

Marcel Senn / Dániel Puskás (Hg.)

# Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?

Kongress der Schweizerischen Vereinigung  
für Rechts- und Sozialphilosophie,  
15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich

1511456/08



ZI ARSP



Franz Steiner Verlag Stuttgart 2007



Nomos

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.

ISBN 978-3-515-09149-7

Zugleich: 978-3-8329-3298-5

Jede Verwertung des Werkes außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Übersetzung, Nachdruck, Mikroverfilmung oder vergleichbare Verfahren sowie für die Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen.

© 2007 Franz Steiner Verlag, Stuttgart

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

## NEUKANTIANISMUS UND RECHTSNATURALISMUS\*

### 1. EIN THEMA MIT DREI UNBEKANNTEN

Die mir gestellte Aufgabe, das neukantianische Verständnis der Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft vom Rechtsnaturalismus abzugrenzen, lässt bekannte Deutungsmuster der Philosophiegeschichtsschreibung gleichermaßen wie aktuelle Debatten um den „cultural turn“ mitschwingen. „Naturalismus“ ist negativ konnotiert, im Gegensatz zu „Kultur“, nicht „Kulturalismus“. Die Sympathien sind also verteilt. „Kultur“ fungiert als Rettungsbegriff. Rechtswissenschaft war gegen den naturwissenschaftlichen und „positivistischen“ Ansturm zu verteidigen. Diltheys Gegenüberstellung von Natur- und Geisteswissenschaften, die sich davon absetzende Antithetik von Natur- und Kulturwissenschaften bei Rickert und Windelband, dessen Scheidung von nomothetischen und idiographischen Wissenschaften, Stammlers Trennung zwischen Natur- und Sozialwissenschaften werden seit langem als Teil einer solchen Rettungsbewegung eingestuft.

Der Reiz, diese schön antithetisch gefassten Bilder für die aktuellen Abwehrdebatten der Rechtswissenschaft gegen Hirnforschung, Gentechnik etc. nutzbar zu machen, ist für den Historiker gefährlich. Blickt man etwas genauer auf die damalige Diskussionslage, so zeigt sich schnell, dass die Schlagworte „Kultur“, „Naturwissenschaft“ und „Kant“ um 1900 kaum einheitlich und präzise verstanden werden. Vorangestellte begriffliche Zuschneidungen, die aktuelle Deutungen transportieren, geraten vor diesem Hintergrund zum Zugangshindernis:

- (1) Allgemein spricht Rüdiger vom Bruch von einer „überschwappenden“ Kultur-Diskussion in diesen Jahren<sup>1</sup>. Auch Recht wurde um 1900 von einer Vielzahl von Autoren der verschiedensten Denkrichtungen als Kulturphänomen eingestuft<sup>2</sup>. Die Forderung des Neukantianismus nach einer eigenständigen Kulturwissenschaft in Abgrenzung zur Naturwissenschaft war nur Teil einer breiten Strömung, die man mit betrachten muss, will man verstehen, worum es Neukantianern ging.
- (2) Ähnlich schwierig ist es mit der Naturalismusfrage um 1900. „Kein Wort unserer Zeit wiegt so schwer wie dieses Wort: Natur. Alles drängt darauf, lechzt danach“, meinte 1903 der Darwinist Wilhelm Bölsche<sup>3</sup>. Naturwissenschaft war seit etwa 1860 überall, Herausforderung für jede andere Wissenschaft. Zugleich war aber auch hier das, was naturwissenschaftliches Denken ausmachte, ziemlich diffus.

\* Erweiterte Fassung meines Vortrages. Die Nachweise sind bewusst knapp gehalten und bieten überwiegend nur Einstiegsliteratur.

1 Rüdiger vom Bruch/Friedrich Wilhelm Graf/Gangolf Hübinger, Einleitung, in: *Kultur und Kulturwissenschaften um 1900. Krise der Moderne und Glaube an die Wissenschaft*, hg. v. dens., Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1989, 11.

2 Überblick bei Gerhard Sprenger, „Recht als Kulturercheinung“, *ARSP Beiheft* 43 (1991), 134 ff.

3 Wilhelm Bölsche, *Aus der Schneeegrube. Gedanken zur Vertiefung des Darwinismus*, Dresden: Reißner Verlag, 1909 (ursprünglich 1903), 32 f.

Man muss also erst einmal ermitteln, was Zeitgenossen als naturwissenschaftlich empfanden.

- (3) Zugangerschwernis ist drittens auch der Begriff des Neukantianismus. Dabei geht es weniger um die unvermeidlich nicht trennscharfen Gruppenbildungen (Marburg, Südwestdeutsch etc.)<sup>4</sup> als vielmehr um die darin schnell liegende Überspielung der Tatsache, dass philosophisch seit etwa 1860 fast alle mit Kant argumentierten. Man konnte mit Kant für und gegen so genannt naturwissenschaftliches Denken argumentieren. Kantverwendungen<sup>5</sup> sind also eine Gemeinsamkeit der Diskutanten, kein Abgrenzungsmerkmal.

Das von mir zwischen 1870 und 1938 in Schlaglichtern untersuchte Begriffsfeld lautet daher: Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft und die Bedeutung von Kantverwendungen dabei. Abkürzende Großdeutungen werde ich dabei vermeiden. Ich möchte also nicht, wie es oft getan wird, subtile Unterschiede im neukantianischen Lager auf der groben Folie der „Herrschaft des Rechtspositivismus“ spiegeln oder von naturalistischen, der Wirklichkeit unterstellten Idealtypen wie „Mechanismus, Vitalismus und Biologismus“ (Franz Wieacker) abgrenzen, sondern einige konkrete Gespräche in Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie rekonstruieren, Gespräche um Kant, Recht und Naturwissenschaft.

## 2. KANT, DIE NATURWISSENSCHAFTEN UND DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE METHODE

„Ich muß nach der Methode des Physikers, wenn er sich die einzelnen Naturerscheinungen erklären will, zuerst diese oder jene allgemeine Rechtsregel als Hypothese versuchen, sie mit den daraus zu erklärenden Folgen zusammenhalten, ihr Verhältnis zu diesen erwägen und je nachdem sie nun mit diesen disharmonieren oder in nothwendigem Causalnexus mit denselben zusammenstimmen, als nichtig verwerfen oder als erprobt anerkennen“<sup>6</sup>.

1804 verknüpfte Paul Johann Anselm von Feuerbach in seiner berühmten Landshuter Antrittsrede Rechtswissenschaft mit der Naturwissenschaft und Kant, berührte also bereits das mir aufgetragene Thema. Unter dem Zusammenspiel von Kausalität und Hypothese benannte Feuerbach ein Verfahren, das er als genuin naturwissenschaftlich betrachtete. Zugleich schwang hier Kants Methodenprogramm in den metaphysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaft mit. Kant hatte für eine rationale Wissenschaft bekanntlich die „Verknüpfung der Erkenntnis“ als ein „Zusam-

4 Vgl. vor allem Klaus Christian Köhnke, *Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1986.

5 Ich folge hier Joachim Rückert, Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: *John Locke und/and Immanuel Kant*, hg. v. Martyn P. Thompson, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1991, 144 ff.; sowie ders., Von Kant zu Kant? „Stufen der Rezeption Kants in der Rechtswissenschaft seit Savigny“, in: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, hg. v. Robert Alexy et al., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002, 89 ff.

6 Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede*, Landshut: Attenkofer Verlag, 1804, 74; vgl. hierzu Maximilian Herberger, „Beziehungen zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts“, *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 6 (1983), 79 ff.

menhang von Gründen und Folgen“ gefordert<sup>7</sup>. Auch wenn Kant als Beispiel die zeitgenössische Chemie nannte, hatte die sich nun selbstbewusst Rechtswissenschaft nennende Jurisprudenz<sup>8</sup> hier für ihren Wissenschaftsanspruch das Programm gefunden. Kausalität, als der Naturwissenschaft abgeschaut rechtswissenschaftliche Methode, und Kant gingen also sehr gut zusammen. Kants zweihändiges Erkenntnisverfahren der Vernunft, mit Anschauung und Begriff, wurde als naturwissenschaftlich interpretiert und zugleich Methode für die wissenschaftliche Verarbeitung von positivem Recht.

1874 lobte Adolf Merkel in einer der Programmschriften für seine Allgemeine Rechtslehre die Überlegungen Feuerbachs ausdrücklich. Die Rechtsphilosophie habe die Aufgabe, die kausalen Beziehungen darzulegen, die „unter den Einzelheiten im Umfeld unseres Wissens bestehen“<sup>9</sup>. Wie Feuerbach betonte siebzig Jahre später auch Merkel, dass zwischen den Anforderungen an eine Rechtswissenschaft und dem Verfahren der Naturwissenschaften kein substanzieller Unterschied bestehe. Bindeglied sei Kant als gemeinsame Grundlage, die gleichermaßen dem Darwinismus, der mechanischen Wärmetheorie wie der neueren Rechtswissenschaft zugrunde liege<sup>10</sup>. So wie der Mediziner aus der Beobachtung des gesunden und kranken Menschen den normalen Menschen entwickle, der Botaniker im Unterschied von verküppelten und ausgewachsenen Pflanzen die Normalpflanze definiere, so müssten aus den rechtlichen Erscheinungen des Lebens Normalformen entwickelt werden<sup>11</sup>.

Merkel stand mit diesen Anforderungen für eine ganze Gruppe juristischer Autoren, die dem positiven Recht Grundsätze und Begriffe entnahmen, die sie zu einer systematischen Philosophie des positiven Rechts verdichten wollten. Neben dieser dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft gab es eine große Gruppe historisch arbeitender Rechtswissenschaftler, die ohne Geltungsanspruch für das positive Recht Rechtsgeschichte betrieben und für die etwa der Name Paul v. Roth steht<sup>12</sup>. Hier war der Umgang mit dem positiven Recht weniger direkt von den Naturwissenschaften übernommen als vielmehr von den historischen Nachbarwissenschaften und der Philologie. Auch hier findet sich aber die Vorstellung einer übergreifenden, an Kant angelehnten Wissenschaftsmethode. Beispielhaft trat Ernst Immanuel Bekker in der Rechtsgeschichte für „zweihändige Erkenntnis“ ein<sup>13</sup>: Die „ars sciendi“ beruhe auf „zwei Trägern: Wahrnehmungen, von deren Richtigkeit sich jeder über-

7 Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Vorrede, AA 4, Königsberg: Friedrich Nicolovius Verlag, 1797, 467 f.

8 Zu diesen Zusammenhängen Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der ‚praktischen Jurisprudenz‘ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann Verlag, 1979, 147 ff.

9 Adolf Merkel, „Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ‚positiven‘ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben“, (*Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* 1 (1874), 1 ff., 402 ff., 6.

10 Merkel (Fn. 9), 3.

11 Merkel (Fn. 9), 419.

12 Vgl. Sten Gagnér, Zielsetzung und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft (1975), wiederabgedruckt in: *Abhandlungen zur Europäischen Rechtsgeschichte*, hg. v. Joachim Rückert et al., Goldbach: Kneip Verlag, 2004, 347 ff.

13 Vgl. hierzu Maximiliane Kriechbaum, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, Ebelsbach: Rolf Gremer/ Ebelsbach Verlag, 1984, 92 ff.

zeugen kann und Schlußfolgerungen, die kein Ausweichen gestatten“. Grundsätzlich sei dabei „die Hypothese ... geradezu unentbehrlich ... Die wissenschaftliche Forschung hat sich ... der Hypothese zu adaptieren und entsprechende neue Wahrnehmungen zu machen, bis es gelungen ist, die Hypothese entweder zu widerlegen oder festzustellen.“<sup>14</sup>. Dieses Verfahren gelte für jede „wahre Wissenschaft“, für die Rechtswissenschaft wie für die Naturwissenschaft<sup>15</sup>.

### 3. STAMMLER 1888

1888 setzte sich in einer Abhandlung, von der Bergbohm später meinte, „dass sie jeder gelesen hat“<sup>16</sup>, Rudolf Stammler mit Merkel, Bekker und anderen Vertretern einer empirisch-wissenschaftlichen Methode auseinander<sup>17</sup>. Stammler sprach allen Versuchen, aus dem positiven Recht Folgerungen zu ziehen, ihre Wissenschaftlichkeit ab. Wissenschaftliche Kenntnis sei nur empiriefrei, apriorisch zu erreichen. Interessant an dieser, sich ausdrücklich ebenfalls auf Kant, aber eben auch auf Cohen berufenden Argumentation, ist Stammlers Auseinandersetzung mit der naturwissenschaftlichen Methode. Stammler kritisierte zunächst Merkels Vergleich mit Medizin und Botanik. Weder Normalmensch noch Normalpflanze könnten Objekte der Erfahrung sein, sondern würden nur in der Idee bestehen<sup>18</sup>. Diesen Einwand vorwegnehmend hatte Merkel auf einen alten Scherz verwiesen, demzufolge der „philosophierende Deutsche, um das Wesen des Kamels zu bestimmen, nicht etwa das lebendige Tier beobachte, sondern abgekehrt von der positiven Erscheinung, aus der Tiefe seines Gemüts schöpfe“<sup>19</sup>.

Stammler wollte jedoch Recht und Kamel als Gegenstände der Wissenschaft scharf trennen. Er untersuchte dies unter der Fragestellung, „ob die Rechtserzeugung ihrerseits unter der Kausalität naturnothwendig wirkender Ursachen oder unter der der Vernunft stände“<sup>20</sup>. Sehe man Recht als rein empirisches Phänomen an, so unterscheide es sich nicht von anderen Gegenständen unserer Erfahrung. Damit entstehe Recht, so Stammler, jedoch nicht mehr frei, durch die sittliche Vernunft: „Eine

14 Ernst Immanuel Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Festgabe an Rudolf von Jhering zum Doctorjubiläum*, Leipzig: Breitkopf und Härtel Verlag, 1892, 22, 29.

15 Bekker (Fn. 14), 29.

16 Karl Magnus Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Bd. 1 (= alles Erschienene), Leipzig: Anton Hain KG Verlag, 1892, ND Glashütten im Taunus 1973, 141 Anm. 15. Diese Feststellung macht Stammlers Schrift historisch interessant, auch wenn, wie zumeist in der Stammler-Forschung betont, Stammler hier noch kein ausgereiftes eigenes Konzept vorlegte, vgl. zum Umgang mit Stammlers Frühschrift etwa: Matthias Wenn, *Juristische Erkenntniskritik. Zur Rechts- und Sozialphilosophie Rudolf Stammlers*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, 93 ff.; zutreffende Hervorhebung dieser Schrift in ihrer Bedeutung für die zeitgenössische rechtswissenschaftliche Diskussion durch Annette Wittkau, *Historismus. Zur Geschichte des Begriffs und des Problems*, 2. A., Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, 1994, 80 ff.

17 Rudolf Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, in: *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubiläum*, hg. v. Rudolf Stammler/Theodor Kipp, Halle a. S.: Max Niemeyer Verlag, 1888, ND Aalen: Scientia Verlag, 1979.

18 Stammler (Fn. 17), 21.

19 Merkel (Fn. 9), 412.

20 Stammler (Fn. 17), 19.

empirisch vorliegende Erscheinung wirkt nach dem Naturgesetze der Kausalität oder gar nicht. Wie sollte man aus ihr und nur durch sie ein ‚soll‘ rechtfertigen?“<sup>21</sup>. Stammler verknüpfte damit eine radikale erkenntniskritische Trennung zwischen Sein und Sollen mit dem alten Disput um Freiheit oder Notwendigkeit als Entstehungsgrund des Rechts. Wenn Recht freies Produkt der sittlichen Vernunft war, dann war ein wissenschaftlicher Umgang mit Recht auf die Frage verwiesen, „was als a priori feststehender Zielpunkt und Maßstab für alles Recht sich angeben und formulieren lasse“<sup>22</sup>. Eine Beschäftigung mit dem empirischen Recht konnte keine wissenschaftlichen Ergebnisse bieten. Aus der Verabschiedung dieses Untersuchungsgegenstandes folgte zwanglos ein Abschied vom Verfahren der zweihändigen Vernunft, mit Anschauung und Begriff, Hypothese und Kausalität. Naturwissenschaft konnte für Stammler kein Methodenvorbild sein.

#### 4. HEINRICH RICKERT 1888

1888, also im gleichen Jahr, in dem Stammlers Methodenprogramm erschien, promovierte Heinrich Rickert bei Windelband zur Lehre von der Definition<sup>23</sup>. Rickert entwickelte hier die Grundlagen seiner Unterscheidung zwischen natur- und kulturwissenschaftlicher Begriffsbildung. Rickert untersuchte den Unterschied zwischen juristischen und naturwissenschaftlichen Definitionen. Für juristische Definitionen stellte er heraus, „dass durch rein logische Ueberlegungen, ohne Zuhilfenahme eines materialen Gesichtspunktes, wesentliche von unwesentlichen Gesichtspunkten nicht unterschieden werden können“<sup>24</sup>. Um einen juristischen Begriff bilden zu können, bedürfe es der Berücksichtigung des Zweckes, den der Gesetzgeber mit der Normsetzung verfolgt habe. Juristische Begriffe dienten also der Vermittlung eines zwecksetzenden Willens<sup>25</sup> mit der hierdurch zu steuernden Wirklichkeit. Demgegenüber fehle es bei der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung an diesem Bedürfnis, einen zwecksetzenden Willen umzusetzen. Naturforscher würden Tatsachen aus einem erkenntnisleitenden, fachspezifischen Gesichtspunkt betrachten und hieran ihre begriffliche Gliederung ausrichten. Wichtigstes Richtigkeitskorrektiv sei dabei die Hypothese<sup>26</sup>. Rickert legte also bereits in seiner Dissertation die Grundlagen für seine spätere Kritik am Methodenmonismus. Interessant dabei ist, dass es von Anfang an die juristische Begriffsbildung war, die er als Hauptbeispiel für eine später so genannte empirische Kulturwissenschaft ansah. In seinen „Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“ stellte Rickert 1896–1902 dann deutlicher der sinnvollen Kultur die sinnfreie Natur entgegen. Kulturwissenschaften wie die Rechtswissenschaft verfahren daher individualisierend und wertbeziehend, Naturwissenschaften generalisierend und wertindifferent<sup>27</sup>.

21 Stammler (Fn. 17), 25.

22 Stammler (Fn. 17), 25.

23 Heinrich Rickert, *Zur Lehre von der Definition*, Freiburg i. Br.: Mohr Verlag, 1888. Ich danke Rainer A. Bast für die Bereitstellung der Erstauflage.

24 Rickert (Fn. 23), 34.

25 Rickert (Fn. 23), 30.

26 Rickert (Fn. 23), 35.

27 Prägnanter Überblick bei Herbert Schnädelbach, *Philosophie in Deutschland 1831–1933*, 5. A.,

In den Folgejahren verschob sich der Fokus der Auseinandersetzung mit den Naturwissenschaften bei Rickert stärker zur Frage, inwieweit Rechtsphilosophie Wertphilosophie sein könne<sup>28</sup>. Er kritisierte seit 1896 in seinen „Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“ und im 1899 erscheinenden Vortrag „Kultur und Naturwissenschaft“ den Naturalismus. Der juristische Naturalismus gehe davon aus, „dass ebenso wie die Naturwissenschaft mit den Gesetzesbegriffen zum unbedingt allgemeinen vordringt und in ihm das wahre Wesen der Dinge findet, es auch möglich sei, in dem positiven gegebenen Rechte das Wesentliche vom Unwesentlichen durch Bildung eines allgemeinen“ zu sondern<sup>29</sup>. Scharf trat später dann Lask dem Irrtum entgegen, „es könne die empirische Forschung durch bloße Steigerung und Generalisierung des Systematisierens plötzlich in ‚Philosophie‘ umschlagen“<sup>30</sup>. Der juristische Naturalismus sei nichts anderes „als eine Weltanschauung ... eine inkonsequente, unkontrollierte, dogmatische Art des Wertens“<sup>31</sup>. Rickert und Lask reduzierten in ihrem Methodendualismus die Rechtswissenschaft auf eine Rechtswirklichkeitsbetrachtung. Lask unterschied die „Jurisprudenz“, die sich mit den abstrakten „Normbedeutungen“ der Rechtssätze beschäftige, von einer „Sozialtheorie des Rechts“, die die faktische Realität des Rechtslebens untersuche<sup>32</sup>. Dieser Rechtswirklichkeitsbetrachtung stellte er bekanntlich eine Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung gegenüber. Das Ziel einer „metaphysikfreien Rechtsphilosophie“<sup>33</sup> hieß nun nicht, wie bei Stammler, a priori zu arbeiten, vielmehr forderte Lask auch hier die Beschränkung des Blicks auf die „empirische Wirklichkeit“ als „einzige Art von Realität“<sup>34</sup>. Rechtswertbetrachtung fragte dann nach der „überempirische[n] Bedeutung des empirischen Rechts“, wobei der ontologische Status der „absoluten Geltung“ derartiger überempirischer Rechtswerte bei Lask diffus blieb.

Der Zugang des juristischen Neukantianismus zum so genannten Naturalismus im Recht war also primär ein methodischer. Es ging um Begriffsbildung, Systemzusammenhang und Wertung. Nur am Rande interessierten andere Perspektiven auf den Rechtsnaturalismus, die uns heute mehr beschäftigen. Evolutionstheoretische Überlegungen passten nicht in das Methodenprogramm der Neukantianer. Als im Umfeld Häckels die Preisfrage gestellt wurde: „Was lernen wir aus den Prinzipien der Deszendenztheorie in Beziehung auf die innerpolitische Entwicklung und Gesetzge-

Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1994, 219 ff.

- 28 Genauer zum Nachfolgenden Christian Krijnen, *Nachmetaphysischer Sinn. Eine problemgeschichtliche und systematische Studie zu den Prinzipien der Wertphilosophie Heinrich Rickerts*, Würzburg: Königshausen & Neumann Verlag, 2001; daneben die Beiträge in Alexy et al. (Fn. 5), insbesondere diejenigen von Mohr, Sprenger und Bohlken; interessant daneben Alexander Riebel, Die Konstitution der Wirklichkeit in den Wissenschaften. Zur philosophischen Begründung des Gesetzesbegriffs bei Heinrich Rickert, in: *Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften*, hg. v. Wolfgang Bock, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006, 157 ff.
- 29 Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 2. neubearb. A., Tübingen: Mohr Verlag, 1913, 729.
- 30 Emil Lask, *Rechtsphilosophie*, erstmals 1905, nachfolgend zitiert nach Eugen Herrigel (Hg.), *Emil Lasks Gesammelte Schriften*, Tübingen: Paul Siebeck Verlag, 1923, 307.
- 31 Lask (Fn. 30), 281.
- 32 Vgl. hierzu Eike Bohlen, Der Wertbegriff des Rechts in der Rechtsphilosophie Emil Lasks und Heinrich Rickerts, in: Alexy et al. (Fn. 5), 283 ff., 286.
- 33 Lask (Fn. 30), 279.
- 34 Lask (Fn. 30), 279 f.; Rickert (Fn. 29), 730.



bung der Staaten<sup>35</sup>, entgegnete Stammler knapp: „Nichts!“<sup>36</sup>. Radbruch warnte 1914 vor jedem Verlust „feinerer Kulturziele“: „Wenn die Muscheltiere Rassentheoretiker wären, gäbe es keine Perlen mehr“<sup>37</sup>. Als immerhin Franz v. Liszt 1906 die Ansicht vertrat, aus dem Seienden als einem geschichtlich Gewordenen könne man das Werdende bestimmen, entgegnete Radbruch kühl: „Das Seinsollende lasse sich nimmermehr aus dem Seienden deduzieren“<sup>38</sup>. Ebenfalls randständig blieb die Auseinandersetzung der Neukantianer mit der damit zusammenhängenden Frage der Willensfreiheit. Dies lag daran, dass der Disput zwischen Indeterminismus und Determinismus, der das Strafrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gespalten hatte, seine praktische Relevanz verloren hatte. Inhaltlich waren die aus diesen Grundpositionen gezogenen praktischen Unterschiede inzwischen marginal<sup>39</sup>. Ein gedanklicher Schwerpunkt des Neukantianismus lag in diesen Positionen nicht mehr.

Mit Blick auf die methodischen Fragen zeigte sich: Drei Methodenprogramme beriefen sich auf Kant. Rechtswissenschaftler und Rechtshistoriker wie Bekker oder Merkel glaubten auf kantischer Grundlage eine Einheitsmethode für alle Wissenschaften zu besitzen, Stichwort: Hypothese und Kausalität. Hiergegen traten, eher unter Marburger Einfluss, Stammler und südwestdeutsch, Rickert und Lask an. Mit Stammler vereinte Rickert und Lask die Ablehnung der Naturwissenschaften als Vorbild für die Rechtswissenschaft und damit die Ablehnung eines Methodenmonismus. Daraus folgte ein Dreifaches. *Erstens* konnte der Jurist seine Begriffe nicht einfach aus den Naturwissenschaften entnehmen. Er musste sie mit Blick auf ihre juristische Aufgabe formulieren. *Zweitens* fand die Vorstellung Kritik, dass es möglich sein solle, aus positivem Recht absolute Rechtswahrheiten zu generieren. *Drittens* ging es um die Frage, wie Zusammenhänge innerhalb des Rechts methodisch gefunden werden sollten. Die Neukantianer lehnten die Vorstellung ab, man könne wie Gattungen und Arten ein wissenschaftliches System des positiven Rechts bilden.

## 5. DIE NEUKANTIANISCHE KRITIK IM SPIEGEL DER ZEITGENÖSSISCHEN RECHTSWISSENSCHAFT

Die philosophischen Ausgangspunkte dieser Positionen werden seit langem diskutiert. Bekannt ist, dass Stammler sich nicht als Neukantianer verstanden wissen

- 35 Vgl. Heinrich Ernst Ziegler, Einleitung zu dem Sammelwerke *Natur und Staat. Eine Sammlung von Preisschriften*, hg. v. Heinrich Ernst Ziegler/Johannes Conrad/Ernst Haeckel, Jena: Gustav Fischer Verlag 1903, 3; zu diesem zeitgenössisch viel beachteten Wettbewerb vgl. Julia Szemerédy, *Ludwig Kublenbeck. Ein Vertreter sozialdarwinistischen und rassetheoretischen Rechtsdenkens um 1900*, Zürich: Schulthess Verlag, 2003, 2 ff.
- 36 Rudolf Stammler, *Die Lehre vom Richtigen Rechte*, Berlin: Guttentag Verlag, 1902, 616: Die Lehre liege auf dem Gebiet der Naturerkenntnis und könne soziale Phänomene nicht erklären.
- 37 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1914 = Arthur Kaufmann (Hg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie II*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, 32.
- 38 Gustav Radbruch, „Franz v. Liszt. Das ‚richtige‘ Recht in der Strafgesetzgebung“, *ZStW* 26 (1906), 553 ff., 556.
- 39 Sehr guter Überblick bei Heinz Holzhauser, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1970, 191 ff.

wollte, auch Kant teilweise scharf kritisierte<sup>40</sup>, während im Gegenzug Cohen in Stammlers Rechtsphilosophie ein „Preisgeben der Ethik und der Philosophie“ anprangerte<sup>41</sup>. Auch die Vorläufer der rickertschen Gedanken, etwa bei Lotze oder Windelband, sind sehr oft erörtert worden<sup>42</sup>. Kaum Beachtung hat demgegenüber die Einbindung dieser Gedanken in die zeitgenössische rechtswissenschaftliche Diskussion gefunden. Besonders Stammler, der seine Kritik immer an der zeitgenössischen Rechtswissenschaft ausrichtete, aber auch Rickert bewegten sich jedoch nicht nur im philosophischen, sondern gerade auch im zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Gespräch. Ihre Positionen bekommen in dieser Perspektive neue Konturen.

Blickt man zunächst auf die Kritik an der Vorstellung, man könne dem positiven Recht absolute Begriffe mit überpositivem Charakter entnehmen, so dürfte diese Kritik 1888 wenig Widerstand gefunden haben. Stammlers Angriffe fanden seitens der kritisierten Pandektistik keine Replik. Bergbohm meinte 1892 fast flehend: „Sind denn gar keine Partisanen des reinen Historismus mehr vorhanden, die sich durch Stammlers Schrift provoziert fühlten?“<sup>43</sup>. 1884 hatte Jhering bereits ein Zeitgefühl getroffen, als er unter vielfachem Beifall der Zeitgenossen gegen die Täuschung ansah, „als ob die Begriffe bloß weil sie einmal da sind, die Geltung unumstößlicher Wahrheiten beanspruchen können“<sup>44</sup>. Seine Kritik der „Begriffsjurisprudenz“ trug viel zur bis heute andauernden Diskreditierung der Pandektistik bei<sup>45</sup>. In diesem Kontext geriet nicht nur die gesamte ältere Jurisprudenz um Savigny unter Metaphysikverdacht, sondern auch die erst Mitte der 1850er Jahre entworfene „Juristische Methode“ der Pandektistik<sup>46</sup> um Windscheid, Jhering, Brinz, Kuntze oder eben Bekker. Bereits 1885 stellte Bekker nüchtern fest: „Keine Wissenschaft ist so wenig populär wie die unsre“<sup>47</sup>.

Der von Stammler und Rickert erhobene Vorwurf, Metaphysik zu produzieren, war also Teil einer größeren Gegenbewegung gegen die Historische Rechtsschule, die Pandektistik und die zeitgenössische Rechtshistoriographie. Hier boten Stammler und Rickert wenig Neues. Auch das philosophische Kernproblem, wie man dann das Recht vor Kontingenz retten und philosophische Wertaussagen treffen könne, war natürlich nicht typisch neukantianisch. Die Frage, wie man dem Positiven überhaupt

40 Vgl. Rudolf Stammler, Rechtsphilosophie, in: *Das gesamte Deutsche Recht*, Bd. 1, hg. v. Rudolf Stammler, Berlin: Stilke Verlag, 1931: „die ‚Neukantianer‘, zu denen, als geschlossene Schule, der Schreiber dieser Zeilen sich selbst niemals gezählt“, hierzu Rückert (Fn. 5), Von Kant zu Kant?, 100 Anm. 57.

41 Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 2. A., Berlin: Cassirer Verlag, 1907, 214; hierzu Eggert Winter, *Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1980, 262.

42 Vgl. nur Schnädelbach (Fn. 27), 206 ff.

43 Bergbohm (Fn. 16), 142.

44 Bekker (Fn. 14), 344.

45 Vgl. Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann Verlag, 2004, 28 ff., 46 ff.

46 Vgl. Gagnér (Fn. 12), 379 ff.

47 Ernst Immanuel Bekker, „Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft“, *ZRG RA* 6 (1885), 84.

Philosopheme entnehmen könne, war bereits um 1800 breit diskutiert worden<sup>48</sup>. In den Diskussionen um Allgemeine Rechtslehren seit den 1870er Jahren versuchte nahezu jeder, philosophische, allgemeine Aussagen dem kontingenten Stoff zu entnehmen<sup>49</sup>. Keiner wollte das freilich als Metaphysik verstanden wissen, fast alle retteten sich auf die Vorstellung, ihre Aussagen seien nur „formal“ – so auch Rickert und Stammler.

## 6. NATURALISTISCHE UND TELEOLOGISCHE BEGRIFFSBILDUNG IM KONTEXT DER 1880ER JAHRE

Von der zeitgenössischen Rechtswissenschaft mit großem Interesse verfolgt wurde dagegen die besonders von Rickert propagierte Vorstellung eines Gegenbildes zwischen einer naturwissenschaftlichen und einer juristischen Begriffsbildung. Rickert sprach hier eine breite Strömung in der Rechtswissenschaft an, die Übernahmen naturwissenschaftlicher Begriffe in das Recht zunehmend ablehnend gegenüberstanden. Radikale Positionen, etwa der extreme Sensualismus von Ludwig Knapp von 1857 oder Salomon Strickers Physiologie des Rechts von 1884, fanden in der Rechtswissenschaft wenig Beachtung<sup>50</sup>. Experimente mit dem Nutzen naturwissenschaftlich geprägter Begriffe für die Rechtswissenschaft fanden sich zwar durchaus verbreitet, stets war aber der Einwand, verschiedene Begriffsebenen zu vermengen, nicht weit. Dies zeigt etwa die Diskussion um Zitelmans 1879 vorgelegten Versuch, Erkenntnisse der Psychologie für das Verständnis der Willenserklärung nutzbar zu machen<sup>51</sup>. Schon der erste Rezensent, Ernst Immanuel Bekker, hielt ihm entgegen,

48 Vgl. Schröder (Fn. 8); Joachim Rückert, Heidelberg um 1804, oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u. a., in: *Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800*, hg. v. Friedrich Strack, Stuttgart: Klett Cotta Verlag, 1987, 83 ff.

49 Vgl. die Überblicksarbeit von Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900*, Tübingen: Mohr Verlag, 2004, insb. 18 ff.; Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland* (= Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie 14), Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997; gut daneben zur wissenschaftstheoretischen Diskussion in der Rechtswissenschaft um 1900: Thomas Duve, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900*, Ebelsbach: Aktiv Druck & Verlag GmbH, 1998, insb. 239 ff.

50 Vgl. zu Knapp und Stricker: Hubert Treiber, Zur Physiologie des Rechts oder Der Muskel als Scharnierbegriff, in: *Physiologie und industrielle Gesellschaft*, hg. v. Philipp Sarasin/Jakob Tanner, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1998, 170 ff.; allgemein zur Wirkung der Naturwissenschaften auf die Rechtswissenschaft: Rainer Maria Kiesow, *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1997, 11 ff. und passim (zentriert auf die Evolutionstheorie); Dieter Simon, „Jurisprudenz und Wissenschaft“, *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), 141 ff.; Dieter v. Stephanitz, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden*, Berlin: De Gruyter Verlag, 1970, 148 ff.

51 Ernst Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig: Duncker & Humblot Verlag, 1879; vgl. hierzu seine Selbstbiographie, in: *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Bd. 1, hg. v. Hans Planitz, Leipzig: Felix Meiner Verlag, 1924, 183 und Martin Josef Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien: Böhlau Verlag, 2000, 519 ff.

„dass der Gesetzgeber stets neben dem Rathe des Psychologen noch dies und jenes, wer weiß was alles zu beachten haben wird, und dass sein endlicher Entscheid als Produkt sämtlicher Faktoren sich darstellen muss. Kann sein, dass in diesem Gesamtergebnis der psychologische Rath gar nicht mehr bemerkbar scheint, wenn nämlich die von ihm bedingten Wirkungen durch andere entgegenwirkende Kräfte aufgehoben sind“<sup>52</sup>.

Ähnlich kritisierte Emil Pfersche 1891 an Zitelmann, dieser habe übersehen, dass die „Tendenz der psychologischen und der juristischen Auffassung ... durchaus verschieden“ seien. Während, „wie alle Naturvorgänge“, die „psychische Erscheinung des Wollens einen ununterbrochenen Fluss des Geschehens“ biete, müsse die juristische Beurteilung „zu praktischen Zwecken und nach praktischen Rücksichten“ das Geschehen in Einzelvorgänge aufspalten, um „scharfe begriffliche Scheidungen“ zu ermöglichen<sup>53</sup>. Pfersche kam Rickerts Überlegungen von 1888 recht nah, die auch von der Frage ausgegangen waren, wie man „wesentliche“ und „unwesentliche“ Merkmale voneinander trennen könne<sup>54</sup>. Etwas früher als Rickert hatte bereits Georg Jellinek ähnliche Gedanken mit Blick auf die strafrechtlichen Debatten um Kausalität und Zufall formuliert: „Die natürliche Welt und die des Juristen decken sich nicht“. Beim Begriff des Zufalls erblicke der Jurist oftmals „gerade da Zufall ...“, wo für den Naturforscher sein gerades Gegenteil vorhanden wäre“<sup>55</sup>.

Zeittypisch war auch, dass Jellinek in diesem Zusammenhang als Unterscheidungsmerkmal für die Ausbildung juristischer Begriffe den Zweck der Rechtsordnung benannte<sup>56</sup>. Auch Rickert sprach 1888, entgegen der späteren Begrifflichkeit, nicht vom Wertbezug, sondern benannte das Entscheidungskriterium für die Merkmalswahl der Juristen ebenfalls als „Zweck des Rechts“<sup>57</sup>. Er verwies hierfür auf Jherings „Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, der im berühmten § 59 an die Stelle des Willens wirkungsreich andere Zwecke (Nutzen, Gut, Wert, Genuss, Interesse) des Rechts gesetzt hatte. Dieses Buch, weniger Jherings späterer Zweck des Rechts<sup>58</sup>, dürfte auf Rickert und seine Zeitgenossen größte Wirkung ausgeübt haben<sup>59</sup>. Den Zweck einer Norm hatten Juristen traditionell als Teil der so genannten logischen Auslegung immer beachtet<sup>60</sup>. Immer wieder hatte man den Richter auch auf den „Geist der Rechtsordnung“ verwiesen<sup>61</sup>. Das Schlagwort des „Zwecks“ als „Schöpfer des Rechts“ hatte gleichwohl 1888 hohe se-

52 Ernst Immanuel Bekker, *Rez. Zitelmann, KritVj* 22 (1880), 34.

53 Emil Pfersche, *Die Irrthumslehre des Österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Graz: Leuschner & Lubensky Verlag, 1891, 21.

54 Rickert (Fn. 23), 26 ff.

55 Georg Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien: Hoelder Verlag, 1878, 99.

56 Vgl. hierzu Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen: Mohr Verlag, 2000, insb. 58 ff., 159 ff.

57 Rickert (Fn. 23), 33.

58 Zusammenstellung vieler kritischer Stellungnahmen zu diesem Buch bei Erik Wolff, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 4. A., Tübingen: Mohr Verlag, 1963, 650 f.

59 Beispielhaft attestierte Emil Lask Jherings Geist den „Ruhm einer ersten umfassenden Untersuchung über den Rechtsformalismus“, Lask (Fn. 30), 317.

60 Überblick bei Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München: Beck Verlag, 2001, 143 ff.; zum späteren Übergang zu den vier Auslegungskanonens im 20. Jahrhundert vgl. Thomas Honsell, *Historische Argumente im Zivilrecht*, Ebelsbach: Gremer Verlag, 1982, 31 ff.

61 Vgl. nur Joachim Rückert, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover: Juristische Studiengesellschaft, 1988, 40.

mentische Kraft. Terminologisch schlug Rickert in seinen „Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“ die Unterscheidung zwischen naturalistischer und teleologischer Begriffsbildung vor<sup>62</sup>. In seinem etwas anderen Ansatz unterschied auch Rudolf Stammler in „Wirtschaft und Recht“ 1895 zwischen einer „kausalen“ Erkenntnisweise der Naturwissenschaften und einer „teleologischen“ Erkenntnisweise, als eines Ordnen nach „Zwecken“, bei den Sozialwissenschaften<sup>63</sup>. Obwohl Rickert später diese Begriffswahl als missverständlich ablehnte<sup>64</sup>, setzte sich Teleologie vs. Naturalismus bzw. Kausalität nachfolgend durch. Lask sprach davon, dass das Recht die von ihm geregelten Gegenstände mit einem „teleologischen Gespinnst“ überziehe<sup>65</sup>. Auch Radbruch hielt später an dieser Begriffswahl fest<sup>66</sup>.

## 7. TELEOLOGISCHE BEGRIFFSBILDUNG „IN ACTION“

Um 1900 wurden Einflüsse der neukantianischen Naturalismuskritik in der Rechtswissenschaft spürbar. Der Marxist Max Adler sah 1904 bereits „Kausalität und Teleologie im Streit um die Wissenschaft“<sup>67</sup>. Das um 1900, so zutreffend Lask, „bei weitem am meisten kultivierte Gebiet der Rechtsphilosophie“<sup>68</sup> war die juristische Logik. In einer Flut von Methodenschriften versuchte die Rechtswissenschaft logische und wertende, objektive und subjektive Kriterien bei der juristischen Arbeit zu trennen. Hier traten Stammers Orientierung des Rechts an einem „sozialen Ideal“ und Rickerts wertbeziehende Logik in Konkurrenz zu anderen Methoden. Zugleich wurde es nun deutlicher juristisch-konkret, der heuristische Wert der neuen Methodologie geriet auf den Prüfstand.

In diese Debatten möchte ich einige kleine Einblicke tätigen, die die Möglichkeiten und Probleme der antinaturalistischen Begriffsbildung aufzeigen sollen. Ich bediene mich hierzu der Beispiele, die insbesondere Lask, Stammler und Radbruch für den Konflikt zwischen naturalistischen und teleologischen Begriffsbildungen nannten. Die Begriffe, die sie aufzählten, waren zumeist sehr grundsätzlich: Handlung, Kausalität, Freiheit, Wille und Person. Beginnen möchte ich jedoch mit dem Begriff „Hund“. Radbruch meinte: „eine Kreuzung von Hund und Wolf könnte als Hund im Sinne des Hundesteuergesetzes aufgefasst werden ohne Rücksicht darauf, ob ihn der Zoologe noch als Exemplar von *canis familiaris* betrachten würde“<sup>69</sup>. Manch Leser dieser Sätze wird an einen berühmten Fall gedacht haben, der, wohl auf Jhering zurückgehend, bis heute die Methodenlehre durchzieht<sup>70</sup>: Jhering hatte

62 Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, hier nach 2. A., Tübingen: Mohr Verlag, 1913, 336 f.

63 Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht*, hier nach 5. A., Berlin: De Gruyter Verlag, 1924, 339 ff.; hierzu: Wenn (Fn. 16), 69 ff.

64 Heinrich Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 3. A., Tübingen: Mohr Verlag, 1915, 101 ff.

65 Lask (Fn. 30), 316.

66 Vgl. etwa Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. A. 1932 = Arthur Kaufmann, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie II*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, 117 ff.

67 So dessen gleichnamige Schrift, Wien: Brand Verlag, 1904.

68 Lask (Fn. 30), 307.

69 Radbruch (Fn. 37), 192.

70 Vgl. etwa Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. A., Stuttgart: K. F. Kohler

gefragt, ob einem Bären der Zutritt zu einem Bahnhof verwehrt werden könne, wenn normiert sei: „Hunde müssen draußen bleiben“. Jhering hatte hier ein Beispiel für eine Analogie gesehen, also einen klassischen Ähnlichkeitsschluss: Ein Bär ist kein Hund. Ein Hund ist jedoch einem Bären ähnlich. Also gilt das Hundeverbot analog für Bären. Diese Nähe zur Analogie ist kein Zufall. Rickert hatte seine Methode ebenfalls an einem Beispiel erklärt, welches er Jhering entnahm, das dieser aber „in einem etwas andern Zusammenhang“ benutzt habe<sup>71</sup>. Dieses Beispiel war die Münzfälschung im Übergang zum Papiergeld, und Jhering hatte auch hier ein Beispiel für eine Analogie gesehen. Rickerts Methode trat aber nicht nur in Konkurrenz zur Analogie, sondern auch zu einem anderen altehrwürdigen Argument, der Fiktion: Ein Bär ist kein Hund. Er wird jedoch als Hund fingiert und unterfällt daher der direkten Anwendung des Hundeverbotes. Teleologische Begriffsbildung konkurrierte damit direkt mit zwei anderen Argumentationsformen: Analogie und Fiktion. Dass mit teleologischer Begriffsbildung ein Ersatz für die Arbeit mit Fiktionen gefunden war, wurde zeitgenössisch zweifelsohne begrüßt<sup>72</sup>. Fiktionen waren einst vor allem von Savigny und mit Blick auf das römische Vorbild propagiert worden. Ziel war Rechtsfortbildung bei gleichzeitiger Einbindung in die Sinnzusammenhänge des bereits bestehenden Rechts: „Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet.“<sup>73</sup> Dieser Aspekt wurde vor allem im heftigen Streit um die Rechtsnatur der Juristischen Person verschüttet. Viel zitiert wurde nun Brinz' Bezeichnung von Savignys juristischer Person als „Vogelscheuche“<sup>74</sup> oder Jherings Bild des als fortlebend fingierten Erblässers als „pythagoreische Seelenwanderung“<sup>75</sup>. Fiktionen waren um 1900 methodisch in der Defensive.

Strafrechtlich besonders interessant war das Verhältnis der Teleologie zur Analogie. Die Zusammenhänge wurden in einem der berühmtesten Streitpunkte der Strafrechtsgeschichte deutlich<sup>76</sup>, der um 1900 diskutierten Frage, ob Elektrizität eine Sache im Sinne des § 242 StGB sei. Das Reichsgericht hatte in zwei Entscheidungen zwei Aspekte herausgestellt, die vorliegend von Interesse sind. Zunächst hatte es gefordert, dass Elektrizität eine körperliche Sache sein müsse, um nach Verneinung dieser Eigenschaft festzustellen: Dann käme nur eine analoge Ausdehnung von

Verlag, 1964, 165 f; Stephan Meder, *Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2004, 198.

- 71 Rickert (Fn. 23), 31 unter Hinweis auf Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. 1, 3. A., Leipzig: Breitkopf und Härtel Verlag, 1873, Anm. 33.
- 72 Vgl. hierzu Hans-Peter Haferkamp, „Methodenehrlichkeit“? Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, hg. v. Klaus-Peter Berger, Berlin: De Gruyter Verlag, 2006, 1077 ff.
- 73 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Mohr und Zimmer Verlag, 1814, 32.
- 74 Alois Brinz in der Vorrede zu seinem *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen: Deichert Verlag, 1857, XI.
- 75 Bekker (Fn. 14), 11.
- 76 Vgl. Miloš Vec, Der Stromklau vor dem Reichsgericht – Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung elektrifizieren das Recht, die Strafrichter bekräftigen das Gesetzlichkeitsprinzip, in: *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, hg. v. Ulrich Falk/Michele Luminati/Mathias Schmoeckel, München: Beck-Verlag, 2007.

§ 242 StGB in Betracht, was jedoch gegen *nulla poena sine lege* verstoßen würde<sup>77</sup>. Wenig später vertiefte ein anderer Senat die Frage der Körperlichkeit, indem er den „heutigen Stande der Physik“ in der Frage, ob Körperlichkeit vorliege, entscheiden ließ<sup>78</sup>. In neukantianischer Perspektive lag damit ein klassischer Fall verfehlter naturalistischer Begriffsbildung vor. Eduard Kohlrausch nutzte im Jahr 1900 diesen Aspekt zu einer „Kritik der begriffsbildenden Methode überhaupt, zu einer Abgrenzung der Jurisprudenz von anderen Wissenschaften“<sup>79</sup>. Unter Berufung auf Jellineks Diktum: „Es ist die Welt der menschlichen Zwecke und Werte, in welcher das Rechtssystem seine Stelle hat“<sup>80</sup> entschied Kohlrausch die Strafbarkeit des Elektrizitätsdiebstahls nicht nach dem Sachbegriff, sondern nach dem Zweck des Diebstahlschutzes: Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft und Schutz des Eigentums<sup>81</sup>, um zu einer Strafbarkeit des Elektrizitätsdiebstahls zu gelangen. An die Stelle der durch „naturalistische“ Begriffe geforderten Analogie war damit eine teleologische Gesetzesauslegung getreten. Kohlrausch konnte die ungeheure Bedeutung des *nulla poena* Grundsatzes betonen und dann entspannt feststellen, ein Verstoß gegen diesen Grundsatz liege bei seiner Lösung auch gar nicht vor<sup>82</sup>. Radbruch teilte diese Ansicht und meinte 1914, als Sache im Sinne des Diebstahlsparagrafen sei all das aufzufassen, „dessen Wegnahme aus fremdem Gewahrsam Diebstahlsstrafe verdient“<sup>83</sup>. Kohlrauschs teleologische Auslegung des Diebstahlsparagrafen wurde noch 1951 von Gallas dafür gelobt, dass dieser „dem herrschenden Begriffsformalismus eine teleologische Betrachtungsweise“ entgegengesetzt habe<sup>84</sup>. Es gab freilich bei Kohlrausch ein bemerkenswertes Nachspiel. Im November 1933 saß Kohlrausch in der nationalsozialistisch orientierten Strafrechtskommission, die über die Abschaffung des Analogieverbotes debattierte<sup>85</sup>. In dieser Debatte erinnerte Kohlrausch an seine Meinung zum Elektrizitätsdiebstahl im Jahr 1900. Die Abschaffung des Analogieverbotes sei weitgehend entbehrlich, wenn man nur eine „sinngemäße, vernünftige Auslegung“ vornehme, die den Zweck des Gesetzes in den Blick nehme. Kohlrausch meinte nun, Aufgabe eines Gesetzes sei immer „die Volksanschauung zum Ausdruck zu bringen“<sup>86</sup>. Damit ergaben sich als Anleitung für den Richter: „Fordert die Handlung nach gesunder Volksanschauung Strafe oder keine Strafe?“<sup>87</sup>. Kohlrausch wusste im Folgenden, die hier zugewiesene Freiheit nutzbar zu machen: Als es 1938 darum ging, das so genannte „Blutschutzgesetz“ gegen seinen Wortlaut auf Auslandstaten

77 RGSt 29, 111 (116) vom 20. 10. 1896.

78 RG in: *DJZ* IV (1899), 246 ff.

79 Eduard Kohlrausch, „Das ‚Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit und seine Vorgeschichte“, *ZStW* 20 (1900), 458 ff., 460.

80 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1. A., Freiburg im Breisgau: Mohr Verlag, 1895, 15; Kohlrausch (Fn. 79), 482 Anm. 26.

81 Kohlrausch (Fn. 79), 482.

82 Kohlrausch (Fn. 79), 459.

83 Radbruch (Fn. 37), 191.

84 Wilhelm Gallas, „Eduard Kohlrausch zum Gedächtnis“, *ZStW* 63 (1951), 1, 2; hierzu Holger Karitzky, *Eduard Kohlrausch. Kriminalpolitik in vier Systemen*, Berlin: Spitz Verlag, 2002, 235 f.

85 Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge (Hg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, II. Abt., Bd. 2: Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums. 1. Teil, Berlin: De Gruyter Verlag, 1988, 5 ff. (Sitzung vom 27. November 1933), 22 f.

86 Kohlrausch (Fn. 79), 22.

87 Kohlrausch (Fn. 79), 23.

auszuweiten, forderte Kohlrausch konsequent eine teleologische Erweiterung des Gesetzes<sup>88</sup>.

## 8. AUF DER SUCHE NACH DEM „ZWECK“

Mit diesem Exkurs in den Nationalsozialismus soll nun nicht die Lehre von der teleologischen Begriffsbildung als protonationalsozialistisch diffamiert werden<sup>89</sup> – was wäre das auch angesichts der Tatsache, dass nahezu jede Methode nach 1933 missbraucht wurde. Kohlrauschs schillernder Zweckbegriff verweist vielmehr auf ein Kernproblem, welches schon um 1900 deutlich wurde. Wie war der Zweck, das telos, zu bestimmen? Unterschiedlich wurde bereits beurteilt, welche Quelle man für diesen Zweck befragen müsse. Rickert hatte 1888 wesentlich solche Merkmale genannt, „welche dazu beitragen, dass der Wille des Gesetzgebers ausgeführt werde“<sup>90</sup>. Lask betonte 1905 die „Verschlingung“ von rechtlicher Normbedeutung und „realem Substrat im Einzelfall“<sup>91</sup>. Er blickte für die „Zweckmäßigungs- und Gerechtigkeitserwägungen“ der „teleologischen Begriffsbildung“ also stärker in die Wirklichkeit des konkreten Falles<sup>92</sup>. Radbruch sah im teleologischen Verfahren dagegen auch ein fallenthobenes, eigenständig systembildendes Verfahren. Auch er sprach aber ziemlich vage von einer „Nacherzeugung der Rechtssätze aus ihrer Zweckidee“, die er teilweise im Rechtsinstitut, teilweise im gesetzgeberischen Willen festmachte<sup>93</sup>, 1932 aber auch an die „Verwirklichung der Rechtsidee“ band<sup>94</sup>.

Unklar war insbesondere der in diesem Kontext immer wieder mitschwingende Kulturbegriff. War es gestattet, eine „Kulturordnung“ gegen das Gesetz auszuspielen? Die Übergänge waren fließend, wie die dargestellte Argumentation von Kohlrausch nach 1933 zeigt. Um 1900 erweisen sich viele Versuche, das Recht als zweckdurchsetztes Kulturphänomen zu deuten, als schillernd. Das gilt etwa für die Definition des damals viel gelesenen Lorenz Brütt, der 1907 meinte, richtig sei „dasjenige Recht, welches die Kulturentwicklung des Volks nach Möglichkeit fördert und am meisten dazu beiträgt, die nationalen Kräfte vom potentiellen in den aktuellen Zustand zu überführen“<sup>95</sup>. Gerhard Sprenger konnte 1991 zeigen, dass um 1900 „Kultur“ als polemischer Gegenbegriff ohne klaren Inhalt fungierte: „Es hat den Anschein, als setze man voraus, dass jedermann wisse, was mit diesem Begriff gemeint ist“<sup>96</sup>. Worum es Juristen dabei ging, lässt sich daher auch nicht begrifflich, sondern nur funktional verstehen: Die Kulturfundierung des Rechts bot ein Regulativ gegen

88 Eduard Kohlrausch, „Rasseverrat im Ausland: Bemerkungen zu dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen“, *ZAkDR* 5 (1938), 335 ff.; hierzu Karitzky (Fn. 84), 315 ff.

89 Zu dieser Debatte Karitzky (Fn. 84), 235 f., 306 ff., 469 ff.

90 Rickert (Fn. 23), 31.

91 Lask (Fn. 30), 318.

92 Lask (Fn. 30), 322, 321.

93 Radbruch (Fn. 37), 190 f.

94 Radbruch (Fn. 66), 352.

95 Lorenz Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, Berlin: Guttentag Verlag, 1907, 129. Der Richter dürfe dies aber nicht contra legem feststellen, 146 f.

96 Sprenger (Fn. 2), 134.



die „Gefängniszellen“<sup>97</sup> der Gesetze<sup>98</sup>. Berolzheimer nannte die „Anschauungen unserer Kulturstufe“ eine über dem Gesetz stehende Rechtsquelle<sup>99</sup>. Der, so Max Rumpf, „Fluß des Kulturgeschehens“<sup>100</sup> oder, so Erich Danz<sup>101</sup>, der „Kulturfortschritt“ oder die, so Bozi<sup>102</sup>, „allgemeine kulturelle Entwicklung“ gegen das Gesetz auszuspielen, trat im Zivilrecht in Konkurrenz zu vielen anderen Versuchen, dem Richter gegenüber dem Gesetz Freiheit zu verschaffen. Besonders riskant wurde das immer wieder mit Blick auf das Strafrecht. Kohlrausch meinte 1903: „Es gilt von der strafbaren auf die strafwürdige Handlung zurückzugehen“<sup>103</sup>. Der ihm zustimmende Max Ernst Mayer vertrat 1903 die Ansicht, dass nur „die Kulturnormen über die Strafwürdigkeit der Handlung entscheiden“<sup>104</sup>. Auch in dieser Ausprägung berührten sich Autoren, die sich auf Rickert, Windelband oder Jellinek beriefen, mit ganz anderen Denkschulen. Der von Stammler so vehement kritisierte Adolf Merkel verlangte, ähnlich wie Ernst Rudolf Bierling<sup>105</sup>, für die Geltung eines Rechtssatzes etwa, dass der in der Norm verkörperte Wert vom Volk anerkannt werde<sup>106</sup>. Angesichts der bis heute verbreiteten Tendenz, derartige Fragen durch eine, wie Dieter Grimm einmal schön sagte, „Realismusprobe am Schreibtisch“<sup>107</sup> zu beantworten, waren Hinweise auf Volkswillen, Rechtskultur oder ähnliches jedenfalls kaum geeignet, juristische Entscheidungen vorhersehbar zu machen<sup>108</sup>.

Vor allem Stammler und Radbruch versuchten demgegenüber, das Reich der Zwecke zu rationalisieren. Rudolf Stammler arbeitete seit 1895 am Versuch, die formalen Gesetzmäßigkeiten der verschiedenen Zwecklehren aufzudecken, um die Richtigkeit von Zweckargumenten im Einzelfall nachweisen zu können<sup>109</sup>. Seine

97 Honsell (Fn. 60), 21.

98 Bester Überblick über Gründe dieser Phobie und die die enorme Breitenwirkung dieser Debatte bei Rainer Schröder, Die Richterschaft am Ende des Zweiten Kaiserreiches unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen, in: *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Gieseking Verlag, 1983, 201 ff.; ders., „Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: wissenschaftliche Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz“, *Rechtstheorie* 19 (1988), 323 ff., 334 f. Die rein methodengeschichtliche Betrachtung („Freirecht“, „Interessenjurisprudenz“ etc.) schreibt nur polemische Abgrenzungen der Zeitgenossen fort und dringt nicht zu den Hintergründen vor.

99 Friedrich Berolzheimer, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung*, Berlin: Rothschild Verlag, 1911, 602 f.

100 Max Rumpf, „Rechtsbetrieb heute und vor hundert Jahren“, *DRiZ* 3 (1911), 319.

101 Erich Danz, *Einführung in die Rechtsprechung*, Jena: Fischer Verlag, 1912, 91.

102 Alfred Bozi, „Die Konsequenzen moderner Gesetzesauslegung für den Begriff des Gesetzes“, *DRiZ*. 7 (1915), 607.

103 Kohlrausch (Fn. 79), 1903, 187.

104 M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau: Schletter Verlag, 1903, 85 Anm. 11.

105 Zur Anerkennungstheorie vgl. Funke (Fn. 49), 240 ff. u. ö.; Brockmöller (Fn. 49), 252.

106 Adolf Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in: Ders., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Straßburg: Trübner Verlag 1899, 592; hierzu Brockmöller (Fn. 49), 241. Zu den hier durchschimmernden längeren Kontinuitätsfragen zwischen „Volkgeist“ und „konkretem Ordnungsdenken“ Joachim Rückert, „Das ‚gesunde Volksempfinden‘ – eine Erbschaft Savignys?“, *ZRG GA* 103 (1986), 199 ff.

107 So Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt a. M.: Athenäum Verlag, 1973, 29 zur «Empirie» Duguits.

108 Vgl. zu diesen Argumentationsformen auch Honsell (Fn. 60), 71 ff.

109 Hierzu Wenn (Fn. 16); Stammler (Fn. 40), 69 und ff.

Ankündigungen, darin dem Recht einen „Maßstab“, eine „Richtschnur“<sup>110</sup> zu geben, klangen vor 1914 vielen Rechtswissenschaftlern zu material<sup>111</sup>, nach 1918 sah man eher den Fehler darin, dass er materiale Erwartungen geweckt hatte, „die er nun enttäuschen musste“<sup>112</sup>.

Für Radbruch wurde der Versuch, ein teleologisches strafrechtliches System zu entwickeln, fast zur Lebensaufgabe. Er hatte sich 1904 über den Handlungsbegriff habilitiert und diesen dort in einen strafrechtlichen Gesamtbegriffszusammenhang eingeordnet<sup>113</sup>. Schon ein Jahr später stellte er seine Arbeit in einem Literaturbericht auffallend kritisch vor und bemerkte, er habe übersehen, dass es „neben den Systemen, deren Glieder durch die formalen Verhältnisse von Über- und Unterordnung oder Grund und Folge, auch solche gibt, deren Glieder durch das materiale Verhältnis von Mittel und Zwecken miteinander verknüpft sind. Sollte nicht aber das Rechtssystem gerade ein System der letzteren Art sein?“<sup>114</sup>. Brieflich erläuterte er später gegenüber Engisch: „Ich wusste damals noch nichts von der Südwestdeutschen Schule. Meine Arbeit dreht sich infolgedessen um die Begriffe der systematischen Deduktion und Klassifikation ... ich sah noch nicht die Systematik der teleologischen, praktischen Verfahren“<sup>115</sup>. 1930 legte er dann Grundgedanken für eine „teleologische Systematik, eine Ordnung nach Zwecken und Mitteln“ vor, in der er den früher gewählten Begriff der juristischen Handlung als Ausgangspunkt verabschiedete<sup>116</sup>. 1938 beschloss er seine Überlegungen zu dieser Frage mit der Abhandlung „Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken“<sup>117</sup> – bereits in Auseinandersetzung mit Carl Schmitts „konkretem Ordnungsdenken“, also im Umfeld einer anderen Geschichte.

110 Stammeler, (Fn. 40) 13, 173.

111 Vgl. die Zusammenstellung der Kritiker bei Wenn (Fn. 16), 189 ff., 199; vgl. konkret etwa die zeitgenössische Kritik an seinem Versuch, „Treu und Glauben“ zu präzisieren bei HKK-Duvel/Haferkamp, § 242, Rn. 64.

112 Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, 1962, 187 unter Hinweis auf Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen: Mohr Verlag, 1921.

113 Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin: Guttentag Verlag, 1904, insb. 68 ff.

114 Gustav Radbruch, Literaturbericht Rechtsphilosophie 1905, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie I*, hg. v. Arthur Kaufmann, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987, 459.

115 Brief an Engisch vom 21. 9. 1941, zitiert nach Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch – Leben und Werk, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie I*, hg. v. Arthur Kaufmann, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987, 62 mit Fn. 199.

116 Gustav Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenlehre, in: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Tübingen: Mohr Verlag, 1930, 158 ff.

117 Gustav Radbruch, „Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken“, *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts* 12 (1938), 46 ff. = Arthur Kaufmann (Hg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie III*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, 60 ff.