

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

<b>Zur Einführung</b> .....	<b>15</b>
-----------------------------	-----------

## *Erstes Kapitel*

### **Grundpositionen einer realistischen Rechtstheorie**

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

*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>B. Würdigung</b> .....	64
<b>I. Das Problem der Rechtsgeltung im Licht der positivistischen Rechtstheorie</b> .....	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
<b>II. Die Weiterführung der Merkelschen Geltungstheorie</b> .....	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**

<b>A. Darstellung der Merkelschen Position</b> .....	82
<b>I. Primäre und sekundäre Bestimmung</b> .....	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

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



## 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“<sup>1</sup>, 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“.

---

<sup>1</sup> *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.