

Rechtskonflikte

*Festschrift für Horst Dreier
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von
FRAUKE BROSIUS-GERSDORF
ARMIN ENGLÄNDER
ANDREAS FUNKE
DAVID KUCH
AXEL TSCHENTSCHER
FABIAN WITTRECK

Mohr Siebeck

Rechtskonflikte

*Festschrift für Horst Dreier
zum 70. Geburtstag*





Rechtskonflikte

*Festschrift für Horst Dreier
zum 70. Geburtstag*

herausgegeben von

Frauke Brosius-Gersdorf, Armin Engländer,
Andreas Funke, David Kuch, Axel Tschentscher
und Fabian Wittreck

Mohr Siebeck

Publiziert mit Unterstützung der Schulze-Fielitz Stiftung Berlin.

ISBN 978-3-16-162685-2 / eISBN 978-3-16-164025-4
DOI 10.1628/978-3-16-164025-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Stückle Druck in Ettenheim auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Horst Dreier hat am 7. September 2024 sein siebzigstes Lebensjahr vollendet. Aus diesem Anlass publizieren Kolleginnen und Kollegen, Weggefährtinnen und Weggefährten sowie Schülerinnen und Schüler des Jubilars in dieser Festschrift Beiträge zu den von ihm besonders gepflegten Themengebieten. Der Band wurde ihm anlässlich eines Festakts am 22. November 2024 in Hannover, wo er aufgewachsen ist und seine juristische Laufbahn begann, übergeben. Wir verbinden mit dieser Übergabe den herzlichsten Dank an unseren akademischen Lehrer, der uns seit so vielen Jahren inspiriert und begleitet.

Die beeindruckende Interessenvielfalt von Horst Dreier spiegelt sich in der inhaltlichen Spannweite der Beiträge. Mit dem dafür gefundenen Titel »Rechtskonflikte« soll das Verbindende, nicht das Trennende betont werden: die Auflösung von Grundrechtskonflikten durch praktische Konkordanz, die Entfaltung der modernen Verfassungsstaatlichkeit aus einer konfliktgeladenen historischen Entwicklung, die Synthese verfassungsrechtlicher Wertungen mit rechtsphilosophischer Reflexion, das Zusammenspiel von gewaltenteiligen Institutionen im Verfassungsstaat und die Offenheit der freiheitlichen Verfassung gegenüber widerstreitenden Religionen.

Schon in dem Band, der das Symposium zum sechzigsten Geburtstag des Jubilars dokumentierte (»Grundlagen des Grundgesetzes«, 2018), konnten wir mit dem Abdruck eines aktuellen Schriftenverzeichnisses das ganze Spektrum der von Horst Dreier behandelten Themen präsentieren. Diese Zusammenstellung ist bis heute noch einmal mächtig gewachsen. Angesichts der ungebrochenen publizistischen Aktivität des Jubilars freuen wir uns auf viele weitere Jahre des wissenschaftlichen und persönlichen Austausches.

Die Herausgeberin und die Herausgeber danken den Verantwortlichen beim Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Frau Daniela Taudt, Frau Silja Verena Meister und Herrn Matthias Spitzner, für ihre engagierte und umsichtige Unterstützung. Mit der Publikation dieser Festschrift im Verlag Mohr Siebeck schreiben wir nicht zuletzt eine jahrzehntelange Tradition des Lehrstuhls Dreier fort. Dank gebührt auch allen Autorinnen und Autoren dieses Bandes. Sie haben sich einem in Zeit und Umfang anspruchsvollen Vorhaben unterzogen und uns die Herausgeberarbeit so angenehm gemacht, wie man es sich bei einem solchen Projekt wünscht. Ein besonderer Dank geht an die Schulze-Fielitz Stiftung Berlin für die großzügige finanzielle Unterstützung der Festschrift. Schließlich danken wir den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Lehrstühle für die Unterstützung bei der Korrektur der Texte und die ergänzenden Recherchen

zur Vervollständigung der Nachweise sowie bei der Organisation des Festaktes für Horst Dreier im November 2024, namentlich: Noah Alibayli, Sabrina Camenzind, Rosalie Filbert, Dennis Fischer, Nicole Friedlein, Martin Krafczyk, Olga Lieder, Julian Marbach, Sarah Maurus, Tanja Oldach, Lena Alisa Orleth, Nicolas Rudert, Clara Schmid, Tina Sperling und Nadine Thomet.

Potsdam/München/Nürnberg-Erlangen/Konstanz/Bern/Münster,
im November 2024,

Frauke Brosius-Gersdorf
Armin Engländer
Andreas Funke
David Kuch
Axel Tschentscher
Fabian Wittreck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

I. Recht: Struktur, Idee und Wirklichkeit

Marietta Auer

Versprechen, Gehören, Bestimmen. Zur Aktualität der Privatrechtstheorie Adolf Reinachs	3
-------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Wolfgang Bock

Neukantianismus und rechtswissenschaftlicher Trialismus im Lichte der Philosophie Kants	19
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Agostino Carrino

Substanz und Funktion in der Rechtsphilosophie: zur Kritik von Georg Lukács am Rechtsformalismus von Hans Kelsen	39
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Franz-Alois Fischer

Hegels Rechtspositivismus	57
---------------------------------	----

Andreas Funke

Die Epistemisierung des rechtlichen Stufenbaus. Zu einer Differenz zwischen Kelsen und Merkl	73
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Rolf Gröschner

Kelsens Grundnorm. Ein »Zauberstab« wie Rousseaus volonté générale (Horst Dreier)	91
--------------------------------------------------------------------------------------------	----

Tatjana Hörnle

Anti-Konsequentialismus in Katastrophenlagen: eine überzeugende Maxime?	103
----------------------------------------------------------------------------------	-----

Clemens Jabloner

Hans Kelsen als advocatus Dei	119
-------------------------------------	-----

Matthias Jestaedt

Der Stufenbau der Rechtsordnung. Von den Tücken einer Metapher	131
----------------------------------------------------------------------	-----

<i>Andreas Kley</i> Stumpfe Zuspitzungen der Werturteilsfreiheit in der »Reinen Rechtslehre«	149
<i>David Koch</i> Ästhetische Aspekte der Reinen Rechtslehre	169
<i>Michael Moxter</i> Die Unverzichtbarkeit des Symbols. Zum Kantianismus Kelsens	189
<i>Ulfrid Neumann</i> Rechtsgeltung als Konstruktion	205
<i>Stanley L. Paulson</i> Hans Kelsen, Immanuel Kant und Hermann Cohen	223
<i>Ulrich K. Preuß</i> Versuch über die Bedeutung von Normen für die soziale Ordnung	243
<i>Rudolf Thienel</i> Reine Rechtslehre und Kritischer Rationalismus. Divergenzen und Konvergenzen	259
<i>Manfred Walther</i> Gestalten und Entwicklungen der Rechtsphilosophie in Deutschland im 20. Jahrhundert	275
<i>Christiane Woopen</i> Ethische Pluralitäten und die Antwort der Lebensethik	289

II. Verfassungsstaatlichkeit: Konzept und Institutionen

<i>Helmut Goerlich</i> Anreize zum Verfassungsbruch und »Nudges« im öffentlichen Sektor. Verfassungsrechtspolitische Beobachtungen mit Hilfe von Hans Kelsen ...	307
<i>Dieter Grimm</i> Rechtliche oder politische Verfassung?	323

Jochen Hofmann-Hoepfel

Zur Prognosequalität von Entscheidungen zur nachrichtendienstlichen
Beobachtung der AfD im Rahmen der freiheitlichen demokratischen
Grundordnung 339

Ingo Kraft

Das Bundesverwaltungsgericht als Eingangsinstanz.
Zweifel an der Wahrung des gesetzlichen Richters 357

Markus Ludwigs

Demokratische Hierarchie und unabhängige Verwaltung 373

Heinz Mayer

Klubs im Nationalrat. Eine Studie zum Österreichischen Recht 391

Horst Meier

Wie weiter mit dem Parteiverbot? Bilanz der Verbotspolitik
und liberale Perspektive 401

Franz Merli

Die hierarchische Verwaltung in Österreich 421

Ulrike Müßig

Verfassungsgeschichtliche Asymmetrien 1871–1875–1919 und
1946–1949–1958 429

Eberhard Schmidt-Aßmann

Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat 443

Friedrich Schoch

Demokratische Legitimation der Verwaltung unter dem Einfluss
des EU-Rechts 459

Axel Tschentscher

Historisch gewachsene Eigenheiten des schweizerischen Staatsrechts 473

Fabian Wittreck

Richterwahl und Richteranklage. Triumph und Tragik zweier
Instrumente der wehrhaften Demokratie 489

III. Demokratie: Theorie und Praxis

Uwe Berlit

Demokratische Teilhabe von Ausländer:innen in der
 Migrationsgesellschaft. Für eine Entkoppelung
 von Staatsangehörigkeits- und Wahlrecht511

Armin Engländer

Kelsen und Popper. Zwei Wiener Streiter für die Demokratie
 in schwieriger Zeit529

Peter M. Huber

Das Recht auf demokratische Selbstbestimmung545

Stefan Huster

Die Pandemie im demokratischen Rechtsstaat. Anmerkungen zu
 einigen Grund- und Verfassungsfragen der Pandemiepolitik557

Michael Kilian

Der demokratische Staat und seine Arkana573

Reinhard Mehring

Kelsen, Schmitt und Voegelin. Repräsentation jenseits der Demokratie593

Laura Münkler

Kelsens Zwiespalt. Demokratie zwischen Liberalismus und Sozialismus ...615

Stefanie Schmahl

Die »verbundene Mehrheitsregel« im Bundeswahlrecht.
 Eine verfassungskonforme Spielart des Majoritätsprinzips?633

Reiner Schmidt

Mehr als Gesetzesgehorsam wird nicht verlangt649

Christoph Schönberger

Das Zwei-Stimmen-Wahlrecht bei der Bundestagswahl. Zu Entstehungs-
 geschichte und Problematik einer verfehlten Wahltechnik661

Gunnar Folke Schuppert

Demokratie als Kommunikation. Ein kulturwissenschaftlicher Essay679

Alexander Thiele

Gelingsbedingungen eines demokratischen Wahlrechts. Zum
Zusammenspiel von Verfassungsmäßigkeit und Legitimität 697

Uwe Volkmann

Demokratiethorie ohne Demokratie? Vom Wert der politischen
Philosophie Hans Kelsens für unsere Zeit 713

IV. Menschenwürde und Grundrechte

Hartmut Bauer

Grundrechtsdimensionen und Rechtsverhältnisse 733

Frauke Brosius-Gersdorf

Menschenwürdegarantie und Lebensrecht für das Ungeborene.
Reformbedarf beim Schwangerschaftsabbruch 753

Christoph Enders

Die dritte Abtreibungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.
Zur Neuvermessung des Konfliktfelds Würde gegen Selbstbestimmung ... 769

Christoph Gusy

Weimars Grundrechtsverfassung 789

Eric Hilgendorf

Zur Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes.
Rechtstheoretische Reflexionen 805

Friedhelm Hufen

Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde 823

Federico Pedrini

Wissenschaftsvorbehalt und medizinisch unterstützte
Fortpflanzung. Kurze Überlegungen im Lichte der italienischen
Verfassungsrechtsprechung 837

Ludwig Siep

Kann die Menschheit sich selbst beschränken? Philosophische
Überlegungen am Beispiel der Menschenrechte 853

Christian Walter

Grundsatz oder Grundrecht? Die Menschenwürde in den Beratungen
über die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und im
Parlamentarischen Rat im Vergleich 869

Joachim Wieland

Menschenwürde und Schwangerschaftsabbruch. Das Verhältnis
zwischen Art. 1 Abs. 1 GG und 2 Abs. 2 Satz 1 GG 885

Ferdinand Wollenschläger

Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung für das Grundgesetz.
Ausgangsbeschränkungen, Freiheit der Person und die Dogmatik der
grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalte 901

V. Religion

Friedrich Wilhelm Graf

»Verfassungspredigt«. Eine Skizze zum »Verfassungstag« von Weimar 921

Julian Krüper

Kindesmissbrauch und Körperschaftsstatus. Organisationsrechtliche
Konsequenzen systemischer sexualisierter Gewalt am Beispiel
der katholischen Kirche 935

Matthias Mahlmann

Religion im Verfassungsrecht 955

Martin Morlok

Religionsrecht aus Vertrag. Besonderheiten, Merkwürdigkeiten
und Probleme 973

Rudolf Steinberg

Abschied vom Staatskirchenrecht 991

Christian Waldhoff

Der Text als Norm. Dogmatik in Rechtswissenschaft und Theologie 1007

Schriftenverzeichnis Horst Dreier 1027

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 1055

I. Recht: Struktur, Idee und Wirklichkeit

Versprechen, Gehören, Bestimmen

Zur Aktualität der Privatrechtstheorie Adolf Reinachs

Marietta Auer

Es sind einige wenige berühmte Namen des frühen zwanzigsten Jahrhunderts, zu denen das rechtstheoretische Schaffen des verehrten Jubilars immer wieder zurückkehrt. Unter diesen ragt keiner so sehr heraus wie Hans Kelsen, der Schöpfer der Reinen Rechtslehre. Seit der in zwei Auflagen erschienenen, breit rezipierten und vielfach rezensierten Dissertation, die maßgeblich zur Durchsetzung des Denkens ihres Protagonisten in der deutschen Rechtstheorie der Gegenwart beigetragen hat, hat sich Horst Dreier immer wieder mit Leben und Werk dieses »Jahrhundertjuristen« befasst.¹ Geboren 1881 und trotz Vertreibung, Flucht und Exil mit einem langen, produktiven Gelehrtenleben bis 1973 gesegnet, gelang es Kelsen, den Positivismus der Reinen Rechtslehre als eine der führenden rechtstheoretischen Lehren des zwanzigsten Jahrhunderts zu etablieren.

Anders als Kelsen konnte Adolf Reinach nie ein Jahrhundertjurist werden. Wer weiß, wie die Landkarte der deutschsprachigen Rechtsphilosophie heute aussähe, wenn Reinach, der derselben Generation angehörte wie Kelsen, das Jahr 1917 überlebt hätte? Reinachs Leben war tragisch – von tragischer Kürze und abgebrochener Entfaltung. Seine Geschichte ist auch eine Geschichte davon, wie der Weg der deutschen Philosophie im Dialog mit dem Recht hätte aussehen können, wenn es die Schlachtfelder des ersten Weltkriegs nicht gegeben hätte. Auf ganz andere Weise als Kelsen steht er damit paradigmatisch für das Denken seiner Zeit und sollte ebenso aufmerksam gelesen werden wie jener.

¹ *Horst Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1986; 2. Auflage Baden-Baden 1990. Zwölf Aufsätze zu Kelsen und Kelseniana sind versammelt in *ders.*, Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren, hrsgg. von Matthias Jestaedt und Stanley L. Paulson, Tübingen 2019. Aus jüngster Zeit seien noch erwähnt *ders.*, ad Kelsen. Rechtspositivist und Demokrat, Hamburg 2021 sowie *ders.*, Hans Kelsen. Zur Einführung, Hamburg 2023.

I. Adolf Reinach: Sprachphilosoph des Privatrechts

Als Sohn eines jüdischen Fabrikanten 1883 in Mainz geboren, erlebte Adolf Reinach ebenso wie der zwei Jahre ältere Kelsen seine akademische Ausbildung in den wissenschaftlichen Blütejahren der Jahrhundertwende, als das unübersehbare Auseinanderdriften der Geistes- und Naturwissenschaften die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit von Erkenntnis mit voller Wucht aufwarf. Reinachs frühe akademische Prägung begann in München, wo er sich 1901 als Student der Rechte einschrieb, jedoch hauptsächlich bei Theodor Lipps Philosophie und Psychologie studierte.² Lipps und seine Schüler – Neurophilosophen *avant la lettre* – beanspruchten, erkenntnistheoretische Grundfragen durch psychologische Prozesse des menschlichen Bewusstseins erklären zu können. Lange hielt es Reinach nicht in diesem Kreis. Nach der 1904 bei Lipps abgeschlossenen Promotion zog es ihn zusammen mit einer Gruppe junger Phänomenologen rund um Moritz Geiger, Otto Selz, Aloys Fischer, Alexander Pfänder und Johannes Daubert in einer später als »Münchner Invasion in Göttingen« bekannt gewordenen Gruppenbewegung nach Göttingen, um bei Edmund Husserl, Lipps' antipsychologistischem Gegenspieler, Phänomenologie zu studieren.³ Zwischendurch schloss Reinach noch sein rechtswissenschaftliches Studium bei dem Strafrechtstheoretiker Ernst Beling in Tübingen ab. Schließlich wandte er sich hauptberuflich zur Philosophie und habilitierte sich 1909 bei Husserl in Göttingen. 1913 gehörte er neben Moritz Geiger, Alexander Pfänder und Max Scheler zu den Mitbegründern von Husserls *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*. Im ersten Band dieser Zeitschrift erschien im selben Jahr seine Abhandlung *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*.⁴ Neben dieser Abhandlung hat Reinach nur wenige weitere phänomenologische und begriffstheoretische Schriften hinterlassen. Und dann der November 1917,

² Siehe die Selbstzeugnisse in den Lebensläufen zur Dissertation und Habilitation sowie den Editionsbericht zu den »apriorischen Grundlagen«, in: Adolf Reinach. Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden, hrsgg. von Karl Schuhmann und Barry Smith, München/Wien 1989, Band 1, S. 636; Band 2, S. 665 ff., 713; vgl. auch *Karl Schuhmann/Barry Smith*, Adolf Reinach: An Intellectual Biography, in: Kevin Mulligan (Hrsg.), *Speech Act and Sachverhalt. Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*, Dordrecht 1987, S. 3–27; *James DuBois/Barry Smith*, Adolf Reinach, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), hrsgg. von Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/reinach/>. Eine wissenschaftliche Biographie Reinachs fehlt.

³ Zum Göttinger Phänomenologenkreis etwa *Alessandro Salice*, *The Phenomenology of the Munich and Göttingen Circles*, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), hrsgg. von Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/phenomenology-mg/>.

⁴ *Adolf Reinach*, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in: *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* 1, 2. Teilband (1913), S. 685–847, hier zitiert nach: Adolf Reinach. Sämtliche Werke, Band 1, S. 141–278 [nachfolgend: *Reinach*, AGbR].

ein Schützengraben in Flandern. Die vielversprechenden Schriften, die von Reinach noch zu erwarten gewesen wären, blieben ungeschrieben.

Es ist müßig, darüber zu spekulieren, was Reinach hätte erreichen können, hätte er lange genug gelebt, um aus seinen ersten jugendlichen Versuchen zu einer phänomenologischen Rechtstheorie ein reifes wissenschaftliches Werk zu formen. Heutige Exegeten müssen mit dem Wenigen arbeiten, das er hinterlassen hat. So wenig ist es indessen gar nicht: Das schmale Werk *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* bietet genug Denkanstöße für vielfältige rechtstheoretische Befassung. Der theoretische Weg, den Reinach darin beschreitet, unterscheidet sich von praktisch allen anderen Wegen, die in der Rechtsphilosophie des frühen zwanzigsten Jahrhunderts begangen wurden. Unter diesen gab es – verallgemeinernd gesprochen – drei konkurrierende Strömungen: Erstens den positivistischen Analytizismus der Allgemeinen Rechtslehre, der es insbesondere in der neukantianischen Ausprägung der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens zu weltweiter Verbreitung schaffte. Zweitens verschiedene Spielarten des Rechtsrealismus, des Freirechts, der Interessenjurisprudenz und der soziologischen Jurisprudenz, die ebenfalls länderübergreifend diskutiert wurden. Drittens schließlich eine starke idealistische Gegenströmung, die sich in verschiedenen Ansätzen eines christlichen oder säkularen Naturrechts, richtigen Rechts oder idealistisch gewendeten Neukantianismus oder Neuhegelianismus ausdrückte, so schon bei Friedrich Julius Stahl und später etwa bei Rudolf Stammler, Julius Binder und Karl Larenz.⁵

Reinachs apriorische Phänomenologie lässt sich keinem dieser Lager zuordnen. Reinach postuliert zwar ein rechtliches Apriori, schließt sich dabei aber weder dem neukantianischen Verständnis von Apriorität noch dem idealistischen Naturrecht an – und schon gar nicht den empiristischen Strömungen des Rechtsrealismus. Reinach hat vielmehr eine phänomenologisch begründete, apriorische Rechtsontologie und -epistemologie im Sinne, die keinerlei naturrechtliches oder moralisches Bekenntnis voraussetzt. Zugleich macht die Ablehnung eines moralischen Apriori Reinach jedoch auch nicht umgekehrt zum Rechtspositivisten. Was ihm vielmehr vorschwebt, ist die Erkenntnis allgemeiner Strukturen des Rechtsdenkens und Rechtshandelns, die der Gestalt des positiven Rechts als notwendige strukturelle Vorbedingungen vorgelagert sind. Apriorität ist für Reinach sowohl eine erkenntnistheoretische als auch eine ontologische Kategorie. Sie setzt nicht voraus, dass das menschliche Erkenntnisvermögen jeder Erfah-

⁵ Zur Ideengeschichte rechtstheoretischer Epistemologien der Jahrhundertwende *Marietta Auer*, Politische Theologie als Rechtswissenschaftstheorie. Kommentar zu Jean-François Kervégan, in: RPhZ 7 (2021), S. 131–140. Zum Standort von Reinachs Rechtsphilosophie etwa *Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, Tübingen 2004, S. 37 f.; *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage Berlin u. a. 1991, S. 111 ff.; *Neil Duxbury*, The Legal Philosophy of Adolf Reinach, Teil 1, in: ARSP 77 (1991), S. 314–347; Teil 2, in: ARSP 77 (1991), S. 466–492.

rung vorausgeht, sondern nur, aber immerhin, dass das Erkenntnisvermögen und die erkannte Objektstruktur gleichermaßen das Bewusstseinsphänomen der Erfahrung prägen, dass es also das konkrete Phänomen menschlicher Erkenntnis ohne die Annahme eines ontologischen und zugleich epistemologischen Apriori so nicht gäbe. In der phänomenologischen Erkenntnis treffen die nicht weiter reduzierbaren Grundstrukturen des erkannten Objekts und des erkennenden Subjekts aufeinander.⁶

Wesentlich ist es für Reinach, sich mit Husserl gegen den zeitgenössischen Psychologismus zu positionieren, wie er etwa von Reinachs Münchner Lehrer Theodor Lipps vertreten wurde. Für Reinach und Husserl gehorcht die Welt universalen Gesetzen, die von der menschlichen Psyche unabhängig sind.⁷ Man kann die Frage so formulieren: Kommt das Bewusstsein vor der Logik oder die Logik vor dem Bewusstsein? Folgt die Logik der Psychologie, gilt also $2+2=4$, weil die menschliche Psyche so beschaffen ist, dass sie das so sieht, oder ist es nicht vielmehr umgekehrt so, dass $2+2=4$ aufgrund universeller logischer Gesetze in jeder denkbaren Welt gilt, unabhängig von den psychischen Strukturen des menschlichen Bewusstseins? Reinach vertritt mit Husserl dezidiert den letzteren Standpunkt, also den Vorrang der Logik und die Apriorität ihrer Gesetze vor der menschlichen Psyche.

Worin liegen nun die apriorischen Grundlagen des Rechts? Ganz im Sinne der Prämisse, dass es universelle Gesetze der Logik des menschlichen Miteinanders geben müsse, die der individuellen Psyche vorausgehen, versucht Reinach, eine Verständigung über allgemeine Strukturen des Rechtsdenkens herbeizuführen, hinter die man nicht zurückgehen kann, wenn überhaupt so etwas wie Recht und eine Verständigung darüber möglich sein soll. Das Elegante an Reinach ist dabei, dass man den phänomenologischen Überbau seiner Theorie letztlich gar nicht braucht, um sein Werk mit Gewinn zu lesen. Reinach besitzt das große philosophische Talent, seine Theorie so schlank zu formulieren, dass man sich gerade nicht auf die philosophischen Grundlagen der Phänomenologie einlassen muss, um von seinen analytischen Einsichten zu profitieren.

Fundamental für Reinachs Rechtsontologie ist der Begriff des sozialen Akts.⁸ Der soziale Akt bildet gewissermaßen die Rohform und kleinste Einheit des Rechtsakts. Reinach definiert den sozialen Akt durch zwei Eigenschaften: Spontaneität und Fremdpersonalität.⁹ Spontaneität bezeichnet den Ausdruck des den

⁶ Zum Ganzen *Adolf Reinach*, *Über Phänomenologie* (1914), in: Adolf Reinach. Sämtliche Werke, Band 1, S. 531–550; vgl. auch *Helmut Holzhey/Wolfgang Röd*, *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts 2: Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie*, München 2004, S. 133 ff.

⁷ Grundlegend *Edmund Husserl*, *Logische Untersuchungen*, Erster Band, Husserliana XVIII, hrsgg. von Elmar Holenstein, Den Haag 1975, §§ 17 ff., S. 63 ff.

⁸ *Reinach*, AGbR, § 3, S. 158 ff.

⁹ *Reinach*, AGbR, § 3, S. 158 f.

Akt vollziehenden Subjekts in der Außenwelt. Reinach legt großen Wert darauf, Spontaneität von Intentionalität und damit von jeglicher Art von psychischer Disposition des handelnden Subjekts zu unterscheiden. Vielmehr geht es Reinach nur darum, wie die Äußerung des Subjekts in der Außenwelt verstanden werden konnte, also – und das ist mit Blick auf §§ 133, 157 BGB bereits ein sehr juristischer Gedanke – um den Empfängerhorizont und die essentielle Sozialität allen Rechtshandelns, die im Rechtsakt als sozialem Akt steckt. Mit der spontanen Äußerung ist der Rechtsakt aber noch nicht vollständig. Er bedarf vielmehr der Vernehmung durch den Adressaten. Reinach spricht hier von der Fremdpersonalität des sozialen Akts und meint damit eine spezifisch *sprachliche* Sozialität: Der soziale Akt muss von einem anderen Subjekt als dem Äußernden *vernommen* werden, um seine soziale Wirkung zu entfalten.

Das Apriori des Rechts hat also notwendig etwas mit *Sprache* als dem Apriori sozialen Handelns zu tun. Damit wird nochmals deutlich, worauf Reinachs apriorische Rechtslehre zielt: Sie postuliert weder transzendente Erkenntnis- oder Wahrheitsbedingungen, noch die Annahme eines Vorrangs der Erkenntnis vor der Erfahrung. Sie erfordert vielmehr das Erfassen der elementaren, irreduziblen Elemente des menschlichen Bewusstseins im Bereich rechtlicher Handlungen, die sich als Bedingung der Möglichkeit rechtlicher Sozialität nicht weiter hinterfragen lassen. Solche Grundbegriffe muss man nach Reinach ohne weitere Begründung akzeptieren, sobald – daran erkennt man sie – das Verlangen nach weiterer Begründung in Zirkelschlüsse mündet und philosophische Scheinprobleme generiert. Dann ist nach Reinach der harte phänomenologische Untergrund der Erkenntnis erreicht: »Es ist die *Angst vor der Gegebenheit*, eine seltsame Scheu oder Unfähigkeit, Letztanschauliches ins Auge zu fassen und als solches anzuerkennen, welche eine unphänomenologisch gerichtete Philosophie [...] zu haltlosen und schließlich abenteuerlichen Konstruktionen getrieben hat.«¹⁰ Und weiter: »Es ist ein Zeichen philosophischer Unbildung, Definitionen da zu verlangen, wo sie nicht möglich sind oder nichts zu leisten vermögen.«¹¹ Reinachs Argumentation hat viel mit Wittgensteins Bild eines Spatens gemein, der sich zurückbiegt, wenn beim Graben der harte Fels erreicht ist: »Habe ich die Begründungen erschöpft, so bin ich nun auf den harten Felsen angelangt, und mein Spaten biegt sich zurück. Ich bin dann geneigt zu sagen: ›So handle ich eben.«¹² Oder, nochmal mit Wittgenstein: »Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen.«¹³

¹⁰ Reinach, AGbR, § 4, S. 188; Sperrungen im Original hier und im Folgenden stets kursiv wiedergegeben.

¹¹ Reinach, AGbR, § 6, S. 204.

¹² Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, §217, in: Ludwig Wittgenstein, Schriften, Frankfurt am Main 1960, S. 279–544 (386).

¹³ Ludwig Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, 7, in: Ludwig Wittgenstein, Schriften, Frankfurt am Main 1960, S. 7–83 (83).

Damit ist endgültig die Brücke zur Sprachphilosophie geschlagen. Die Grundbegriffe, in denen Reinach das rechtliche Apriori erkennt, sind durchweg sogenannte performative Verben wie »versprechen«, »bestimmen«, »befehlen« oder »akzeptieren«. Reinach gilt daher zu Recht als Vorläufer der Sprechakttheorie im Sinne von John L. Austin und John Searle, in deren Zentrum ebenfalls die Performanz sprachlicher Äußerungen steht.¹⁴ Reinachs Begriff des sozialen Akts entspricht Austins Definition der performativen Äußerung, wonach »etwas zu sagen« zugleich bedeutet, »etwas zu tun«; »to say something is to do something; or [...] by saying or in saying something we are doing something.«¹⁵ Dasselbe gilt für die weitere Ausdifferenzierung dieser Ursprungsdefinition durch die Unterscheidung zwischen lokutionären, illokutionären und perlokutionären Akten. Innerhalb dieser Trias entspricht der soziale Akt Reinachs dem illokutionären Akt, also der Ausführung eines Aktes, indem man etwas sagt, im Gegensatz zur Ausführung des bloßen Aktes, etwas zu sagen: »The performance of an ›illocutionary‹ act, i. e. performance of an act *in* saying something as opposed to performance of an act *of* saying something.«¹⁶

Worin liegen nun die apriorischen sozialen Rechtsakte im Sinne Reinachs? Als Ausgangspunkt dienen Reinach wie erwähnt performative Verben wie »versprechen« oder »befehlen«. »Versprechen« bildet in Reinachs Theorie die Grundlage des Vertrags und des gesamten Obligationenrechts. Hinzu kommt »gehören« als Grundbegriff der Eigentumstheorie und des Sachenrechts. Schließlich wird die Trias durch »bestimmen« vollendet, bei dem es um die Rolle des positiven Rechts geht. Bei »versprechen« und »bestimmen« handelt es sich unzweifelhaft um performative Verben im Sinne Austins, bei denen man etwas *tut*, indem man etwas *sagt*.¹⁷ Was gilt nun aber für »gehören«? Hier passen die Kategorien des performativen Verbs und des sozialen Akts nur bedingt. »Gehören« kann etwas auch Robinson auf der einsamen Insel. In einem weiteren, etymologischen Sinne handelt es sich jedoch auch beim »Gehören« um einen sozialen Tatbestand, der das Eigentum aus der Perspektive des Objekts beschreibt und mithin verwandt ist mit Formen performativer sozialer Akte, die absolute soziale Unterordnung bezeichnen, etwa »Hörigkeit«. Ebenso wie der »Hörige« dem Lehnsherrn hörig, also gewissermaßen verpflichtet ist, diesem ununterbrochen zuzuhören, falls

¹⁴ John L. Austin, *How to Do Things with Words*, hrsgg. von James O. Urmson und Marina Sbisa, 2. Auflage Cambridge 1975; John R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969. Zu Reinach als Vorläufer der Sprechakttheorie vgl. etwa Armin Burkhard, *Soziale Akte, Sprechakte und Textillokutionen. A. Reinachs Rechtsphilosophie und die moderne Linguistik*, Tübingen 1986; John F. Crosby, *Speech Act Theory and Phenomenology*, in: Adolf Reinach, *The Apriori Foundations of the Civil Law*, hrsgg. von John F. Crosby, Frankfurt am Main u. a. 2012, S. 167–191.

¹⁵ Austin, *Words*, S. 12.

¹⁶ Austin, *Words*, S. 99f.

¹⁷ Zur Theorie performativer Verben bei Austin, *Words*, S. 148ff.

dieser ruft und befiehlt, ge-hört die Sache dem Eigentümer. Man denke an den Sklaven im römischen Recht.

Damit schließt sich die Reihe der drei Reinachschen Grundbegriffe »Versprechen«, »Gehören« und »Bestimmen« in einer sehr charakteristischen Weise: Jedes Glied dieser Trias hat seiner Etymologie nach unmittelbar etwas mit Stimme, Sprache, sprechen oder hören zu tun. *Ver-Sprechen* besagt wörtlich, dass das Versprechen etwas ist, was der Sprecher gegenüber dem Adressaten mit Worten bewirkt. »Versprechen« ist damit geradezu der Prototyp eines performativen Verbs, das sich auf die Tätigkeit des Sprechens zu einer anderen Person bezieht, so dass durch die bloße Äußerung von Worten etwas entsteht, nämlich eine Rechtsfolge. Wo es ein Sprechen gibt, gibt es aber auch ein Hören: *Ge-Hören*. Und schließlich das *Be-Stimmen*, wunderbar doppeldeutig: Einerseits mit der eigenen Stimme eine Sache bezeichnen, ihr einen Namen geben, andererseits die Sache selbst stimmhaft machen, so dass sie künftig eine be-stimmte Bedeutung besitzt – das ist für Reinach die Rolle des positiven Rechts. Es ist unwahrscheinlich, dass sich Reinach dieses auffälligen etymologischen Musters nicht bewusst war, das – obwohl er es an keiner Stelle eigens betont – seine gesamte Theorie durchzieht.

Um diese drei performativen Verben – versprechen, gehören, bestimmen –, die für Reinach die Grundlage des Privatrechts bilden, wird es in den folgenden drei Abschnitten gehen.

II. Versprechen: Obligation und relatives Recht

Das Versprechen, genauer gesagt der durch das performative Verb »versprechen« bezeichnete soziale Akt, steht im Zentrum von Reinachs Theorie des Schuldrechts und speziell des Vertragsrechts.¹⁸ Nun konstruiert das deutsche Privatrecht das Zustandekommen von Verträgen gemäß §§ 145 ff. BGB bekanntlich mittels zweier übereinstimmender Willenserklärungen. Wie gelangt man nun aber vom einseitig bindenden Antrag oder Versprechen zum gültigen Vertrag? Oder noch grundsätzlicher gefragt: Warum ist ein Antrag, Versprechen oder sogar ein Vertrag überhaupt bindend?

Reinach stellt zunächst die Frage, wie eine bindende Obligation überhaupt entsteht – durch Vertragsschluss mittels übereinstimmender Willenserklärungen oder bereits durch das bindende Versprechen als solches.¹⁹ Reinach bezieht in konstruktiver Hinsicht einen klaren Standpunkt: Das Versprechen und nicht die

¹⁸ Reinach, AGbR, § 2, S. 147 ff.; § 4, S. 169 ff.

¹⁹ Letzteres ähnelt der Vertragstheorie des Common Law, wo das Versprechen bei Vorliegen von *consideration* den Vertrag begründet; dazu *Arthur L. Corbin*, *The Effect of Options on Consideration*, in: *Yale Law Journal* 34 (1925), S. 571–590; *Lon L. Fuller*, *Consideration and Form*, in: *Columbia Law Review* 41 (1941), S. 799–824.

Willenserklärung bildet die elementare Kategorie des Obligationenrechts. Denn einen Willen zu erklären ist kein performativer Akt. Die Erklärung, etwas zu wollen, ist eine reine Tatsachenerklärung. Dass der erklärte Wille auch geschehe, erfordert dagegen etwas anderes, nämlich eine mit der Erklärung angestrebte Performanz, die über die reine Willenserklärung hinausgeht. Genau diese Performanz liegt für Reinach im sozialen Akt des Versprechens. Die für den Vertragsschluss im BGB konstruktiv zentrale Willenserklärung bildet für Reinach also letztlich eine falsche positivrechtliche Einkleidung für die Entstehung der Obligation und die Bindungswirkung des wirksam geschlossenen Vertrags.²⁰

Welche Konsequenzen hat diese Einsicht? Stellen wir die naheliegende Frage nach dem Verhältnis zwischen der von Reinach als a priori beschriebenen Struktur des bindenden Versprechens und dem positiven Recht, das den Vertragsschluss abweichend regelt, zunächst zurück. Nur soviel vorab: Reinach hat keinerlei Problem damit, dass das positive Recht vielfach von den sozialen Akten, aus denen a priori Rechtsfolgen erwachsen, abweicht. Reinach nutzt seine Analyse aber, um einige Grundsatzfragen zu beleuchten, die sich auch für die positive Rechtsgestalt des Vertrags stellen. Drei seien hervorgehoben:

Erstens: Muss das Versprechen angenommen werden, um verbindlich zu werden?²¹ Reinach verneint diese Frage klar. Dies folgt unmittelbar aus der performativen Natur des Versprechens. Durch das Versprechen als solches drückt der Versprechende bereits aus, dass das, was er verspricht, gelten soll. Zwar gibt es bedingte Versprechen. Aber darum geht es hier nicht. Der wesentliche Punkt ist: Der Normalfall des unbedingten Versprechens hat den und nur den performativen Aussagesinn, dass das Versprochene gilt. Sonst wäre der Begriff des Versprechens sinnlos. Daher bedarf das Versprechen zur Herbeiführung seiner a priori bindenden Wirkung entgegen der positivrechtlichen Konstruktion des Vertrags im BGB keiner Annahme. Die Obligation, die aus dem Versprechen folgt, entsteht nach Reinach durch den einseitigen Akt des Versprechens, ohne dass der Empfänger etwas dazutun müsste.²²

Zweitens folgen aus diesem Verständnis von Versprechen und Obligation Konsequenzen für deren Erfüllung, Verletzung und Beendigung. Nach Reinach gibt es a priori zwei Möglichkeiten, einen schuldrechtlichen Anspruch zum Erlöschen zu bringen: Erfüllung und Verzicht.²³ Dabei unterscheidet Reinach zwischen dem Forderungsverzicht des Versprechensempfängers und dem Widerruf des Versprechens durch den Versprechenden selbst. Während die Möglichkeit des Verzichts im Wesen der Forderung begründet ist und dem Inhaber der Forderung unmittelbar zusteht, setzt der Widerruf durch den Versprechenden

²⁰ Reinach, AGbR, § 4, S. 184 f.; § 6, S. 208 f.

²¹ Reinach, AGbR, § 4, S. 169 ff.

²² Reinach, AGbR, § 4, S. 172.

²³ Reinach, AGbR, § 4, S. 172 ff.