

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 80

Rechtstheorie und
Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels

Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz

Von

Dr. Gerhard Dornseifer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

GERHARD DORNSEIFER

Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 80

Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels

Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz

Von

Dr. Gerhard Dornseifer



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04411 8

Für Jutta und Iris

Vorwort

Die Arbeit hat im Jahre 1978 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation vorgelegen.

Sie ist von meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. Armin Kaufmann betreut worden. Für seine behutsame, unschätzbar hoch zu veranschlagende Förderung der Arbeit bedanke ich mich herzlich.

Gerhard Dornseifer

Inhaltsverzeichnis

Zur Einführung	15
-----------------------------	-----------

Erstes Kapitel

Grundpositionen einer realistischen Rechtstheorie

A. Wissenschaftstheoretische Grundlagen	18
I. Darstellung der Merkelschen Position	18
1. Der sozialwissenschaftliche Ansatz	18
2. Die erkenntnistheoretischen und methodischen Voraussetzungen der Sozialwissenschaft	19
II. Würdigung	22
B. Das Konzept einer Entwicklungstheorie	26
I. Darstellung der Merkelschen Position	26
1. Die Bedeutung des Widerstreits realer Kräfte und Interessen für eine fortschreitende Entwicklung	26
2. Die Bedeutung der Wissenschaft für eine fortschreitende Ent- wicklung	28
a) Die Abhängigkeit der Theorie von konkreten Bedingungen .	28
b) Die aufklärende Funktion der Theorie als realistisch betrie- bener Wissenschaft	29
II. Würdigung	30
1. Der evolutionistische Positivismus Spencers	30
2. Merkels differenzierender Standpunkt zwischen Historismus und Naturalismus	32
3. Die Parallelität zu modernen Theorien	34
4. Fazit	38

*Zweites Kapitel***Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft**

<i>A. Darstellung der Merkelschen Position</i>	40
I. Die Rechtswissenschaft als „positive“ Wissenschaft	40
II. Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie	41
1. Die Rechtsphilosophie als der allgemeinste Teil der Rechtswissenschaft	41
2. Die Aufgabe der Rechtsphilosophie, Recht als von gesellschaftlichen Bedingungen abhängig zu erklären	42
3. Die Aufgabe der Rechtsphilosophie, das geschichtliche Substrat in einem begrifflich klaren System zu konzentrieren	42
<i>B. Würdigung</i>	43
I. Die Entstehung und Begründung der „Allgemeinen Rechtslehre“ als analytische Strukturtheorie	43
1. Die analytische Methode	43
2. Die funktionale Betrachtung des Rechts	47
II. Die Bedeutung der „sachlogischen“ Strukturen	49
1. Die Position Welzels und Armin Kaufmanns	49
2. Dogmatik als Grenzwissenschaft	53

*Drittes Kapitel***Das Recht**

<i>A. Darstellung der Merkelschen Position</i>	55
I. Der Konflikt als Voraussetzung des Rechts	55
II. Die friedentiftende Funktion des Rechts	55
III. Die Wirkungsweise des Rechts im einzelnen	56
1. Das Recht als Lehre	56
a) Grenzbestimmung einer freien Entfaltung innerhalb konkurrierender Interessen	56

Inhaltsverzeichnis	11
b) Die Kompromißnatur des Rechts	58
c) Die Gerechtigkeit der Grenzziehung	58
d) Die Verbindung von Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit im Recht	59
e) Die fortschrittliche Entwicklung zum „richtigen“ Recht	60
2. Das Recht als Macht	62
a) Das Recht als Willensentscheid	62
b) Die Abhängigkeit der Rechtsmacht von den ethischen Über- zeugungen	62
B. Würdigung	64
I. Das Problem der Rechtsgeltung im Licht der positivistischen Rechtstheorie	64
1. Der Standpunkt Kelsens	64
a) Die Disparität von Sein und Sollen	64
b) Der Rückgriff auf die Grundnorm	65
c) Kritik	66
2. Der Standpunkt Harts	67
a) Die begriffliche Trennung von Recht und Moral	67
b) Der „Mindestinhalt“ des Rechts	69
c) Die Struktur der Rechtsregel	70
d) Kritik	71
II. Die Weiterführung der Merkelschen Geltungstheorie	74
1. Die kritische Einordnung der generellen Anerkennungstheorie durch Welzel	74
2. Die Weiterentwicklung des Merkelschen Legitimitätskonzepts ..	76
a) Das Festhalten an der Ableitung inhaltlich richtiger Soll- urteile durch Sicherung des Rahmens für geistige Ausein- andersetzung	76
b) Die Entscheidung für die Sicherung der Möglichkeitsbedin- gungen verpflichtender Sinnentwürfe	78

Viertes Kapitel

Die Struktur der Rechtsnorm

A. Darstellung der Merkelschen Position	82
I. Primäre und sekundäre Bestimmung	82

II. Die Stellungnahme zum Imperativenmonismus	83
III. Das Adressatenproblem	85
<i>B. Würdigung</i>	86
I. Das Sachproblem der Konkretisierung der Norm zur Pflicht	86
II. Die mangelnde Differenzierung in der Merkelschen Position	87

Fünftes Kapitel

Das Strafrecht

<i>A. Darstellung der Merkelschen Position</i>	89
I. Die allgemeine Funktion des Strafrechts Mittel zu bestimmtem Zweck	89
II. Die einzelnen Gegenstände der Strafrechtswissenschaft	89
1. Die strafbare Handlung	89
2. Die Zurechnung schuldhaften Verhaltens	92
a) Äußere Tatseite	92
b) Innere Tatseite	92
c) Kausalität	92
d) Schuldkonzept jenseits des Schuldenstreits	94
3. Die Strafe als zweckbestimmte Vergeltung	96
a) Die Zweckbestimmtheit der Strafe	96
b) Die Gerechtigkeit der Strafe	97
<i>B. Würdigung</i>	98
I. Das Problem des „schuldlosen“ Unrechts	98
1. Der Weg der Subjektivierung des Unrechts	98
2. Die Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein	100
3. Neuere Theoreme zur Identifizierung von Schuld und Unrecht	101
4. Die notwendige Beziehung von Unrecht und Schuld	102

Inhaltsverzeichnis	13
II. Strafzweck und Schuldkonzept	104
1. Die Unbeweisbarkeit tatsächlicher Freiheit	104
2. Prävention und Schuld	105
a) Die Position Roxins	105
b) Die Position Jakobs	106
3. Weiterentwicklung des Merkelschen Identitätskonzepts	108
a) Präzisierung der Position Merkels	108
b) Sicherung von Selbstdarstellung und Rollendistanz als realer Kern der Schuldzuschreibung	110
c) Einüben in Rechtstreue durch Schuldzuschreibung	113
 Zusammenfassung	 119
 Literaturverzeichnis	 127

Zur Einführung

Adolf Merkel lebte von 1836 bis 1896. 1862 habilitierte er sich an der Universität Gießen und erhielt 1868 seinen Ruf als ordentlicher Professor nach Prag. Ein Jahr vorher war seine erste größere Arbeit unter dem Titel „Kriminalistische Abhandlungen“ erschienen. Mehr und mehr rückten nun Untersuchungen über die Grundlagen einer allgemeinen Rechtslehre, einer umfassenden Strafrechtsphilosophie in den Vordergrund. 1874 erschien die Abhandlung „Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ‚positiven‘ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben“ und etwa gleichzeitig — nachdem er im Jahre 1872 einem Ruf nach Wien gefolgt war — „Der Begriff der Strafe in seinen geschichtlichen Beziehungen“. Die theoretische Aufarbeitung der soziologischen Entwicklungslehren mit Bezug auf das Strafrecht, wie die Erklärung des Rechts als bestimmbare sozialpsychologische Realität, bildeten von da an das ständig wiederkehrende Thema Merckelscher Überlegungen.

Dabei wendete sich Merkel insbesondere gegen die idealistische Interpretation der Rechtswirklichkeit.

Eine wesentliche Leistung Merckels liegt wohl darin, im Theorienstreit um eine richtige Schuld- und Strafkonzepktion eine eigenständige, vermittelnde Position aufgewiesen zu haben. Sowohl die „Klassiker“ wie die Vertreter der „neuen Schule“ krankten in der Behandlung des Strafzweckproblems wie in der Lehre von der Verantwortlichkeit an dem Dogmatismus, „die Erscheinungen des Rechtslebens nach gegebenen Begriffen zu meistern und das, was sich nicht aus diesen ableiten oder in Einklang bringen läßt“¹, als bedeutungslos anzusehen.

Die „Juristische Enzyklopädie“ enthält eine Anwendung der Merckelschen Überlegungen für alle Bereiche des Rechtslebens.

Gegen Ende seines Lebens beschäftigte sich Merkel zunehmend mit sozialwissenschaftlichen Fragestellungen, in der Annahme, somit einen übergreifenden Systemgesichtspunkt für eine allgemeine Rechtslehre und Rechtsdogmatik zu gewinnen. Diesen „modernen“ Ansatz seiner Überlegungen konnte Merkel nicht mehr systematisch entfalten. Hinterlassen sind uns nur die „Fragmente zur Sozialwissenschaft“.

¹ *Merkel*, Rechtliche Verantwortlichkeit, in: Ges. Abh., S. 874.

Die Rechts- insbesondere die Strafrechtstheorie Adolf Merkels hat nicht die Beachtung gefunden, die sie prätendiert. Denn im Gegensatz zur pauschalen Betrachtungsweise, ihn als reinen Positivisten zu kennzeichnen, arbeitete Merkel zeitlebens daran, über die gelegentliche Interpretation positiver Rechtsbestimmungen hinaus eine Theorie zu entwickeln, die in allen ihren Teilen eine durchdachte und vertiefte Grundlage der allgemeinen Rechtslehre wie der allgemeinen Strafrechtslehre bieten sollte.

Ein Grund, warum das Werk Merkels nicht so eingeschlagen ist wie etwa das seiner Zeitgenossen Binding und von Liszt, liegt darin, daß er nie zu einer in sich abgeschlossenen Darstellung seiner Theorie gekommen ist. Sein Werk ist in gewisser Hinsicht — vom äußeren sozusagen — ein Torso geblieben.

Merkel führt seine Thesen zumeist in kürzeren monographischen Darstellungen, Gedenkreden oder Buchbesprechungen aus. Sie liegen jetzt in seinen „Gesammelten Abhandlungen“ vor. Und obwohl sie äußerlich fragmentarischen Charakter haben, gilt für diese Ausführungen gleichermaßen, was Merkel in der Vorbemerkung zum „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“ gesagt hat: „Den umfangreicheren Lehrwerken über das Strafrecht gegenüber behauptet sich ein Interesse, den *wesentlichen* Gehalt dieses Rechtsteiles unter tunlichster Hervorhebung und Klarstellung seiner Grundgedanken im engeren Rahmen zur Darstellung zu bringen.“

Ein anderer Grund, warum Merkels Thesen sich nicht so durchsetzen, liegt in ihrer Art, gegenseitige Standpunkte (so z. B. bezüglich des Schulenstreites in der Frage einer naturalistischen oder ethischen Strafbegründung) auszugleichen und vom eigenen methodischen Standpunkt ausgehend eine Synthese herbeizuführen. Eine solche Harmonisierung gegenseitiger Standpunkte verliert als Theorie häufig deshalb an Einprägsamkeit, weil die Gegensätze sich schon eingeschliffen und „dogmatisch“ verfestigt haben.

Da Einzeluntersuchungen über das gesamte System Merkels, soweit ersichtlich, noch nicht vorliegen, besteht das Untersuchungsziel der Arbeit darin, die gesamte Theorie in ihren modernen Bezügen zu erörtern.

Dabei sind zwei Hauptaufgaben zu bewältigen.

Einmal ist der Theoriecharakter der Gedankenführung Merkels selbst erst aufzuzeigen, d. h. unter weitgehendem Verzicht auf eine entwicklungsgeschichtliche Untersuchung (z. B. weltanschauliche Grundlagen der Lehre Merkels) die Theorie rein in ihrem logischen Aufbau, ihrer Methode und ihrem gedanklichen Fortschreiten auf das zu Erklärende hin zu untersuchen. Von der dogmatischen Seite her betrachtet, bedeutet dies: Es stellt sich nicht zuerst das Problem, eine bestimmte Lehre von

ihren geschichtlichen Voraussetzungen her zu verstehen, sondern es handelt sich um die Ermittlung des überzeitlichen, übergeschichtlichen Gehaltes eines Geisteswerkes.

So ist Untersuchungsgegenstand einmal die Stringenz und Konsequenz der Gedankenführung Merkels, wobei die schon oben angedeutete Schwierigkeit besonders ins Gewicht fällt: Wie soll man einen Gedankengang darstellen, der nie als Theorie im strengen Sinne systematisch durchgeführt wurde? Das essayistische Vorgehen Merkels ist hier besonders zu berücksichtigen.

Zum anderen geht es darum, ausgehend von den Forschungsergebnissen Merkels, die Grenzen strafrechtlicher Dogmatik und Theoriebildung aufzuweisen.

Der Verfasser sieht die Aufgabe so, daß er zunächst die wissenschaftstheoretische Grundlegung, dann die abstrakteren Begriffe, die allgemeinsten Elemente in der allgemeinen Rechtslehre Merkels, erläutert und sie dann im Erklärungszusammenhang auf die konkreten Ziele hin (Vorwerfbarkeit und Strafe) darstellt.

Die zweite Hauptaufgabe wird darin bestehen, das kritische Fundament, die Sonde eigener dogmatisch kritischer Einordnung zu finden.

Es geht hier um die Frage nach den Grundpositionen jeder Strafrechtsdogmatik, die sich im Anschluß an die Arbeiten Welzels, Stratenwerths und Armin Kaufmanns zuletzt auf das Problem der sachlogischen Struktur im Recht zuspitzte. Es geht um die Frage der Begründung des Rechts, hier gerade mit Bezug auf die speziellere Strafrechtsdogmatik.

Inwieweit auf diesem Gebiet die Untersuchungen Merkels und seine Absicht, die in „persönlichem Zwist und in unsachlichem Dogmatismus“ erstarrten Fronten zu überwinden, für die heutige Diskussion fruchtbar zu machen ist, wird die Arbeit zeigen. Sie wird besonders darauf einzugehen haben, daß schon Merkel die Grundbegriffe des Strafrechts auf der Grundlage ihrer historischen Entwicklung, sozialen Bedingtheit und Verflechtung mit den politischen Ideen entwickelt hat, ein Ansatzpunkt, der sich gerade heute zunehmend wiederfindet. Es wird um den Realismus in der Jurisprudenz gehen.

Die Darstellung des Merkelschen Systems unterscheidet sich grundlegend von den beiden bis jetzt erschienenen Arbeiten über Merkel dadurch, daß sie erstmals die wissenschaftstheoretischen Voraussetzungen in ihrem umfassenden soziologischen Ansatz aufgreift und auf die feinsten dogmatischen Verästelungen hin verfolgt. Damit ist ein Gesichtspunkt hervorgehoben, der von vornherein die Verschränkung von Dogmatik und Faktizität präntendiert. Die Normlogik ist verwiesen auf die Kenntnis des lebenden Rechts, seiner Entwicklungsgesetze und der Gesetze seiner Wirksamkeit.