende Urteilskraft, Rhetorik und Rechtsquellenlehre als Elemente juristischer Entscheidungsfindung, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion – Technik oder Theorie? (2014), S. 43ff. Siehe daneben noch allgmein zur Bedeutung von Kants Analyse der reflektierenden Urteilskraft für die Jurisprudenz: *Rolf Gröscher*, Dialogik des Rechts (2013), S. 362ff. und *ders.*, Subsumtion – Technik oder Theorie? (2014), S. 43ff.

2 Dazu hier Nr. 9 bei Anm. 53ff. und Nr. 10 bei Anm. 3f.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Existenzbedingungen« von Jurisprudenz und Theologie[3], die auch für das juristische Denken die für die Abgrenzung der Theologie von der Philosophie getroffene Feststellung zulässt, dass »das im strengsten Sinne Allgemeingültige (erg.: nur) durch das Ernstnehmen des Konkreten zu erschließen« ist[4]. Denn die genuine Aufgabe des Juristen, einen streitigen Fall *gerecht* zu lösen, ist eben nur möglich, wenn er im konkreten Einzelfall das »Allgemeingültige«, die juristische Fundamentalunterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit, ernst nimmt[5]. Auch hier ist deshalb wie bei der theologischen Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium »ein Sachverhalt wirksam, *der sich philosophischer Aneignung entzieht*«[6]. So gesehen ist es auch zutreffend, wenn Wilhelm Dilthey etwa zu Rudolf von Jherings »Geist des römischen Rechts« bemerkt, dass dort »nachgewiesen« werde, »*wie juristisches Denken durch eine im Rechtsleben selber sich vollbringende bewusste geistige Arbeit* die Grundbegriffe des römischen Rechts geschaffen« habe[7].

Damit ist die gedankliche Grundlage benannt, auf der im Folgenden in drei Schritten der Nachweis versucht wird, dass die juristische Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit als Voraussetzung für jede (gelungene) Rechtsfindung anzusehen ist. Das soll zunächst durch die genauere Untersuchung der rechtssystematischen Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht als Grundlage des Rechtsdenkens Otto von Gierkes geschehen (erster Teil). Da Gierke nun aber die Denkform des Unterscheidens für die ontologische Begründung seiner rechtssystematischen Grundlegung nicht durchhält, wird hier dann weiter nach der juristischen Relevanz von Gerhard Ebelings theologischer Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium gefragt (zweiter Teil), um dann schließlich zu klären, ob auf dieser gedanklichen Grundlage Wilhelm Henke eine sinnvolle juristische Fundamentalunterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit gelingt (dritter Teil). Der so grob skizzierte Gedankengang ist nun noch genauer zu erläutern:

3 Dazu hier Nr. 9 bei 52 ff.

4 So *Gerhard Ebeling*, Dogmatik des christlichen Glaubens, Bd. 1 (1979), S. 16.

5 Zutreffend stellt darum *Wilhelm Henke* für die Denkweise der Jurisprudenz fest (Ausgewählte Aufsätze, 1994, S. 6): »Nicht der Vorrang des Besonderen oder die Beschränkung auf das Einmalige kennzeichnet sie, sondern die eigenartige Weise der Verallgemeinerung und der Geltung der allgemeinen Aussagen für das Einzelne, die dessen Besonderheit und Einmaligkeit, und wo es sich um den Menschen handelt, dessen Freiheit und Würde achtet.«

6 So *Gerhard Ebeling*, (Studium der Theologie, 1975, S. 59) für die genannte theologische Fundamentalunterscheidung (Hervorhebungen A. J.).

7 *Wilhelm Dilthey*, Einleitung in die Geisteswissenschaften, 9. (unveränderte) Aufl., S. 21 (Hervorhebungen A. J.). Im Übrigen scheint mir die wesentliche Intention des gesamten rechtswissenschaftlichen Werks von Rudolf von Jhering (und nicht nur die seiner berühmten Schrift »Der Kampf ums Recht«) letztlich gerade darin zu liegen, auf die existentielle Frage des Menschen nach seinem Recht eine Antwort zu geben.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

1. Zum 1. Teil

Den Ausgangspunkt der rechtssystematischen Überlegungen Gierkes zur Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht bildet für ihn die »geschichtlich feststehende Tatsache, dass der Mensch überall und zu allen Zeiten die Doppeleigenschaft an sich trug, ein Individuum für sich und Glied eines Gattungsverbandes zu sein.«[8] Doch »spielen sich«, wie Gierke ergänzend ausdrücklich betont, »Einzelleben und Gemeinleben« letztlich »in der unzerreißbaren Einheit desselben Menschendaseins« ab[9]. Abstrakt gesprochen geht es ihm also insoweit einerseits um ein Unterscheiden zwischen zwei Formen menschlichen Daseins; zum anderen um den Nachweis einer dahinter stehenden Einheit. In welcher Weise sich dieser gedankliche Ausgangspunkt auf seine Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht auswirkt, ist nun genauer zu schildern:

Dafür ist zunächst Gierkes Nachweis der starken sozialen Prägung relevant, die bereits der letztlich noch dem Individualrecht zuzurechnende juristische Eigentumsbegriff besitzt. Denn schon diese Prägung macht den Grundgedanken des rechten Unterscheidens deutlich, der in der hier zugrundegelegten Bedeutung ja auf »das nicht trennende, sondern in die rechte Beziehung setzende Unterscheiden« hinausläuft[10] (dazu Nr. 1).

Umgekehrt ist es zwar richtig, dass das Sozialrecht »auf dem Verhältnis der Einordnung (Über- und Unterordnung)« beruht und »von der Verbundenheit der Subjekte« ausgeht.[11] Dennoch kann auch eine juristische Behandlung des Sozialrechts nach Gierke nicht übersehen, dass der in diesem Rechtsverhältnis stehende Einzelne weiterhin einen individuellen (grundrechtlich fundierten) Freiheitsraum besitzt – Gierkes Freiheitsbegriff demnach ein relationaler ist (dazu Nr. 2).

Beide Perspektiven also – sowohl die aus der Sicht des Individualrechts wie die aus der Sicht des Sozialrechts – lassen die Frage aufkommen, welcher Gedanke es denn gebietet, die Unterscheidung zwischen beiden Regelungskomplexen nicht zu einer Scheidung werden zu lassen. Dafür spricht nun offensichtlich die schon erwähnte Grundüberzeugung Gierkes von »der unzer-

8 So *Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien (1874), Neudruck 1915, S. 92f. Genauer zu diesem Gedanken hier Nr. 1 bei Anm. 49ff.; Nr. 2 bei Anm. 14ff.; Nr. 3 bei Anm. 38ff.

9 So *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 (1895), S. 30; ähnlich *ders.* Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889) S. 5f. Dazu hier Nr. 1 bei Anm. 51ff.

10 So *Ebeling* (Anm. 6), S. 172; ähnlich ders., Wort und Glaube, Bd. 3 (1975), S. 283: »Unterscheiden besagt: für das rechte Verhältnis und Verständnis dessen sorgen, was untrennbar zusammengehört.« Siehe ergänzend hier die Nachweise im Stichwortverzeichnis auf S. 355 unter: Unterscheiden/Unterscheidung.

11 So *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 26.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

reißbaren *Einheit* desselben Menschendaseins«, die – wie er weiter folgert – als eine »Kraft« zu verstehen ist, »welche nach dem immanenten Bildungsgesetz der organischen Lebenseinheiten zur *Vereinigung* treibt«[12]. Folgerichtig ist es dann auch, wenn Gierke die Aufgabe des Rechts darin sieht, eine »Harmonie aller Willen miteinander« sicherzustellen[13]. Ein *gerechtes* Recht ist für ihn demnach ohne die Vorstellung von einer hinter der Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht stehenden Einheit nicht denkbar.

Es ist die innere Erfahrung des Menschen, die es nach Gierke dann erlaubt, insofern von der Rechtsidee als einer psychologischen »Tatsache« zu sprechen[14]. Wie er weiter ausführt, kann man allerdings einer entsprechenden inneren Erfahrung nur dann vertrauen, wenn sie mit der (besonders durch historische Überlegungen geprägten) äußeren Erfahrung übereinstimmt[15]. Für unsere weiteren Überlegungen ist nun entscheidend, dass Gierke einen Widerspruch zwischen innerer und äußerer Erfahrung nicht ausschließt. Um seine Forderung nach einem gerechten Recht bzw. seine Überzeugung von einer (hinter der Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht stehenden) verbindlichen Rechtsidee dennoch begründen zu können, hält er es für erforderlich, »eine *jenseits* der Erfahrung liegende Annahme über das Verhältniß unserer Subjektivität zur objektiven Welt zu Hülfe« zu nehmen, »woraus sich die Möglichkeit ergibt, eine *hinter* den Antimonen verborgene reale Einheit vorstellbar zu machen und die einander widersprechenden Aussagen unseres Bewußtseins als relativ berechtigte Auffassungen verschiedener Seiten einer widerspruchlosen Wirklichkeit zu denken« (dazu Nr. 3[16]).

Gierke liefert damit im Ergebnis, wie er auch im gleichen Zusammenhang ausdrücklich betont, eine *metaphysische* Letztbegründung für seine Forderung nach einem gerechten Recht. Im 2. und 3. Teil bleibt damit zu prüfen, ob auch ohne diesen Rückgriff auf die Metaphysik sinnvoll zwischen Recht und Gerechtigkeit unterschieden werden kann.

2. Zum 2. Teil

Gerhard Ebelings Verständnis der paulinischen (und von Luther theologisch vertieften) Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium kommt sowohl für die Grundlegung des (evangelischen) Kirchenrechts wie für

12 Dazu mit den entsprechenden Nachweisen hier Nr. 1 bei Anm. 51 ff.
13 Dazu Nr. 2 bei Anm. 18 ff. mit Nachweisen.
14 Dazu genauer mit Nachweisen *Janssen*, Otto Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft (1974), S. 180 ff.
15 Dazu wiederum *Janssen* (Anm. 14), S. 147 ff. und kurz: Nr. 3 bei Anm. 44.
16 Das Zitat mit Beleg in Nr. 3 bei Anm. 45 (Hervorhebungen A. J.)

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

das Rechtsdenken überhaupt erhebliche juristische Bedeutung zu. Sich damit genauer zu beschäftigen, lohnt sich für unsere Themenstellung deshalb, weil Ebelings insoweit einschlägigen Überlegungen eben nicht wie die Gierkes in eine metaphysische Letztbegründung einmünden. Und das hat, wie nun zu zeigen ist, konkrete Folgen für die hier in Frage stehende Denkform des Unterscheidens.

a) Was zunächst Ebelings *Grundlegung des Kirchenrechts* betrifft[17], so folgt die Notwendigkeit eines solchen Rechts für ihn zwangsläufig aus der Existenz der (sichtbaren) Kirche in der Welt. Die insofern unter dem »Gesetz« stehende Kirche ist nach Ebeling von ihrem Grund – Jesus Christus – zu unterscheiden, und ihre Geschichte kann nur als »Geschichte der Auslegung der Heiligen Schrift« verstanden werden, – das macht die Identität und »Variabilität« der Kirchengeschichte aus. Für das gegenwärtige Handeln der Kirche in der Welt kommt wie für das Weltverständnis des einzelnen Christen nach Ebeling der (lutherischen) Zweireichelehre insofern zentrale Bedeutung zu, als sie die »konkrete Einübung der (fundamentalen) Unterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium« ermöglicht. Als notwendige Folge der kirchlichen Existenz in der Welt hat das Kirchenrecht dann, so muss aus diesen Prämissen gefolgert werden, zwischen der geschichtlichen Welt (Politik) und den religiösen Überzeugungen (dem Theologischen) zu vermitteln – oder anders gesagt: es ist als Auslegung des (richtig interpretierten) ius divinum zu verstehen[18]. Diese Aufgabe des positiven Kirchenrechts hat zum Ziel, die *zwischen* Gesetz und Evangelium bestehende Relation deutlich werden zu lassen.

Als Ausgangspunkt dieses Gedankengangs muss – wie gesagt – Ebelings Verständnis der Unterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium angesehen werden. Dieses Verständnis stellt insofern eine Alternative zu Gierkes *metaphysischer* Letztbegründung seiner Forderung nach einem gerechten Recht dar, als Ebeling darin im Anschluss an Luther den Schlüssel zur richtigen *Auslegung* der biblischen Texte als einer dem Denken *vorgegebenen* sprachlichen Äußerung sieht. Auch die für die Grundlegung des Kirchenrechts erwähnten Unterscheidungen wie: die Kirche und ihr Grund, sichtbare und unsichtbare Kirche, Identität und Variabilität der Kirchengeschichte, Freiheit von der Welt und zur Welt (Zweireichelehre) u. a. besitzen diesen Interpretationscharakter. Sie sind Folgerungen aus der biblisch fundierten Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium und müssen darum ebenfalls wie die Fundamentalunterscheidung selbst als Ausdruck einer relationalen Ontologie verstanden werden. Ein so fundiertes kirchenrechtliches Denken schließt, wie besonders seine Konfrontation mit dem kanonistischen Denken Hans Barions zeigt[19], eine von

17 Zum Folgenden besonders Nr. 4 bei Anm. 52 ff., 75 ff., 89 ff., 118 ff. mit Nachweisen.
18 Zu dieser letzten Inhaltsbestimmung des Kirchenrechts Nr. 6 bei Anm. 39 ff. mit Nachweisen.
19 Siehe dazu Nr. 5.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Barion für das katholische Kirchenrecht vertretene rein formal-juristische (positivistische) Behandlungsweise aus. Und für das evangelische Kirchenrecht ist auch das von Barion nachdrücklich befürwortete Kirchenrechtsverständnis Rudolf Sohms abzulehnen (dazu insgesamt Nr. 4–6).

b) Das für die Grundlegung des Kirchenrechts Gesagte gilt nun nach Ebeling mit einer wesentlichen Modifikation auch für das theologische Verständnis des *säkularen Rechts:* Das Kirchenrecht ist inhaltlich letztlich dem (richtig verstandenen) ius divinum verpflichtet, während für das staatliche Recht der Maßstab der (säkularen) Gerechtigkeit zu gelten hat. Denn nur so kann der Staat seine theologisch begründete Aufgabe (Zweireichelehre), den (äußeren) Frieden zu wahren, wirksam erfüllen. Der unterschiedliche Maßstab für das kirchliche und weltliche Recht folgt also aus der spezifischen Aufgabe, die dem jeweiligen Recht gestellt ist[20]. Es ist letztlich der kategoriale Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Angelegenheiten, der es auch verbietet, etwa im Anschluss an Karl Barth eine christologische Begründung der Aufgaben von Recht und Staat zu versuchen. Und darum ist ebenfalls die These Wolfgang Hubers abzulehnen, dass im Wege des Analogieschlusses aus biblischen Aussagen konkrete inhaltliche Wegweisungen für das säkulare Recht zu gewinnen sind. Denn diese Ansicht führt im Ergebnis wie bei Barth zu einer Aufhebung der Unterscheidung zwischen dem usus politicus legis und dem usus theologicus legis, die gerade durch die (lutherische) Zweireichelehre gewährleistet werden soll (dazu Nr. 7 und Nr. 8).

Es bleibt damit nach dem Gesagten abschließend noch die Frage zu klären, ob auf dieser gedanklichen Grundlage eine sinnvolle *juristische* Fundamentalunterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit möglich ist.

3. Zum 3. Teil

Eine entsprechende Bedeutung wie der theologischen Fundamentalunterscheidung zwischen Gesetz und Evangelium kommt nämlich für die Rechtsfindung der Fundamentalunterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit zu. Henke hat das gesehen und dementsprechend für die juristische Methodenlehre gefordert, dass der Jurist deshalb die Gesetzesauslegung »immer auch zu ergänzen« habe, »nämlich um das, was der Gesetzestext eigentlich meint, die Gerechtigkeit«[21]. Wie aber entspricht man dieser Forderung? Für Henke (zunächst) dadurch, dass man die säkulare Welt in ihrer Säkularität ernst nimmt. Denn

20 So bereits Nr. 6 bei Anm. 87ff. und genauer Nr. 8 bei Anm. 78ff.

21 Dazu Nr. 9 bei Anm. 76ff. mit Nachweisen. *Henke* liefert – und das ist für unseren Gedankengang entscheidend – eine »lebensweltliche« (und keine metaphysische) Begründung für sein Verständnis der Gerechtigkeit, s. Nr. 9 Anm. 27 mit Nachweisen.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

daraus folgt für ihn zwingend, dass es nur eine von Fall zu Fall partiell sich realisierende Gerechtigkeit geben kann. Nach den bisherigen Überlegungen spricht für diese Auffassung Henkes, dass weitergehende Gerechtigkeitsforderungen letztlich nur – wie unter 1. für *Gierke* gezeigt - metaphysisch zu begründen sind; und dass umgekehrt in dem völligen Verzicht auf das Bemühen um eine gerechte Lösung des streitigen Falles eine abzulehnende positivistische Denkweise gesehen werden muss – oder allgemeiner gesprochen: ein Zeichen für das Umschlagen der Säkularisierung in einen Säkularismus[22]. Für die Lösung der Frage, *wie* nun diese beiden (abzulehnenden) Extreme vermieden werden können, verweist Henke im Anschluss an entsprechende Überlegungen des Theologen Friedrich Gogarten auf die gedankliche Möglichkeit, eine *säkulare* Zweireichelehre anzuerkennen[23]. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit »dürfte danach nicht«, wie er sagt, »wie Idee und Wirklichkeit, Ideal und Leben oder dergleichen verstanden werden, sondern als das Vorläufige, Notdürftige, Unvollkommene: das Recht, das das Endgültige, Eigentliche, Vollkommene: die Gerechtigkeit nicht herbeiführen kann, aber ihm Raum lässt und durch Verbot und Verpflichtung, Strafen und Zwang, auch Raum und die Möglichkeit zu erscheinen schafft«[24]. So gesehen kann die gerechte Entscheidung eines streitigen Falles wohl nur als »personhafte Entäußerung des Verkündenden«[25] verstanden werden, die sich eben deshalb »philosophischer Aneignung entzieht«[26].

Die richtige Unterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit gelingt dem Juristen daneben aber nur, wenn er die zwischen beiden bestehende *Relation*, die sich nach Henke im »Schrei nach Gerechtigkeit« als einer existenziellen Grunderfahrung des menschlichen Daseins artikuliert[27], beachtet. Darum ist eine relationale Ontologie als grundlegend für das Wirklichkeitsverständnis der Jurisprudenz anzuerkennen. Dass insoweit die Theologie (und nicht die Philosophie) nach dem hier Ausgeführten exemplarische Bedeutung besitzt, beruht eben – wie schon anfangs bemerkt – auf der »Einheit der geistig-seelischen Existenzbedingungen« von Theologie und Jurisprudenz[28]. Letztlich ist es die Möglichkeit einer überzeugenden ontologischen Grundlegung der Jurisprudenz Henkes durch die Luther-Interpretation Gerhard Ebelings, die seine Forderung nach der richtigen Unterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit aufgrund

22 Zu diesem »Umschlagen« Nr. 9 bei Anm. 51.
23 Dazu Nr. 9 bei Anm. 39 ff.
24 So *Henke*, Gesammelte Aufsätze (1994), S. 208; ganz entsprechend *ders.*, Recht und Staat (1988), S. 103 mit Anm. 27 und S. 574 f.
25 So *Ernst Forsthoff*, Recht und Sprache (1940/41), Neudruck Darmstadt 1964, S. 5; dazu hier Nr. 8 bei Anm. 23.
26 So schon hier bei Anm. 6.
27 Dazu Nr. 9 bei Anm. 53.
28 Dazu Nr. 9 bei Anm. 52 ff.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

einer säkularen Zweireichelehre zu rechtfertigen vermag. Das wird hier abschließend unter Nr. 10 genauer dargelegt.

II. Ergänzende Überlegungen des Anhangs

1. Zu Nr. 11

Aus der hier versuchten Grundlegung des (evangelischen) Kirchenrechts folgt, wie besonders deutlich die Abhandlung Nr. 4 zeigt, eine Rechtfertigung für den verfassungsrechtlich garantierten Status der (christlichen) Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts[29] und damit indirekt auch für ihren Beitrag zum richtigen Verständnis des säkularen Staates. Sind diese Folgerungen nun aber nicht angesichts der zunehmenden Bedeutung anderer Religionen (und namentlich des Islam) in Deutschland in Frage gestellt? Das muss man wohl annehmen, wenn man sich das von der herrschenden Lehre nunmehr vertretene grundrechtliche Paradigma für die Interpretation der staatskirchenrechtlichen Normen unserer Verfassung zu eigen macht. Denn diese Sicht der Dinge läuft letztlich, wie schon Rudolf Sohm scharfsinnig erkannte, auf ein »Religionsgesellschaftsrecht« hinaus[30], das wohl kaum den hier aus grundsätzlichen Erwägungen bejahten Status der (christlichen) Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu rechtfertigen vermag.

Aber unabhängig von diesem gewandelten Verständnis des Staatskirchenrechts kann man nun einmal nicht die Augen davor verschließen, dass die Artikel 136ff. WRV bei ihrem (ersten) Inkrafttreten im Jahr 1919 primär eine bestimmte Phase der Loslösung der beiden großen *christlichen Kirchen* vom Staat verfassungsrechtlich festschrieben und dass demgegenüber heute wegen der eingetretenen religiösen Veränderungen ein neues Paradigma für das Staatskirchenrecht bestimmend sein muss.

Die Abhandlung Nr. 11 versucht nun den tatsächlichen religiösen Veränderungen einerseits und der ursprünglichen Regelungsintention der genannten staatskirchenrechtlichen Normen des Grundgesetzes andererseits dadurch gerecht zu werden, dass sie das Staatskirchenrecht in Anlehnung an Reformüberlegungen zum Internationalen Privatrecht als Kollisionsrecht begreift. Damit gelingt ihr m. E. eine rechtsdogmatische Rechtfertigung des den Kirchen verfassungsrechtlich zugesprochenen Körperschaftsstatus, die die hier angestellten (kirchen-)rechtstheoretischen Überlegungen dazu sinnvoll ergänzt.

29 Dort bei Anm. 192ff.

30 So *Rudolf Sohm*, Kirchenrecht, Bd. 2 (1923), S. 167; s. ergänzend auch Bd. 1 (2. Aufl. 1923), S. 693ff. des genannten Werkes.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

2. Zu Nr. 12

Obwohl aufgrund der parlamentarisch-demokratischen Grundordnung unseres Staates das Gesetz die wesentliche Rechtsquelle ist, hat sich die juristische Methodenlehre bis heute primär mit der *Anwendung* der Gesetze und anderer Rechtsquellen befasst und sich darüber hinaus allenfalls noch genauer mit der richterlichen Rechtsfortbildung beschäftigt. Der hier im Anschluss an Henkes Rechtsdenken gewählte Ausgangspunkt für die juristische Methodenlehre – den streitigen Fall als Teil der Lebenswelt in den Mittelpunkt der Betrachtung zu rücken[31] – eröffnet nun aber die Möglichkeit, wie die Abhandlung Nr. 12 zu zeigen versucht, auch den *Interpretationscharakter* des von der Rechtsdogmatik geleisteten Beitrags zur *Gesetzgebung* anzuerkennen.

Daneben lassen dieser gedankliche Ausgangspunkt und der sich daraus ergebende, hier geschilderte Inhalt der Gesetzgebung auch die weitere Folgerung zu, dass man den gesetzlichen Tatbestand als »Fallreihe« verstehen kann, womit die »Einordnung« des vom Richter (Rechtsanwender) zu entscheidenden Falles in diese Fallreihe und ihre bisherige Auslegung m. E. dann als Analogieschluss gedeutet werden müsste[32]. Es sind vor allem diese sich nahelegenden, weiter gehenden Folgerungen aus dem hier zur Gesetzgebung Gesagten, die mich zum Abdruck dieser 12. Abhandlung veranlasst haben.

III. Hinweise zur Form der Veröffentlichung

Die einzelnen Studien sind hier unverändert und in ihrer ursprünglichen Fassung abgedruckt. Die daraus folgende unterschiedliche Zitierweise in den Anmerkungen der Abhandlungen erklärt sich durchweg aus den vielfach voneinander abweichenden Vorgaben, die mir insoweit von den Redaktionen der Zeitschriften (und von den Herausgebern der Sammelbände), in denen sie zuerst erschienen sind, gemacht wurden. Zur ersten Orientierung über den Inhalt der Studien habe ich ihnen jeweils zusammenfassende Thesen angefügt[33]. Der inhaltlichen Orientierung über das Ausgeführte soll daneben das für diese Veröffentlichung gefertigte Stichwortverzeichnis, das sich bewusst auf die leitenden Schlüsselbegriffe beschränkt, dienen.

31 Siehe dazu Nr. 9 bei Anm. 71 ff.
32 Dazu genauer hier der Nachtrag zu Nr. 12 auf S. 348.
33 Davon ausgenommen ist wegen der Kürze des Textes nur Nr. 7.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

1. Teil: Otto von Gierkes rechtssystematische Unterscheidung zwischen Individualrecht und Sozialrecht als gedanklicher Ausgangspunkt

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

1. Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff

Über das Eigentum hat *Gierke* an mehreren Stellen seines umfangreichen Werkes gehandelt. Ausführlicher geht er hierauf in seiner Kritik am ersten und zweiten Entwurf des BGB[1] sowie in der späteren Darstellung des geltenden bürgerlichen Rechts[2] ein. Zu beachten sind daneben seine ebenfalls in diesen Zeitraum fallenden Stellungahmen zu besonderen Problemen des landwirtschaftlichen Grundeigentums[3]. Die historische Entwicklung der deutschen Eigentumsordnung hatte *Gierke* bereits früher im zweiten Band seines Deutschen Genossenschaftsrechts[4] geschildert und darauf in den zuvor genannten Äußerungen zum Eigentumsbegriff häufiger verwiesen – ganz entsprechend seinem methodischen Ansatz, nach dem jede dogmatische Aussage auf einer historischen Grundlegung aufbauen muß[5].

1 Dazu besonders: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889); Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889); Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag (1896).

2 Insbesondere: Deutsches Privatrecht, Bd. 2: Sachenrecht (1905) S. I ff., 347 ff., 514 ff.

3 Vgl.: Die Stellung des künftigen Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz, in: (*Schmollers*) Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Jg. 12 (1888) S. 401 ff.; Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 58 (1893) S. 163 ff.; Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättenrechts, insbesondere zum Schutze des kleinen Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung?, in: Deutsche Juristen Zeitung, Jg III (1898) S. 354 ff.; Diskussionsbeitrag zu der Frage: Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättenrechts?, in: Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. 4 (1898) S. 177 ff.

4 Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2 (1873), besonders §§ 5, 6, 8 ff. Vgl. daneben auch: Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 349 ff. und: Grundzüge des deutschen Privatrechts, in: *F. v. Holtzendorff – J. Kohler* (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I (7. Aufl. 1915), S. 231 f.

5 Zu dieser methodischen Grundhaltung *Gierkes* ausführlich: *A. Janssen*, Otto v. Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft (1974) S. 20 ff. – Für das Grundstücksrecht gibt es dazu noch einen besonders kennzeichnenden Hinweis *Gierkes:* In seinen Überlegungen zum Rechtssystem bemerkt er, dass das privatrechtliche Verbandrecht, da es die Brücke zum öffentlichen Recht schlage, richtigerweise am Schluss des Systems stehe. (Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 88). Zur Begründung dafür, dass er diesen Aufbau in seinem

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

I.

Sucht man die inhaltliche Bedeutung der von *Gierke* geforderten sozialen Beschränkung des Privateigentums näher zu erfassen, so fällt zunächst die Verschiedenartigkeit der Forderungen auf, die er unter Berufung auf den sozialen Auftrag des Privatrechts an die Eigentumsordnung des neuen BGB stellt. Beispielhaft dafür ist seine Rede über »Die soziale Aufgabe des Privatrechts«:

Danach darf es kein pflichtenloses Eigentum geben (S. 17). Die positiven Pflichten des Eigentümers sind gesetzlich festzulegen. In negativer Hinsicht muss daneben eine allgemeine Regelung geschaffen werden, welche »dem Mißbrauch des Eigenthums … zum Schaden Anderer Schranken setzt« (S. 18 f.). Weiter ist der »absolutistische« Eigentumsbegriff abzulehnen. Das Eigentum besitzt, wie jedes andere Recht auch, eine »immamente« Schranke (S. 20). Es ist auch nicht »überall sich selbst gleich und von der Natur seines Gegenstandes vollkommen unabhängig«. Besonders muss zwischen dem Grundeigentum und dem Eigentum an Fahrnis klar unterschieden werden. Das Grundeigentum ist »seinem Inhalt nach von vornherein beschränkter«. Denn die Erde ist »trotz aller Bodenauftheilung bis zu einem gewissen Grade stets Gemeingut« geblieben. Alles Sonderrecht am Boden kann »nur mit einem starken Vorbehalt zu Gunsten der Allgemeinheit« bestehen. Das Grundeigentum selbst wiederum ist »je nach der Beschaffenheit des Grundstücks … von ungleichartigem Inhalte …, so daß es an Landgütern und städtischen Bauplätzen und gewerblichen Anlagen besondere Herrschaftsbefugnisse gewährt, an Wald und Wasser in sehr gesteigertem Maße durch Gemeinschaftsrecht gebunden wird, an den dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Sachen sich nahezu verflüchtigt« (S. 21). An alledem zeigt sich, dass das Grundeigentum »in letzter Instanz nichts als ein begrenztes Nutzungsrecht an einem Theile des nationalen Gebietes« ist (S. 22).

Die »große soziale Funktion des Grundeigenthums« verlangt auch, dass »bei aller Anerkennung der Verfügungsfreiheit … Schutzwehren gegen die Selbstzerstörung des Grundeigenthums durch Verschuldung und Zersplitterung« errichtet werden. Zu denken ist dabei an die Einführung einer dinglichen Rente, ein Heimstättenrecht zum Schutz des (kleinen) Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung und den »Ausbau eines kräftigen Anerbenrechts« (S. 23). Umgekehrt muss das Privatrecht die Familienfideikommisse »in die erforderlichen Schranken weisen«, wenn auch der »in geschichtlichen Familien befestigte

Deutschen Privatrecht dennoch nicht durchführt, weist er darauf hin, dass sich »wenn auf eine *geschichtliche Grundlegung* nicht verzichtet wird, das deutsche Immobiliarrecht ohne vorherige Erörterung der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbände nicht verständlich« machen läßt (Deutsches Privatrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht – 1895 – S. 108 Amm. 4, vgl. auch S. 262 Amm. 16).

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

Großgrundbesitz« innerhalb dieser Schranken als wahres Familieneigentum »eine wichtige nationale und soziale Funktion« erfüllt (S. 24).

Das Eigentum ist ferner nicht wesensverschieden von den beschränkten dinglichen Rechten. Diese sind »ebenso gute und schutzwürdige Rechte wie das Eigentum selbst«. Auch darin zeigt sich ein sozialer Gedanke, »denn man darf niemals vergessen, dass jede Absplitterung dinglicher Rechte vom Eigenthum zugleich eine Gemeinschaft begründet, die Gemeinschaft aber hier wie überall die Fähigkeit besitzt, durch Verbindung und Ausgleichung verschiedenartiger Kräfte die Gesammtkraft über die Summe der Einzelkräfte zu erhöhen« (S. 24f.)[6].

Dem sozialen Gedanken dient ebenfalls »die vom germanischen Recht vollzogene Überbrückung der Kluft zwischen den Rechten an fremder Sache und dem Eigentum«. Zwar gehört das geteilte Eigentum der Geschichte an, doch wird man auf verwandte Gebilde wie etwa das preußische Rentengut auch in Zukunft nicht verzichten können, »so oft wir neue Schichten des Volkes zu eigenem Besitz an Grund und Boden emporheben und zur Seßhaftigkeit erziehen, innere Kolonisation mit dauernden Erfolge treiben, den Arbeiterstand ansiedeln wollen« (S. 27).

Eine »Welt sozialer Angleichung« liegt für *Gierke* schließlich in dem »germanischen Rechtsgedanken … beschlossen«, dass schon zwischen Obligationen – und Sachenrecht vielfältige Verbindungen und Zwischengebilde bestehen (S. 26f., auch S. 32). Er beendet seine Ausführungen zum Sachenrecht in dieser Rede mit der Forderung nach einem Sachbegriff, der sowohl »Gesamtsachen, Hauptsachen mit Zubehör und zweckbestimmte Sondervermögen als in sich geschlossene objektive Einheiten und als unmittelbare Gegenstände von Rechtsverhältnissen« umfasst und weiter die »unkörperlichen Sachen« anerkennt (S. 27f.).

Diese Forderungen an die neue bürgerlichrechtliche Eigentumsordnung wiederholt *Gierke* nun auch in seinen anderen Arbeiten zu den beiden Entwürfen des BGB; allerdings geschieht das dort nicht immer unter Berufung auf die *soziale* Aufgabe des Privatrechts[7].

6 *Gierke* führt dafür folgende Beispiele an: »eine Servitut, die das belastete Grundstück wenig beschwert, dem herrschenden Grundstück dagegen einen unverhältnißmäßgen Vortheil verschafft, steigert den Volksreichthum. Ähnlich kann es sich mit Reallasten verhalten. In anderer Richtung dienen dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte umfassender Art, dingliche Anwartschaftesrechte oder Vorkaufsrechte, dingliche Anrechte am Werth unter bestimmten Voraussetzungen als Kulturhebel« (Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 25).

7 Vgl. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzsbuchs: S. 44ff. und S. 283ff. (zum Sachbegriff), S. 96ff. und S. 567ff. (zu den Familienfideikommissen, dem Anerbenrecht und geteilten Eigentum, den Reallasten und Grunddienstbarkeiten u. a.), S. 101ff. (zum Eigentumsbegriff und den Beschränkungen des Grundeigentums), S. 189ff. und S. 281f. (zur Trennung des Sachenrechts vom Obligationen- und Sozialrecht); Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deut-

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

II.

Fragt man nun nach den Gründen für diese Eigentumsauffassung *Gierkes*, so wird man sie zunächst, da *Gierke* ja stets eine historische Grundlegung für die dogmatische (und rechtspolitische) Arbeit forderte[8], in seinem Verständnis der historischen Eigentumsentwicklung zu suchen haben. Dabei müsste besonders die deutsche Eigentumsordnung des Mittelalters jenen Forderungen entsprechen, die *Gierke* an die Eigentumsregelungen des BGB stellte. Dies deshalb, weil für *Gierke* einmal soziales Recht mit deutschem Recht identisch ist[9], und zum anderen in seinen umfangreichen rechtshistorischen Darstellungen der Rezeptionsvorgang und das Zeitalter des Naturrechts letztliche keine selbständige Bedeutung besitzen, sondern von ihm nur als Entwicklungsstufen des mittelalterlichen deutschen Rechtsbegriffs verstanden werden[10].

Gierke hat nun im zweiten Band des Deutschen Privatrechts unter mehrfacher Bezugnahme auf seine historische Schilderung im zweiten Bande seines Genossenschaftsrechts die besonderen Merkmale der mittelalterlichen Eigentumsordnung in Deutschland zusammenfassend dargestellt[11]. In dieser Darstellung zeigt sich bei näherer Betrachtung eine überraschende Übereinstimmung mit seinen soeben wiedergegebenen Forderungen für eine soziale Eigentumsordnung. Dass die gleichen Gedanken nicht nur seine Kritik an den *Entwürfen* zum BGB, sondern weiter auch seine spätere Darstellung des Sachenrechts nach Inkrafttreten des BGB beherrschen, lässt sich ebenfalls dem

---

sche Reichstag: S. 26ff. (insbesondere zum Agrarrecht), S. 40f. (zum Grundeigentum und seinen Beschränkungen); daneben die in Anm. 3 genannten Arbeiten.

8 Vgl. Anm. 5.

9 Sehr deutlich: Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag, S. 39; Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 15; Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 254f. Dazu *Janssen*, (Anm. 5) S. 64f., S. 69 Anm. 245.

10 Zur ausführlichen Begründung dieser These muss hier auf *Janssen* (Anm. 5) S. 46ff (besonders S. 50f.), auch S. 192f verwiesen werden. Von diesem Untersuchungsergebnis her scheint es uns auch nachwievor wenig sinnvoll, in *Gierkes* Geschichtsverständnis Ähnlichkeiten mit der *Hegelschen* Dialektik entdecken zu wollen, wie es jüngst *G. Dilcher* (Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein »Juristensozialismus« Otto von Gierkes?, in Quaderni Fiorentini, Bd. 3–4 (1974–75), S. 332f., 350ff.) im Anschluss an *E.-W. Böckenförde* (Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 1961, S. 155f., auch S. 158 Anm. 55) wieder tut. Dass weitere wesentliche Gründe gegen eine Beeinflussung *Gierkes* durch *Hegel* sprechen, haben wir, was *Dilcher* (a.a.O., S. 332 Anm. 56) wohl übersieht, an anderer Stelle ausgeführt (vgl. *Janssen*, Anm. 5, S. 173f., 200, 202f., auch S. 179, 181). Darauf ist hier noch zurückzukommen (vgl. bei Anm. 74ff.).

11 Die Frage, ob *Gierkes* historische Ergebnisse mit dem heutigen Forschungsstand übereinstimmen, stellen wir dabei nicht. Dazu demnächst zusammenfassend die Arbeit von *Susanne Pfeiffer-Munz:* »Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation«, die dem Verfasser als Manuskript zu Einsicht zur Verfügung stand.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986

zweiten Band des Deutschen Privatrechts entnehmen. Dieser Band erschien ja nach Erlass des BGB und hatte die »germanische Durchdringung« des geltenden bürgerlichen Sachenrechts zum Ziel[12]. *Gierke* schildert in diesem Werk die Grundgedanken des gesetzlichen Eigentumsbegriffs in starker Anlehnung an den zuvor gegebenen historischen Überblick. Er konzentriert die geschichtliche wie die dogmatische Darstellung auf acht Merkmale des Eigentumsbegriffs, die sich inhaltlich jeweils entsprechen. Der genauere Vergleich dieser beiden Darstellungen soll das nun im Einzelnen zeigen und damit zugleich das aus *Gierkes* Kritik an den Entwürfen zum BGB gewonnene Bild seiner sozialen Eigentumstheorie abrunden:

Bei der Schilderung des mittelalterlichen Eigentumsbegriffs hebt *Gierke* zunächst die Unterscheidung zwischen Grundeigentum und Fahrniseigentum hervor. Überhaupt habe das Eigentum im Mittelalter »durch die ungleiche Beschaffenheit seiner Gegenstände einen verschiedenen Rechtsinhalt« besessen (S. 356). Heute ist das Eigentum »seinem formalen Begriffe nach« zwar ein abstraktes Recht, doch wird es »in seinem inneren Wesen … durch die ungleiche natürliche und rechtliche Beschaffenheit der Sachgattungen differenziert«. Eine »tiefe Kluft« unterscheidet auch heute Grundeigentum und Fahrniseigentum inhaltlich voneinander (S. 362)[13].

Weiter enthält das Grundeigentum im Mittelalter »von je zugleich räumlich bedingte Herrschaft publizistischer Art und schließt die Keime der späteren Gebietshoheit wie des späteren Privateigentums in sich« (S. 356). Aus diesem Grundgedanken zieht *Gierke* für das geltende Eigentumsrecht die Folgerung, dass auch heute das Grundeigentum, obwohl es nun reines Privatrecht ist, »nicht den Inhalt einer den Sachkörper völlig durchdringenden Macht« haben könne. Denn die private Sachherrschaft gelte »nur innerhalb des vom öffentlichen Recht freigelassenen Bereiches«; die Grundstücke bilden nach *Gierke* zugleich »den vaterländischen Boden, der als Gebiet den Staatskörper und dessen Gliederbau trägt«. Wie die z. T. starken öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen zeigen, sind »dieselben Sachkörper, an denen Eigentum besteht, gleichzeitig unmittelbarer Gegenstand eines mannigfach abgestuften öffentlichen Herrschaftsrechts« (S. 362 f.).

Das deutsche Eigentum des Mittelalters ist ferner »darauf angelegt, sich in der

12 Zur Zielsetzung dieses Werkes: Deutsches Privatrecht, Bd. 2, Vorwort S. VI f.; genauer hierzu: *Janssen* (Anm. 5) S. 75 ff.; auch S. 86 ff.

13 Vgl. auch: Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 2, 5 ff. Diese Erkenntnis *Gierkes* deckt sich durchaus mit heutigen Einsichten der juristischen Dogmatik. So ist für das Lehrbuch des Sachenrechts von *F. Baur* (9. Aufl. 1977) die systematische Erkenntnis leitend, dass funktionelle Unterschiede zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen bestehen (a. a. O., § 2 II.); zum gegenwärtigen Meinungsstand siehe auch: *P. Liver*, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Privatrechtliche Abhandlungen (1972) S. 162 ff.

© 2021, 2016, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Göttingen
ISBN Print: 9783847112983 – ISBN E-Book: 9783847012986