

THOMAS WISCHMEYER

Zwecke im Recht des Verfassungsstaates

*Grundlagen der
Rechtswissenschaft*

26

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Horst Dreier, Ulrike Müßig und Michael Stolleis

26



Thomas Wischmeyer

Zwecke im Recht des Verfassungsstaates

Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur

Mohr Siebeck

Thomas Wischmeyer: geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Br., Lausanne und Krakau; 2012 Visiting Researcher an der Yale Law School; 2014 Promotion; seit 2014 Akademischer Rat a.Z. am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abt. 1 (Staatswissenschaft), an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-153614-4 \ eISBN 978-3-16-159734-3 unveränderte Ebookausgabe 2020

ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2015. www.mohrsiebeck.com

© Thomas Wischmeyer.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit untersucht mit dem Zweckbegriff eine ebenso praktisch bedeutsame wie theoretisch schwierige Kategorie des Rechtsdenkens. Sie zeigt, in welchen Traditionen die heute allgemein geteilte Überzeugung steht, dass Recht Zwecke in der und für die Gesellschaft verfolgt, und welche (rechts-)theoretischen Voraussetzungen mit einer entsprechenden Verwendung des Begriffs in der Rechtsanwendung einhergehen. Die Arbeit, die diesem Buch zugrunde liegt, wurde im Sommersemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Andreas Voßkuhle hat ihre Erstellung betreut. Seine Ermutigung und Förderung waren für das Gelingen der Arbeit entscheidend. Herr Professor Dr. Matthias Jestaedt hat die Arbeit von Beginn an durch wertvolle Anregungen gefördert und das Zweitgutachten erstellt. Erste Überlegungen konnte ich in einem von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Grimm veranstalteten Seminar in der Villa Vigoni vortragen. Herr Professor Dr. Christoph Möllers hat mir Zutritt zu seinem Doktorandenkolloquium gewährt und mich dort über meine Fortschritte berichten lassen. Die Yale Law School hat mir im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes großzügig Ressourcen zur Verfügung gestellt. Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat die Erstellung der Arbeit durch ein Promotionsstipendium gefördert. Zahlreiche Freunde haben mich als Diskussionspartner und kritische Leser unterstützt; dies gilt vor allem für meine Kolleginnen und Kollegen am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie Franziska Bantlin, Dr. Martin Diesterhöft, Carolin Fretschner, Cordt-Magnus van Geuns-Rosch, Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, Dr. Ann-Katrin Kaufhold und Martin Vocks. In der Abschlussphase des Manuskripts leisteten Sebastian Löffler und Lutz Ohlendorf wertvolle Hilfe. Die Gespräche mit Herrn Professor Dr. Christian Bumke haben das Projekt durch alle Phasen getragen und vermittelt, dass Wissenschaft mehr als ein Beruf sein kann. Wie alles andere hat Dr. Mareike Frick auch diese Arbeit begleitet. Ihnen allen sei sehr herzlich Dank gesagt. Auch den Herausgebern der „Grundlagen der Rechtswissenschaft“ danke ich für die Aufnahme des Werks in die Reihe. Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern.

Freiburg i. Br., im Herbst 2014

Thomas Wischmeyer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XX

Einführung

§ 1 Die Ambivalenz des Rechts im Umgang mit dem Zweckbegriff	1
A. <i>Der „Zweck“ als Proteus unter den Begriffen</i>	1
B. <i>Zur Notwendigkeit „rechtsimmanenter“ Rechtstheorie</i>	6
C. <i>Gang der Darstellung</i>	8

Erster Teil: Genealogie der teleologischen Epoche des Rechts

§ 2 Zwecke im Recht vor und in der „teleologischen Epoche“	14
A. <i>Fünf Miniaturen</i>	17
B. <i>Zwecke in der Philosophie des 19. Jahrhunderts: Zwischen Teleologie, Naturphilosophie und Handlungstheorie</i>	35
C. <i>Zweck und Zweckbegriffe: Eine Systematisierung</i>	45
D. <i>Die drei Dimensionen rechtswissenschaftlichen Zweckdenkens: Ordnung, Subjekt, Normativität</i>	50
E. <i>Der ‚Zweck‘ als abhängige Variable rechtstheoretischer Entwürfe</i>	53
§ 3 Der Zweck als „Schöpfer des ganzen Rechts“ – oder als „Sphinx“? Jherings „Zweck im Recht“	55
A. <i>Jhering: Der Durchbruch zum Zweck als Bekehrung?</i>	58
B. <i>Jherings „Zweck“ als Dokument einer Krise des Rechtsdenkens und als Versuch einer Vermittlung</i>	64

C. <i>Das Recht im „Zweck“ und seine Akteure</i>	78
D. <i>Jherings Erbe</i>	91

§ 4 Der Zweck als Handlungsbegriff. Jellineks neue methodische Grundlegung

A. <i>Kontexte: Die „juristische Methode“ und die Frage nach den „Zwecken“</i>	99
B. <i>Die zweckorientierte Handlung als rechtstheoretisches Fundament Jellineks</i>	117
C. <i>Staatsmetaphorik und Zweckbegriff: Die „Zweckseinheit“ als (Rechts-)Subjekt</i>	132
D. <i>Der Zweck in Jellineks Staatszwecklehre: Von der Normativität objektiver Zwecke zur funktionalen Rechtfertigung des Staates</i>	147
E. <i>Ausblick</i>	154

§ 5 Die Popularität der Frage nach dem „Zweck im Recht“. Die „teleologische Epoche“ und ihre Wirkung

A. <i>Die „teleologische Epoche“ und die Transformation des Rechtsdenkens</i>	159
B. <i>Drei Miniaturen zum Zweck als Reform-Formel</i>	167
C. <i>Der Zweckbegriff als Auftrag</i>	176

Zweiter Teil: Der Zweckbegriff im Recht des Verfassungsstaates

§ 6 Rechtsetzung als Zwecksetzung

A. <i>Die Normativität von Zwecken im Recht des Verfassungsstaates</i>	182
B. <i>Die Verwendungsdimensionen des Zweckbegriffs im Recht</i>	208
C. <i>Rechtsetzung als kollektive intentionale Aktivität</i>	225
D. <i>Folgerungen und Ausblick: Zweckbegriffe im juristischen Diskurs des Verfassungsstaates</i>	251

§ 7 Recht versus Zweck? Der Zweckbegriff als Chiffre	253
A. <i>Der Zweckbegriff zwischen rechtlicher Rationalität und instrumenteller Vernunft</i>	255
B. <i>Zweckorientierung und Gesetzesbegriff: Zweck als Chiffre zur Markierung von Willenssphären und Gestaltungsspielräumen</i>	269
C. <i>Die Unterscheidung von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit</i>	302
D. <i>Finalisierungstendenzen im Recht?</i>	310
§ 8 Die Rekonstruktion gesetzgeberischer Zwecksetzungen in der Rechtsanwendung	317
A. <i>Rechtsanwendung: Zwischen Sprache, Entscheidung und Verfassung</i>	322
B. <i>Die Rekonstruktion des Zwecks als „Ziel“ der Rechtsanwendung im Verfassungsstaat?</i>	339
C. <i>Arten der Verwendung des Zweckbegriffs in Rechtsanwendungsdiskursen</i>	357
D. <i>Gesetzesmaterialien als Indizien parlamentarischer Willensbildung</i>	377
E. <i>Zusammenfassung</i>	398

Schlussteil

§ 9 Ausblick	401
Literaturverzeichnis	409
Sach- und Personenregister	461

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XX

Einführung

§ 1 Die Ambivalenz des Rechts im Umgang mit dem Zweckbegriff.....	1
A. Der „Zweck“ als Proteus unter den Begriffen	1
B. Zur Notwendigkeit „rechtsimmanenter“ Rechtstheorie	6
C. Gang der Darstellung.....	8

Erster Teil: Genealogie der teleologischen Epoche des Rechts

§ 2 Zwecke im Recht vor und in der „teleologischen Epoche“....	14
A. Fünf Miniaturen.....	17
I. Richterliche Rechtsanwendung: Vom Zweck des Rechtssatzes zur Zwecksetzung durch Recht	18
II. Justizstaat und Administrativjustiz: Der Gegensatz von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit	23
III. Polizeiwissenschaft und Staatsrecht: Von der teleologischen zur juristischen Methode	26
IV. Die Krise der Staatszwecklehre: Vom Staatszweck zum Zwecksetzenden Staat.....	28
V. Staatsmetaphorik: Der Staat als Maschine, Organismus, Person – und als zwecksetzender Akteur	31
VI. Zwischenergebnis: Zweckbegriff und Zweckverständnisse	35

<i>B. Zwecke in der Philosophie des 19. Jahrhunderts: Zwischen Teleologie, Naturphilosophie und Handlungstheorie</i>	35
I. Die klassische Perspektive: Zwecke als Ausdruck der Einheit von Ordnung und Handlung (Trendelenburg)	37
II. Die kritische Perspektive: Zweck-Mittel-Relationen als Heuristiken und Zwecke als Ziele intentionaler Handlungen	39
1. Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft	40
2. Zweck- und Kausalitätsbegriff im Anschluss an Kant (Sigwart)..	42
3. Der Zweck und die „handelnde Persönlichkeit“ (Wundt).....	43
<i>C. Zweck und Zweckbegriffe: Eine Systematisierung</i>	45
I. Die Ordnungsdimension	45
II. Die Subjektdimension	47
III. Die Normativitätsdimension	48
IV. Zwischenfazit	49
<i>D. Die drei Dimensionen rechtswissenschaftlichen Zweckdenkens: Ordnung, Subjekt, Normativität</i>	50
I. Die Ordnungsdimension	51
1. Recht als Ausdruck einer vorgegeben Ordnung der Zwecke	51
2. Die Konstruktion von Ordnung durch zweckorientiertes Recht ...	51
II. Die Subjektdimension	52
1. Die Vorgängigkeit der Zwecke vor dem Recht setzenden Subjekt.....	52
2. Das Zweckssubjekt als notwendige Bedingung jeder Rechtsetzung	52
III. Die Normativitätsdimension	53
1. Zwecke als Normativitätsbedingung und -begründung.....	53
2. Die Abhängigkeit der Normativität der Zwecke vom zweckssubjektbezogenen Rechtfertigungsnarrativ	53
<i>E. Der ‚Zweck‘ als abhängige Variable rechtstheoretischer Entwürfe</i>	53
§ 3 Der Zweck als „Schöpfer des ganzen Rechts“ – oder als „Sphinx“? Jherings „Zweck im Recht“	55
<i>A. Jhering: Der Durchbruch zum Zweck als Bekehrung?</i>	58
I. Kontinuität und Bruch im Umgang mit Jherings Werk	58
II. Kontinuität und Bruch im Werk Jherings: Jherings Bekehrung?	61

B. <i>Jherings „Zweck“ als Dokument einer Krise des Rechtsdenkens und als Versuch einer Vermittlung</i>	64
I. Jherings Anliegen im „Zweck im Recht“: Der „Zweck“ als Theorie der Gesellschaft	64
II. Jherings Zweckbegriff (I): Zwecke als Ziele von Handlungen.....	66
1. Das handelnde Individuum als idealistischer Ausgangspunkt	66
2. Das Problem kollektiven Handelns: Die Gesellschaft als Zweckssubjekt.....	69
III. Jherings Zweckbegriff (II): Der Zweck als Manifestation einer objektiven Ordnung.....	72
1. Zwecke als Produkte eines göttlichen Willens: Gott als Zweckssubjekt?.....	72
2. Die „sociale Mechanik“.....	73
IV. Der Zweck im „Zweck“: Jherings Verdoppelungen des Zweckbegriffs	76
C. <i>Das Recht im „Zweck“ und seine Akteure</i>	78
I. Rechtspraxis: Konventionelle und innovative Aspekte von Jherings Theorie der Rechtsanwendung im Spätwerk	78
II. Die Rolle der Rechtswissenschaft im Spätwerk	82
1. Der Zweck in der juristischen Begriffsbildung: Hin zu einer teleologischen Methode?.....	82
2. Die Rolle der Rechtswissenschaft im Rechtssystem.....	86
III. Rechtsetzung zwischen Zwecksetzung und Zweckverwirklichung: Positivität des Rechts und Rechtskritik.....	87
D. <i>Jherings Erbe</i>	91
§ 4 <i>Der Zweck als Handlungsbegriff. Jellineks neue methodische Grundlegung</i>	95
A. <i>Kontexte: Die „juristische Methode“ und die Frage nach den „Zwecken“</i>	99
I. Gerbers Staatsrecht: Zwischen Handlung und Ordnung.....	101
II. Labands Polemik gegen teleologische Konstruktion	103
1. Teleologische Konstruktionen bei Laband.....	104
2. Labands Ausführungen zur Bedeutung von Zwecken für die rechtsdogmatische Begriffsbildung.....	107
3. Labands Staatsrecht: Zweckkritik und Staatszwecke.....	108
III. Otto Mayers Verwaltungsrecht als „ödester Formalismus“?.....	110

IV. Stoerks Plädoyer für den „Zweck“ als Kontextualisierungstheorie..	113
V. Ambivalenzen des Zweckbegriffs im staatsrechtlichen Positivismus	115
<i>B. Die zweckorientierte Handlung als rechtstheoretisches Fundament Jellineks</i>	117
I. Jellineks „Zwei-Seiten-Theorie“?	118
II. Jellineks (rechts-)wissenschaftstheoretisches Programm	121
III. Konsequenzen für Jellineks Verständnis des Zweckbegriffs.....	126
1. Recht als zweckorientierte Handlung.....	126
2. Der Zweckbegriff als Vermittlungsinstanz von Faktizität und Normativität?.....	127
3. Zwecke in der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung	128
<i>C. Staatsmetaphorik und Zweckbegriff: Die „Zweckseinheit“ als (Rechts-)Subjekt.....</i>	132
I. Konstellationen: Zwischen Etatismus und methodischem Individualismus.....	133
II. Die Absage an naturalistische Vorstellungen kollektiver Einheit: Jellineks Kritik der Organismustheorie.....	136
III. Die Absage an ein konstruktivistisches Verständnis der Zweckseinheit: Jellineks Kritik der Fiktionslehre	141
IV. Jellineks Konzeption des Staates als praktische Zweckseinheit und als juristische Person	142
V. Zweck und Zweckseinheit zwischen Sein und Sollen?	145
<i>D. Der Zweck in Jellineks Staatszwecklehre: Von der Normativität objektiver Zwecke zur funktionalen Rechtfertigung des Staates</i>	147
I. Vom objektiven Staatszweck zum funktionalen Argument.....	148
II. Von der funktionalen Rechtfertigung zur Notwendigkeit des Staates?	151
<i>E. Ausblick</i>	154
§ 5 Die Popularität der Frage nach dem „Zweck im Recht“. Die „teleologische Epoche“ und ihre Wirkung	156
<i>A. Die „teleologische Epoche“ und die Transformation des Rechtsdenkens.....</i>	159

I.	Die „teleologische Epoche“ als Durchbruch zu einem progressiven Rechtsdenken?	160
II.	Die Popularität des Zweckdenkens als Ausdruck einer Transformation des Rechtsbegriffs	163
III.	Die „teleologische Epoche“: Unschärfe als Programm	166
B.	<i>Drei Miniaturen zum Zweck als Reform-Formel</i>	167
I.	Progressivität: Der Zweck im Freirecht als Programm.....	168
II.	Pragmatik: Der Zweck in der Interessenjurisprudenz als Rationalisierungsmodell.....	169
III.	Diffusität: Schwinge, von Hippel und die „teleologische“ Strömung.....	173
C.	<i>Der Zweckbegriff als Auftrag</i>	176

Zweiter Teil: Der Zweckbegriff im Recht des Verfassungsstaates

§ 6	Rechtsetzung als Zwecksetzung	179
A.	<i>Die Normativität von Zwecken im Recht des Verfassungsstaates</i>	182
I.	Zur Normativität „objektiver“ Zwecke: Der Staatszweckdiskurs.....	184
II.	Die Normativität zweckgerichteter Setzungen im Recht des Verfassungsstaates	190
III.	Der normative Überschuss des Rechts und die Normativität von Zwecken	195
1.	Überschuss und Immanenz im Verfassungsrecht.....	196
2.	Das Recht als „teleologisches Sinngebilde“?	200
3.	„Zweck“ als Chiffre für den normativen Überschuss des Rechts	203
4.	Zwischenfazit: Zweck als Formel für diffuses Wertedenken.....	206
IV.	Zweckbegriff und Normativitätsmodelle: Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	207
B.	<i>Die Verwendungsdimensionen des Zweckbegriffs im Recht</i>	208
I.	Rechtsetzung als Handlung und die Zweck-Mittel-Relation als Konstruktionsmodell.....	209
II.	Recht als normative, auf praktische Wirksamkeit gerichtete, kollektiv intentionale Handlung.....	213
1.	Zwecke als rechtlich relevante Gründe (normative Verwendungsdimension).....	213

2. Zwecke als Maßstäbe der Analyse sozialer Wirklichkeit (empirische Verwendungsdimension).....	217
3. Zwecke als Markierungen intentionaler Aktivität (intentionale Verwendungsdimension).....	222
III. Die Pluralität der Perspektiven und die Suche nach „dem“ Zweck im Recht	223
C. <i>Rechtsetzung als kollektive intentionale Aktivität</i>	225
I. Intentionalität und Kollektive: Realistische Einwände	230
1. Gesetzgebungsverfahren und Public Choice-Theorie	231
2. Das Problem der Interessenaggregation	233
3. Der enge Intentionalitätsbegriff der Public Choice-Literatur.....	235
II. Potentiale des Intentionalitätsbegriffs in kollektiven Kontexten	236
1. Kollektive Intentionalität als sozialontologisches Phänomen	237
2. Intentionalität als Markierung der Verantwortlichkeit von Kollektiven	239
III. Der Gesetzgeber als kollektiv intentionaler Akteur	242
1. Möglichkeit, Notwendigkeit und Grenzen einer kollektiv intentionalen Perspektive auf Recht und Gesetzgebung	243
2. Das Potential einer Analyse des Gesetzgebers als eines (auch) kollektiv intentionalen Akteurs	246
D. <i>Folgerungen und Ausblick: Zweckbegriffe im juristischen Diskurs des Verfassungsstaates</i>	251
 § 7 Recht versus Zweck? Der Zweckbegriff als Chiffre	253
A. <i>Der Zweckbegriff zwischen rechtlicher Rationalität und instrumenteller Vernunft</i>	255
I. Habermas' Kritik der Zweckrationalität in der Theorie des kommunikativen Handelns	259
II. Die teleologische Struktur von (kommunikativen) Handlungen	262
III. Folgerungen für die Verwendung des Zweckbegriffs im Recht	267
B. <i>Zweckorientierung und Gesetzesbegriff: Zweck als Chiffre zur Markierung von Willenssphären und Gestaltungsspielräumen</i>	269
I. Maßnahmegesetze und Rechtsgesetze: Der Gesetzgeber als Akteur	272
1. Norm und Maßnahme: Ordnung und Zweckverwirklichung	272
2. Forstoffs Verständnis des Zweckbegriffs	274

3. Parlamentarische Zwecksetzung als „Einbruch“ in das Gewaltenteilungsgefüge	275
II. Finalprogramme und der (Zwecksetzungs-)Spielraum der Verwaltung.....	280
1. Final- und Konditionalprogramme als organisationssoziologische Kategorien	281
a.) Begriffsbestimmungen: Programm, Konditionalität, Finalität	282
b.) Die Instabilität der Unterscheidung von Konditional- und Finalprogramm	283
c.) Rahmenbedingungen der Rezeption: Luhmanns Überlegungen zum Recht als Konditionalprogramm	285
2. Konditional und final programmierte Normen als Rechtsbegriffe	288
a.) Der normtheoretische Gegensatz von finalem (Planungs-) Recht und konditionalem Recht.....	288
b.) Die analytische Unschärfe der Kategorien und die These der Unbestimmtheit von Zwecken	290
3. Finalprogramme und die Behauptung eines Gestaltungsspielraums der Verwaltung.....	294
III. Finalstruktur und Europarecht	297
IV. Fazit: Die Verwendung des Zweckbegriffs als Chiffre für Gestaltungsspielräume im Recht.....	301
 C. <i>Die Unterscheidung von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit</i>	302
I. Begriffsbestimmung: Zweckmäßigkeitbegriffe.....	303
II. Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit als Chiffren	304
III. Exkurs: Der Schluss vom Zweck auf die Mittel	307
 D. <i>Finalisierungstendenzen im Recht?</i>	310
 § 8 Die Rekonstruktion gesetzgeberischer Zwecksetzungen in der Rechtsanwendung	317
A. <i>Rechtsanwendung: Zwischen Sprache, Entscheidung und Verfassung</i>	322
I. Gesetzesbindung	323
1. Gesetzesbindung als regulative Idee und Legitimationsbedingung	323
2. Gesetzesbindung und die determinierende Kraft der Sprache	324
3. Der kontrafaktische Charakter von Methodenregeln	327

4. Die Unmöglichkeit von Letztbegründungen	328
II. Strategien der Immunisierung	331
1. Aufhebung durch externe Rationalität	331
2. Bewältigung durch Dezision, Verantwortung oder Fiktion	333
3. Verlagerung durch Rekurs auf Verfassungsrecht und Verfassungstheorie	334
III. Rechtsanwendungstheorie und die Frage nach „dem“ Zweck	338
 B. <i>Die Rekonstruktion des Zwecks als „Ziel“ der Rechtsanwendung im Verfassungsstaat?</i>	339
I. Objektive und subjektive Theorie als geltungstheoretische Differenz?	342
II. Teleologische Chiffren und „paradigmatische Differenzen“	345
1. Das Problem der richterlichen Entscheidung	346
2. Verfassungstheoretische Vorverständnisse	348
a.) Paradigmatische Differenz I: Parlament und Gericht	349
b.) Paradigmatische Differenz II: Statik und Dynamik	350
III. Und der Zweckbegriff?	354
IV. Exkurs: Der Zweckbegriff und die Auslegung des Europarechts	355
 C. <i>Arten der Verwendung des Zweckbegriffs in Rechtsanwendungsdiskursen</i>	357
I. Der Verweis auf den Gesetzeszweck als Wertbehauptung und als Wertbegründungsfragment („normative Verwendungsdimension“)	360
II. Zwecke als Maßstäbe der Analyse sozialer Wirklichkeit: Folgenerwägungen als Teil der Bedeutungsrekonstruktion („empirische Verwendungsdimension“)	366
1. Folgenderwägung im „gesetzesfreien“ Bereich	367
2. Folgenderwägungen als Strategie zur Bedeutungsermittlung	369
3. Folgenorientierung und Rechtsanwendungstheorie	369
III. Zwecke als Ausdruck einer gesetzgeberischen Regelungsabsicht („intentionale Verwendungsdimension“)	370
1. Der „Willen“ des Gesetzgebers in der Rechtsanwendung	372
2. Gesetzgeberischer „Willen“ als kollektiv intentionale Aktivität	373
 D. <i>Gesetzesmaterialien als Indizien parlamentarischer Willensbildung</i>	377
I. Gesetzesmaterialien und der Gesetzgeber als kollektiv intentionaler Akteur	382
II. Allgemeine Prinzipien zum Umgang mit Gesetzesmaterialien	385
III. Regeln für den Umgang mit spezifischen Dokumenttypen	389
IV. Aktuelle Anwendungsfälle	394

E. Zusammenfassung..... 398

Schlussteil

§ 9 Ausblick..... 401

Literaturverzeichnis..... 409

Sach- und Personenregister 461

Abkürzungsverzeichnis

AA	Akademieausgabe (Kant)
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
BBKL	Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon
EzR	Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HWPh	Historisches Wörterbuch der Philosophie
JheringsJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (ab 1893 mit dem Zusatz „Jherings Jahrbücher“, ab 1897 als „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts“)
L. J.	Law Journal
L. Rev.	Law Review
MEW	Marx-Engels-Werke
SchmJb	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich
SEP	The Stanford Encyclopedia of Philosophy
TKH	Theorie des kommunikativen Handelns (Habermas)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 7. Auflage, Berlin 2013.

Zur Zitierweise: Drucktechnische Hervorhebungen im Original, insbesondere Sperrungen, wurden beibehalten. Zusätzliche Hervorhebungen werden durch gesonderten Zusatz kenntlich gemacht. Zeichensetzung und Orthographie wurden übernommen und nur offensichtliche Fehler berichtigt.

Einführung

§ 1 Die Ambivalenz des Rechts im Umgang mit dem Zweckbegriff

„Nach Zwecken. – Von allen Handlungen werden wohl am wenigsten die nach Zwecken verstanden, weil sie immer als die verständlichsten gegolten haben und für unser Bewusstsein das Alltäglichsie sind. Die grossen Probleme liegen auf der Gasse.“¹

A. Der „Zweck“ als Proteus unter den Begriffen

Der rationale Gesetzgebungsstaat der Moderne setzt Recht nicht um seiner selbst willen. Sein Recht zielt auf Ergebnisse, also auf die Verwirklichung sozialer Zwecke.² Das Recht hat diese Zweckorientierung vielfältig internalisiert. Zwecke begegnen dem Rechtswissenschaftler etwa in Form positivrechtlich normierter Leitvorschriften oder als Element dogmatischer Figuren wie der Zweck-Mittel-Relationierung, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt. In der Methodenlehre als Reflexion richterlicher Entscheidungsbedingungen gehört die Rekonstruktion der Zwecke einer Norm zum anerkannten Auslegungsprogramm. Das Selbstverständnis, als Jurist Teilnehmer eines Diskurses zu sein, der durch die Beschäftigung mit Recht immer auch dessen Eigenschaft als Mittel zur Gestaltung sozialer Wirklichkeit in den Blick nehmen kann, prägt die Rechtswissenschaft über methodische und inhaltliche Differenzen hinweg.

Das darin zum Ausdruck kommende Verständnis des Rechts als einer sozialen Handlungsordnung wird nicht von außen an das Recht herangetragen, sondern ist Teil seiner inneren Struktur und Grammatik. So gehen positiv-

¹ Nietzsche, *Morgenröthe*, ²1887, S. 119 (Zweites Buch, Nr. 127).

² Vgl. für das Verwaltungsrecht programmatisch *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, ²2006, Kap. 1 Rn. 33 und Kap. 2 Rn. 20 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen*, in: *GVwR II*, ²2012, § 33 Rn. 16 ff. Zur Wirksamkeitsorientierung des Rechts vgl. auch schon *Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S. 15; *Krawietz*, *Das positive Recht*, 1967, S. 71: „Das in einer Rechtsnorm als gesollt statuierte Verhalten ist nicht ein Sollen für sich, sondern stets ein Sollen von Etwas.“ Vorsichtiger *Bryde*, *Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, 1993, S. 7 ff. Weiter dazu unter § 6 A.

rechtliche Regelungen und rechtswissenschaftliche Dogmatik ganz selbstverständlich davon aus, dass sich Rechtserzeugung als (zweckgerichtete) Handlung vollzieht, dass handlungsfähige juristische Personen existieren oder dass sich die dem Recht zur Verfügung stehenden Instrumente als Handlungsformen klassifizieren lassen. Aufgrund der notwendig teleologischen Struktur jeder Handlung ist heute auf seine Weise selbstverständlich geworden, was *Hermann Kantorowicz* 1914 noch als bedeutende Neuerung diagnostiziert hat: Die Rechtswissenschaft befindet sich in einer „teleologischen Epoche“.³ Wenn von Zwecken im Recht die Rede ist, reflektiert dies also zunächst, dass die Konstruktion von Recht als einer sozialen Handlung tief in dessen eigene Semantik eingegangen ist.

Gleichzeitig aber beunruhigt und irritiert der Zweckbegriff die Rechtswissenschaft wie kaum ein anderer Begriff. Vielfach werden ‚der Zweck‘ oder sich des Zweckbegriffs bedienende Figuren zu Objekten der Kritik. Aus methodisch-dogmatischer Sicht wird etwa vorgebracht, die inhärente Vagheit von Zwecken gefährde die Rechtssicherheit, die Gesetzesbindung und damit die erwartungsstabilisierende Funktion von Recht.⁴ Rechtssoziologen und -theoretiker beanstanden ferner die naive Verwendung des Begriffs: Konzepte wie die gesetzgeberische ‚Zwecksetzung‘ oder ‚Regelungsabsicht‘ zeugten von einem längst überholten, metaphysikverdächtigen Staatswillenspositivismus.⁵ Die subjektivierende Rede von ‚dem Gesetzgeber‘, der durch Recht die Gesellschaft seinen Zwecken gemäß steuere, sei nicht nur analytisch unterkomplex, sondern auch ideologisch den Vorstellungen eines vorvergangenen Jahrhunderts verhaftet. Schließlich werden ganz grundsätzlich Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit scharf kontrastiert.⁶ Jede Orientierung an den Zwecken gilt dann als Ausdruck der Logik des Politischen, während die Eigenlogik des Rechts gerade darin gesehen wird, nicht nach Maßgabe der Zwecke zu urteilen. Eine Vermischung dieser Ebenen führe zur Selbstpreisgabe der Rechtswissenschaft oder gar zur Überwältigung der normativen durch eine instrumentelle Vernunft.⁷ Auch bestimmte Rechtsschichten können aufgrund ihrer (vermeintlich) besonders starken Auslieferung an den Zweckgedanken kritisiert werden. So wird teilweise die starke Betonung des Zwecks, des *effet utile* oder der Finalität im Europarecht als Bedrohung von Rechtsstaat und Rechtsgemeinschaft interpretiert.⁸

³ *Kantorowicz*, *Epochen*, *Die Tat* 6 (1914), S. 345 ff.

⁴ Prägnante Überblicke bei *Haverkate*, *Gewissheitsverluste*, 1977, S. 115 ff.; *Schober*, *Zweck*, 2007, S. 3, 20 ff.

⁵ Hierzu ausführlich unter § 6 C.

⁶ Hierzu ausführlich unter § 7 C.

⁷ Vgl. etwa *Tamanaha*, *Law as a Means to an End*, 2006; dazu ausführlich unter § 7 A.

⁸ Hierzu unter § 7 B. III. und § 9 III.

Umgekehrt finden sich aber auch Forderungen nach einer verstärkten Orientierung des Rechts an den ‚Zwecken‘. Damit verbinden sich wiederum ganz unterschiedliche Erwartungen. Teils soll durch die Aufarbeitung der Natur des Rechts als „teleologischer Ordnung“ dessen wertbezogener Charakter besser zur Geltung gebracht werden.⁹ Andere erhoffen sich dagegen ein Recht, das über die Zwecke den Anforderungen der Rechtswirklichkeit eher genügt.¹⁰ So soll über die ‚Zwecke‘ die verloren gegangene Einheit der Staatswissenschaften wiedergewonnen werden. Der Verweis auf den Zweck dient damit in aktuellen Methodendebatten sowohl als Chiffre für eine erwünschte Methodenöffnung wie auch für einen unerwünschten Methodensynkretismus.¹¹

Recht und Zweckbegriff stehen also in einer engen, ja notwendigen Beziehung zueinander und werden doch ständig gegeneinander ausgespielt. Wie *Niklas Luhmann* in einem anderen Zusammenhang angemerkt hat, erweist sich so „immer wieder die Unentbehrlichkeit des Zweckbegriffs und die Fragwürdigkeit seines theoretischen Status“.¹² Die vorliegende Arbeit will diese fundamentale Ambivalenz des Rechts im Umgang mit dem Zweckbegriff untersuchen. Es geht im Folgenden also nicht allgemein um die Auffindung bestimmter Zwecke, denen das Recht in der Gesellschaft dienen solle¹³, oder um die für den Verfassungsstaat normativ maßgeblichen Ziele¹⁴, sondern eben um die skizzierte Ambivalenz als Präsenz einer nicht oder unzureichend

⁹ Vgl. nur *Canaris*, Systemdenken, ²1983, S. 41: „Da diese [die Rechtsordnung] entsprechend ihrer Ableitung aus dem Gerechtigkeitsgebot *wertungsmäßiger* Natur ist, so kann auch das ihr entsprechende System nur eine *axiologische* oder *teleologische* Ordnung sein, – wobei hier teleologisch nicht in dem engeren Sinn der Mittel-Zweckverknüpfung, sondern im weitesten Sinne jeder Zweck- und Wertverwirklichung gemeint ist, also etwa in dem Sinne, in dem man die ‚Wertungsjurisprudenz‘ auch mit ‚teleologischer‘ Jurisprudenz gleichsetzt.“ In diesem Sinne auch *Mittenzwei*, Teleologisches Rechtsverständnis, 1988; *Horn*, Einführung, ⁵2011, Rn. 116 ff. Hierzu auch unter § 5 B. III. und § 5 C.

¹⁰ So etwa *Kantorowicz*, Epochen, Die Tat 6 (1914), S. 345 ff.

¹¹ Von einer derartigen Gegenüberstellung sind etwa auch aktuelle Texte zum Wissenschaftscharakter des öffentlichen Rechts geprägt, etwa bei *Engel*, Herrschaftsausübung, in: ders./Schön (Hrsg.), Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 (218 ff.); *Meyer*, Zweck im Recht, *VerwArch* 101 (2010), S. 351 ff.

¹² *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 166. Vgl. auch ebd., S. 257: „Steckt das Zweck/Mittel-Schema schon durch die Ablagerungen seiner langen Geschichte in seltsamem Kontrast zu seinem Anspruch auf Rationalität voll innerer Widersprüche und Unklarheiten, so hat es doch zunächst den Anschein des Vertrauten und Bekannten. Wer von Zwecken oder von Mitteln spricht, kann – zu Recht oder zu Unrecht – voraussetzen, daß andere verstehen, was er meint“.

¹³ Dazu nur jüngst *von der Pfordten*, Rechtsphilosophie, 2013, S. 22 ff.

¹⁴ Dazu *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008. Zu den mit dieser Fragestellung verbundenen Problemen vgl. unter § 6 A.

theoretisierten Unterscheidung von legitimen und nicht legitimen Verwendungsweisen des Zweckbegriffs im rechtlichen Diskurs.

Eine derartige Ambivalenz begegnet dem Zweckbegriff nicht nur in der Rechtswissenschaft. Auch für die Philosophie gilt, dass man mit den Themen ‚Zweck‘ oder ‚Teleologie‘ „einen ebenso altehrwürdigen wie fast undurchdringlichen philosophischen Urwald“ betritt.¹⁵ Recht und Rechtswissenschaft können sich diese Unsicherheit im Umgang mit einem ihrer Grundbegriffe aber schlechter leisten als die Philosophie.¹⁶ Wenn einerseits die Orientierung an den Zwecken einer Norm alltäglich ist, andererseits im Zweck das Außerrechtliche zu begegnen scheint, kann dies theoretische Blockaden und Reflexionslücken verursachen. Selbst das eigentlich Selbstverständliche wird dann nicht mehr verarbeitet.

Dies führt zu einer Instabilität zahlreicher Figuren und Unterscheidungen im Recht, die auf den Zweckbegriff Bezug nehmen. Darüber hinaus betrifft die Unsicherheit jedoch noch eine grundlegendere Frage. In den Auseinandersetzungen um den Zweckbegriff wird nämlich stets implizit verhandelt, wie sich ein nicht rein instrumentell begründeter und begründbarer Ordnungsanspruch des Rechts zu dem Umstand verhält, dass Recht heute eben (auch) als Handlung und damit als Mittel zur zukunftsorientierten sozialen Gestaltung verstanden wird – anders formuliert, wie sich die Normativität des Rechts erklären lässt, wenn die Resultate kontingenter, zweckgerichteter Setzungen als Recht gelten. Damit stellt jede Verwendung des Zweckbegriffs in rechtlichen Diskursen – etwa in Form eines (objektiv) teleologischen Arguments – auch die Frage nach der Positivität des Rechts. Die Ambivalenz, die den Umgang mit dem Zweckbegriff im Recht kennzeichnet, dokumentiert also, welche Spannungen unser Rechtsverständnis insoweit durchziehen und wie unklar unser Rechtsdenken in dieser grundlegenden Frage immer noch ist. In der Untersuchung des Zweckbegriffs geht es der Arbeit daher auch um ein möglichst adäquates Verständnis des Handlungscharakters bzw. der Positivität der grundgesetzlichen Rechtsordnung.

Vor dem Hintergrund dieser Problemstellung lassen sich zwei für die Arbeit zentrale Punkte skizzieren: Die Kritik, die ‚dem Zweck‘ gerade mit Begriffen wie Metaphysik, Instrumentalität oder Unbestimmtheit entgegengehalten wurde, erweist sich bei genauer Analyse als verfehlt. In ihr kommt ein überkommenes, bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts unplausibel gewordenes Verständnis des Zweckbegriffs zum Ausdruck. Dieses sieht im ‚Zweck‘ etwas *Gegenständliches* und projiziert die kritisierten Eigenschaften in den Begriff. Zwecke können jedoch bestimmt oder unbestimmt sein, sie können zur Rekonstruktion von Aussagen über Naturphänomene ebenso wie

¹⁵ Stegmüller, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 639.

¹⁶ Ganz in dieser Ambivalenz verharret aber beispielsweise Penski, Zweck des Rechts, ARSP 90 (2004), S. 406 ff.

für instrumentelle Urteile, zur Beschreibung von Wertrelationen oder im Kontext von Rechtssätzen etc. eingesetzt werden. Es finden sich keine Eigenschaften ‚des Zwecks‘, an die sich in der Form anknüpfen ließe, wie dies im Recht verschiedentlich versucht wird. Unterscheidungen, die mit dem Zweckbegriff gebildet werden, etwa von Recht- und Zweckmäßigkeit, von final und konditional programmierten Normen oder auch von subjektiv- und objektiv-teleologischer Auslegung, tragen daher nicht. Sie verbergen vielmehr, was sie zu definieren vorgeben.

Die Ursache dafür, dass sich der Zweckbegriff allen derartigen Definitionsbemühungen entzieht, ist, dass ‚Zweck‘ heute ganz selbstverständlich als Handlungsbegriff verstanden wird. Was heißt das? ‚Zweck‘ steht nunmehr allein für eine *Perspektive* auf eines der allgemeinsten Elemente sozialer Ordnungen überhaupt – und damit auch des Rechts: die Handlung, von ihrem Resultat her gedacht.¹⁷ Will man verstehen, was der Verweis auf den Zweckbegriff im Recht leistet, gilt es daher, nicht mehr nach bestimmten Eigenschaften des Zweckbegriffs zu suchen, sondern den rechtlichen Diskurs daraufhin zu analysieren, was gemeint ist, wenn dort mit dem Zweck einer Norm argumentiert wird. Dabei zeigt sich, dass mit dem Verweis auf Zwecke im Recht normative Geltungsansprüche, soziale Gestaltungsansprüche und intentionale Einstellungen kommuniziert werden. Mit anderen Worten konzeptualisiert sich das Recht in den Verwendungen des Zweckbegriffs als normative, auf praktische Wirksamkeit gerichtete, (kollektiv) intentionale Handlung. Was das für Recht und Rechtsanwendung im Einzelnen bedeutet, ist unten auszuführen. Schon hier kann aber erwähnt werden, dass die intentionale Verwendungsdimension des Zweckbegriffs, die aufscheint, wenn in der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder in einem teleologischen Argument auf den Willen oder die Regelungsabsichten des Gesetzgebers Bezug genommen wird, eine besondere und lange vernachlässigte theoretische Herausforderung für die Rechtswissenschaft darstellt.¹⁸

¹⁷ Definitionen des Zwecks sind daher nur auf einer für den rechtlichen Diskurs nicht zugänglichen Abstraktionshöhe möglich; vgl. etwa zum Zweck als einer „operational beschriebene[n] künftige[n] Situation“ (*Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 263). Dementsprechend führen auch Versuche einer klaren begrifflichen Abgrenzung zwischen Begriffen wie ‚Ziel‘, ‚Zweck‘, ‚Telos‘ und anderen ähnlichen Konzepten nicht weiter (ebenso *Homann*, Interdependenz, 1980, S. 2; *Toepfer*, Zweckbegriff und Organismus, 2004, S. 2 ff., 34 ff.; *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 108 f.). In der vorliegenden Arbeit wird der Zweckbegriff als Leitbegriff verwendet, da dieser Begriff sowohl am weitesten verbreitet wie auch theoretisch besonders intensiv durchdrungen ist. Die mit den anderen Begriffen verbundenen Konnotationen werden dabei nicht von vornherein ausgeklammert. Was genauer unter ‚Zweck‘ in rechtlichen Kontexten alles zu verstehen ist, ist erst im Verlauf der Darstellung zu erarbeiten (vgl. insbesondere unter § 2 C. und D. sowie § 6 B.).

¹⁸ Hierzu ausführlich unter § 6 C., § 8 C. und D.

B. Zur Notwendigkeit „rechtsimmanenter“ Rechtstheorie

Für das soeben projizierte Vorhaben muss die vorliegende Arbeit zunächst die verschiedenen Bedeutungsschichten des Zweckbegriffs in rechtlichen Diskursen analysieren. Dabei ist aufzuarbeiten, wofür der Begriff sinnvollerweise stehen kann und wo und weshalb ‚Zweck‘ allein als Chiffre verwendet wird. Die Arbeit setzt dort an, wo der Zweckbegriff in historischen und aktuellen Beiträgen zur Rechtsmethodik, Rechtsdogmatik und zur Rechts- und Verfassungstheorie begegnet – wenn etwa die Bedeutung von Staatszwecken, der Bezugspunkt teleologischer Auslegung, die Struktur final programmierter Normen oder die Abgrenzung von Recht- und Zweckmäßigkeit diskutiert werden. Diese und weitere repräsentative Diskurse, die sich des Zweckbegriffs bedienen, bilden das primäre Untersuchungsfeld der vorliegenden Arbeit. Die Aufbereitung und Kritik der tatsächlichen Verwendungen des Zweckbegriffs in Recht und Rechtswissenschaft geht dabei einher mit der Rekonstruktion der Bedingungen eines möglichst adäquaten Begriffsgebrauchs.

Selbstverständlich existieren bereits Untersuchungen, die die schon genannten sowie weitere Verwendungsformen des Zweckbegriffs je für sich analysieren.¹⁹ Doch obwohl dort vielfach auf die grundsätzliche Ambivalenz des Rechts im Umgang mit dem Zweckbegriff hingewiesen wird, fehlt es an einer aktuellen, die einzelnen Phänomene übergreifenden Darstellung. Systematische Überlegungen dazu, was hinter dieser Ambivalenz steht, finden sich kaum, obwohl sich die Frage keineswegs erledigt hat. Dies zeigen ja gerade die Auseinandersetzungen um einzelne Ausprägungen des Zweckbegriffs.²⁰ Am ehesten noch kann daher hier *Luhmanns* organisationssoziologische Schrift zu *Zweckbegriff und Systemrationalität* von 1968 als Orientierung dienen – von ihrer Anlage, nicht von ihren Thesen her. *Luhmanns* Text enthält nicht nur umfassende Ausführungen zur Verwendung des Zweckbe-

¹⁹ Übergreifende Einführungen in die Problematik, die durchaus Bezüge zwischen den verschiedenen Diskussionssträngen herstellen, ohne diese jedoch auszuarbeiten, finden sich etwa bei *Haverkate*, *Gewissheitsverluste*, 1977, S. 115 ff.; *Wälde*, *Folgenorientierung*, 1979, S. 9 ff.; *Haverkate*, *Leistungsstaat*, 1983, S. 20 ff., 115 ff.; *Huster*, *Rechte und Ziele*, 1993, S. 129 ff.; *Schober*, *Zweck*, 2007, S. 1 ff.

²⁰ Obwohl die Frage nach dem Zweck einmal ein zentraler Bezugspunkt rechtswissenschaftlichen Denkens war, ist der historische Diskurs nur ungenügend aufgearbeitet. Zwar existiert eine große Zahl an Darstellungen, die sich etwa der Teleologie *Jherings*, der (vermeintlichen) Anti-Teleologie *Paul Labands* oder dem Konzept der „Zweckseinheit“ bei *Georg Jellinek* widmen. Doch existiert keine jüngere Untersuchung, die allgemeiner fragt, was die „teleologische Epoche“ (*Kantorowicz*) bewegt hat und weshalb der Zweck überhaupt zu einem der zentralen Themen der Rechtswissenschaft um 1900 werden konnte. Vgl. aber die Andeutungen bei *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst*, 2006, S. 137 ff., 154 ff.

griffs in Recht und Rechtswissenschaft.²¹ Vor allem bettet er die Frage nach dem Zweck historisch und theoretisch in einer Weise ein, die die Brüchigkeit jedes oberflächlich selbstverständlichen Begriffsgebrauchs zeigt. Dies eröffnet auch für das hier verfolgte Projekt eine produktive Perspektive. Denn durch eine derartige Fundierung wird überhaupt erst verständlich, von welchen theoretischen Vorannahmen das Verständnis des Zweckbegriffs abhängt und wie sich diese über die Zeit hinweg verändert haben. So erschließt die historische Perspektive, in welchem Umfang ‚Zweck‘ im Recht auch heute noch in dem oben erwähnten gegenständlichen Sinne verwendet wird. Denn die sich in der Veränderung des Zweckverständnisses dokumentierende Veränderung der Selbstwahrnehmung des Rechts verweist nicht auf eine plötzliche und vollständige Transformation des Rechtsdenkens, sondern auf einen allmählichen Prozess, in dem die alten Bedeutungen weiter präsent sind und das neue Verständnis punktuell durchbrechen. Diese Dynamik muss die genealogische Analyse untersuchen.²²

Die Arbeit kann sich aber nicht auf eine genealogische Kritik beschränken, sondern muss eine theoretische Perspektive auf die Probleme (wieder-)gewinnen. Wie schon angedeutet, geht es der vorliegenden Arbeit um eine *rechtsimmanente* Theoriebildung. Diese unterscheidet sich von den sonst üblichen rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Ansätzen, indem sie das Recht nicht von bestimmten rechtsexternen Prämissen – zum Beispiel handlungs-, system- oder medientheoretischer Art – aus analysiert. Die Arbeit versucht auch nicht abstrakt, eine bestimmte Theorie des Rechts als (zweckorientierte) Handlung zu entwerfen oder einen (nicht-)positivistischen Rechtsbegriff zu rechtfertigen.²³ Vielmehr setzt sie an den oben genannten methodischen und dogmatischen Diskursen an, die in der täglichen Rechtsarbeit präsent sind. Die theoretischen Annahmen und Voraussetzungen, die in die dort diskutierten Probleme und Fragestellungen eingehen, sind freizulegen und einem nochmaligen Reflexionsprozess zu unterziehen. Von hier aus, nicht abstrakt, ist dann punktuell auf etablierte rechtstheoretische Entwürfe auszugreifen, sofern die dort entwickelten Vorschläge für das weitere Verständnis hilfreich sind.

Dieses Vorgehen vermeidet folgenlose Theoriebildung und gewährleistet dennoch die produktive Irritation rechtstheoretischer Reflexion. Nur im Wege immanenter Theoriebildung lassen sich zudem die historisch überkommenen Verwendungsformen, die sich jeder Einordnung nach heutigen Maßstäben entziehen, verstehen und in ihrer aktuellen Funktion für das Rechtssystem

²¹ Vgl. insbesondere *Luhmann, Zweckbegriff*, 1973, S. 88 ff.

²² Vgl. *Kahn, The Cultural Study of Law*, 1999, S. 41.

²³ Im Hinblick auf den ersten oben genannten Punkt liegt hier der wesentliche Unterschied zu einer auf dem Handlungsbegriff aufbauenden Normentheorie, wie sie *von Wright* und andere entwickelt haben (vgl. dazu nur *von Wright, Norm and Action*, 1963).

würdigen. Und da eben über die Verwendungen des Zweckbegriffs *im Recht* Annahmen über die Natur *des Rechts* ausgetauscht werden, kann eine immanente Theorie ein vergleichsweise tiefenscharfes Bild des Rechts zeichnen.

C. Gang der Darstellung

Das Potential der Methode kann sich letztlich erst im Gang der Darstellung erweisen, so wie diese sich an den gerade entwickelten Überlegungen orientieren muss. Ohnehin legt die Komplexität der Verwendungsmöglichkeiten des Zweckbegriffs nahe, verschiedene Untersuchungsmethoden in einer Art Schichtenanalyse zu kombinieren. Die vorliegende Arbeit nimmt eine Annäherung an die Verwendungen des Zweckbegriffs im Recht in zwei großen Schritten vor.

Zunächst wird gewissermaßen induktiv der Geschichte des Zweckbegriffs in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft nachgespürt. Da das, was unter dem Begriff des ‚Zwecks‘ verstanden wird, immer vom historischen und rechtlichen Kontext abhängt, würde eine an sich wünschenswerte umfassende vergleichende Perspektive den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Doch verhindert die Rechtskulturrelativität des Zweckbegriffs, mit ihm ein universelles Argumentationsmuster zu verbinden. Wie im Einzelnen zu zeigen sein wird, ist im Gegenteil eine produktive Annäherung an den Zweckbegriff nur rechtsordnungsspezifisch und im Wege der Differenzierung möglich. Großformeln, etwa vom Europarecht als einem finalen Recht, mögen zwar eingängig sein, führen jedoch zu zahlreichen Missverständnissen und Unschärfen, die die eigentlichen Probleme verdecken.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der Zeit nach 1870. Zu diesem Zeitpunkt sind die philosophischen Schlachten um den Begriff weitgehend geschlagen, bedürfen aber in der Rechtswissenschaft noch des theoretischen Nachvollzugs. So erzählt der erste Teil der Arbeit von der Bewältigung eines Verlustes, genauer vom Verlust eines eigenen Reichs der Zwecke und einer Ordnung des Zweckmäßigen, die zuvor dem gesetzten Recht gegenübergestellt wurde. Entwirrt man die zahlreichen, für den Zweckdiskurs typischen Verwechslungen von theoretischer Argumentation und politisch-philosophischer Behauptung, ist es möglich, eine bestimmte Zahl von Themen und Autoren zu identifizieren, anhand derer ein repräsentativer Überblick über den Diskursverlauf gezeichnet werden kann. So zeigt sich insbesondere am Werk *Jherings* und *Jellineks*, aber auch bei anderen Denkern in deren Umfeld, wie in der Diskussion um den ‚Zweck im Recht‘ ältere Konzepte allmählich durch ein Verständnis des Rechts als einer positiven Handlungsordnung ersetzt werden, wie sich dadurch die Frage nach Natur und Art der an der Rechtserzeugung beteiligten Akteure neu stellt und wie schließlich im Prozess der Ausdifferenzierung der (Sozial-)Wissenschaften auch die

Rolle der Rechtswissenschaft eine andere Bewertung erfährt. Die methodischen Grundsätze, denen die Aufarbeitung der historischen Diskurse verpflichtet ist, sind sogleich darzulegen.²⁴

Auf dieser Grundlage werden in einem zweiten Schritt die herausgearbeiteten Probleme systematisch überprüft. Besondere Aufmerksamkeit gilt den theoretischen Prämissen, die der Verwendung des Begriffs in dogmatischen und methodischen Rekonstruktionen des Rechts im Verfassungsstaat – explizit oder implizit – unterliegen. In der Form, in der der Zweckbegriff hier Verwendung findet, präsentiert sich die Rechtsordnung eben in ihrem Selbstverständnis als eine Handlungsordnung, die zugleich normativen Anspruch erhebt, auf soziale Wirksamkeit bedacht ist und sich als (kollektiv) intentionales Projekt versteht. Diese drei Dimensionen sind durch je unterschiedliche Verwendungsmodi des Zweckbegriffs repräsentiert.

Am Ende will die Arbeit drei Ziele erreichen. In *konstruktiver* Hinsicht soll der Eindruck, die Frage nach den Zwecken im Recht gehöre zum „Alltäglichen“ (*Nietzsche*) und lasse sich mit einfachen Formeln und Schlagwörtern beantworten, durch ein differenziertes Bild unterschiedlicher Verwendungsweisen ersetzt werden. In *rechtstheoretischer* Hinsicht soll die dem Recht unterliegende Struktur, wonach sich das Recht als (zweckgerichtete) soziale Handlungsordnung konzipiert, explizit gemacht und plausibilisiert werden: Wo niemand handelt, gibt es kein Recht. *Rechtspraktisch* soll das Verständnis derjenigen rechtsdogmatischen und methodischen Definitions- und Abgrenzungsbemühungen, die in irgendeiner Form auf den Zweckbegriff Bezug nehmen, geklärt werden: Herauszuarbeiten ist, was der Zweckbegriff leisten kann und wo seine Verwendung (nur) argumentative Brüche überdeckt.

²⁴ Vgl. hierzu die Einleitung zu § 2.

Erster Teil: Genealogie der teleologischen Epoche des Rechts

„Such is the unity of all history that any one who endeavours to tell a piece of it must feel that his first sentence tears a seamless web.“¹

Was der Rechtshistoriker *Frederic William Maitland* im Bezug auf das englische Recht schrieb, gilt auch für die Geschichte solcher Begriffe, die, wie der Zweckbegriff, immer schon Denken und Handeln ganz selbstverständlich strukturiert haben. Dennoch bedürfen gerade diese Grundbegriffe der Historisierung, da sich in ihrer Verwendung der Wandel im Verständnis von Welt, Selbst und – im vorliegenden Fall – von Recht besonders deutlich abzeichnet.² Der Riss oder Bruch mit der Kontinuität, der dem Anfang jeder Erzählung innewohnt, ist hier notwendige Bedingung der Erkenntnis. Die Analyse der wechselnden Bedeutungsfacetten macht den Begriff und auch die Zeiten, in denen er je auf bestimmte Weise Gebrauch gefunden hat, neu verständlich.

Das historische Material bietet jedoch eine Überfülle an Anknüpfungspunkten. Wenn nun ein Begriff in einer gewissen Zeitspanne besonders populär wird, diese gar mit dem Begriff identifiziert wird, wie dies mit dem Zweckbegriff in der „teleologischen Epoche“ der Rechtswissenschaft um die Wende zum 20. Jahrhundert der Fall war, kann sich eine entsprechende Erzählung, wenn auch vorsichtig, an dieser Konvention orientieren und hier einsetzen.³ Damit ist jedoch nur der erste Schritt zur Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes getan. ‚Zweck‘, ‚Telos‘, ‚Zweckrationalität‘ und das damit verbundene semantische Feld waren zentrale Begriffe des Modernisierungsdiskurses im ausgehenden 19. Jahrhundert. Sie sind es, in abgeschwächter Form, noch heute. Das Dickicht von Texten und Entwürfen zu diesem Begriff lässt sich nur schlaglichtartig ausleuchten. Die Stränge müssen herausgearbeitet werden, die für die Geschichte der mit dem Zweckbegriff asso-

¹ *Maitland*, Prologue, *Law Quarterly Review* 14 (1898), S. 13.

² *Koselleck*, Einleitung, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1, 1972, S. XIII (XIX ff.).

³ Zu dieser Bezeichnung *Kantorowicz*, *Epochen*, *Die Tat* 6 (1914), S. 345 ff.

ziierten Ideen repräsentativ sind.⁴ Die dabei getroffene Auswahl ist stets in gewisser Weise willkürlich. Auch die hiesige kann ihre Plausibilität nur vom Ergebnis her gewinnen.

Jede derartige Überschau sucht die große Linie. Wenn unter diesen Umständen nicht allen Verästelungen des Diskurses Rechnung getragen werden kann, muss hierfür in Anspruch genommen werden, was in einer noch mehrfach heranzuziehenden Arbeit programmatisch formuliert wurde, nämlich dass „der Versuch unternommen wird, eine Fragestellung, die sich nicht in einem bestimmten Sachbereich lokalisieren lässt, in mehreren [...] Querschnitten zu verfolgen, um auf diese Weise die Problemkomplexität einigermaßen adäquat abzubilden und lineare Deutungsmuster zu vermeiden.“⁵ Eine Geschichte des Zweckbegriffs kann wegen der Abstraktionshöhe ihres Gegenstandes nicht anders verfahren. Sie steht dabei doch in einer guten Tradition: Denn die Geschichte der Begriffsgeschichte beginnt eben mit Vergewisserungen über das, was ‚Zweck‘ hieß und damit heißen kann.⁶

Was ist zu erwarten? Die Heterogenität der Diskurse ist nicht zu unterschätzen: Der Zweckbegriff verbindet historisch so unterschiedliche Konzeptionen wie teleologische Rechtstheorien, Werttheorien, Theorien vom Recht als Produkt der instrumentellen Vernunft, Theorien über das Subjekt im Recht oder das Rechtssubjekt und methodisch-dogmatische Abhandlungen zur teleologischen Begriffsbildung. Dennoch eint alle Varianten ein Kern von Aussagen und eine gemeinsame Sensibilität für bestimmte Problemlagen, die

⁴ Zu leisten ist im Folgenden also eine Mischung aus Ideen-, Diskurs- und Begriffsgeschichte. Zu deren theoretischem Verhältnis vgl. die Beiträge (u. a. von *Pocock* und *Koselleck*) in *Lehmann/Richter* (Hrsg.), *The Meaning of Historical Terms*, 1996; in *Raphael/Tenorth* (Hrsg.), *Ideen*, 2006; sowie *Steinmetz*, 40 Jahre Begriffsgeschichte, in: *Kämpfer/Eichinger* (Hrsg.), *Sprache – Kognition – Kultur*, 2008, S. 174 ff. Zu Rechtfertigung und Grenzen der begriffsgeschichtlichen Methode in der Rechtswissenschaft vgl. *Kaiser*, *Begriffsgeschichte, Rechtsgeschichte* 19 (2011), S. 142 ff.

⁵ *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 10.

⁶ Eine erste Begriffsgeschichte des Zweckbegriffs findet sich bei *Rudolf Eucken*, der gleichzeitig Pionier der Begriffsgeschichte und neoaristotelischer Zwecktheoretiker war: *Eucken*, *Grundbegriffe*, 1878, S. 169–184 (in der 2. Auflage des Werks von 1893 nicht mehr enthalten). Zu Eucken: *Meier*, „Begriffsgeschichte“, in: *HWPh*, Bd. 1, 1971, Sp. 788 (792); *Graf*, *Die Positivität des Geistigen*, in: *Hübinger/vom Bruch/Graf* (Hrsg.), *Kultur und Kulturwissenschaften um 1900*, Bd. 2, 1997, S. 53 ff. Im vorliegenden Kontext verdient auch *Euckens* Würdigung von *Jherings Zweck* Beachtung: *Eucken*, Rezension: *Jhering*, *Zweck* Bd. 2, Beilage zur Allgemeinen Zeitung Nr. 362, 30. Dezember 1883, S. 5329. Zur Geschichte des Zweckbegriffs in der Philosophie der Neuzeit maßgeblich *Eisler*, „Zweck“, in: *Wörterbuch*, Bd. 2, 1904, S. 845; dann *Spaemann/Löw*, *Die Frage Wozu?*,³ 1991; *Makkreel*, *Zweckmäßigkeit in der Geschichte*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 39 (1996), S. 255 ff.; *Busche*, „Teleologie“, in: *HWPh*, Bd. 10, 1998, Sp. 970 ff.; *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: *HWPh*, Bd. 12, 2005, Sp. 1486 ff.; *Hühn*, „Zweckrationalität“, in: *HWPh*, Bd. 12, 2005, Sp. 1511 ff.

es im Wege der historischen Analyse zu rekonstruieren gilt. Ohne in der Sache etwas vorwegzunehmen, gilt für den Zweckbegriff, was andernorts für den Begriff der ‚Politik‘ beschrieben worden ist: Dort, wo der Begriff zum Thema wird, in Zeiten einer Begriffskrise also, lässt sich zum einen die „Übernahme einer älteren Argumentationsfigur bei gleichzeitiger Redefinition des konkreten semantischen Gehalts“ beobachten; daneben zeigt sich, dass es jenseits „der kurzfristigen Konjunkturen von Bezeichnungs- und Bedeutungswandel“ doch auch „über Jahrhunderte hinweg wiederkehrende grundlegende Unterscheidungen“ gibt, die „in den wechselnden Wortverwendungen aktualisiert wurden“.⁷ Diese Spannung von Tradition und Aufbruch, von einem Kern von Unterscheidungen und deren steter Abwandlung im konkreten Gebrauch prägt auch den Zweckbegriff. Die Krise, die eine Entwicklung im Begriffsgebrauch auslöst, ist die Positivierungskrise des Rechts.

⁷ Steinmetz, Neue Wege, in: ders. (Hrsg.), „Politik“, 2007, S. 9 (14).

§ 2 Zwecke im Recht vor und in der „teleologischen Epoche“

„In der neueren Zeit macht sich in der Literatur mit einer gewissen Aufdringlichkeit eine Richtung geltend, welche den Ruf ‚Zweckjurisprudenz‘, nicht ‚Begriffsjurisprudenz‘ erhebt [...]. In meinen Augen sind das keine Gegensätze. Alles Recht verfolgt Zwecke; jeder Rechtssatz ist nur deswegen da, um menschliche Interessen und Bedürfnisse, wie er sie auffaßt, zu befriedigen. Das ist keine neue Entdeckung, ebensowenig wie es eine neue Entdeckung ist, daß bei der Ergründung des wahren Sinnes eines Rechtssatzes vorzugsweise auf dessen Zweck Rücksicht genommen werden muß.“¹

Das Erscheinen von *Jherings* Schrift *Der Zweck im Recht* im Jahr 1877 läutet ein, was *Kantorowicz* eine Generation später als die „teleologische Epoche“ der Rechtswissenschaft bezeichnen wird.² Diese Wendung bringt eine komplexe Entwicklung auf den Begriff und fängt geschickt die erhebliche theoretische Aufwertung ein, die der Zweckbegriff in der Privatrechtswissenschaft des letzten Jahrhundertdrittels erlebte und die von dort aus auf die gesamte rechtswissenschaftliche Diskussion wirkte. Zuvor wurden Verweise auf den Zweck einer Norm oder die Zwecke des Rechts gerade in der zivilrechtlichen Literatur eher intuitiv und überwiegend unreflektiert eingesetzt.³ Ab etwa 1870 gilt dem Begriff jedoch eine ganz neue Aufmerksamkeit. In Monographien und Aufsätzen wird über die rechtstheoretische Bedeutung des ‚Zwecks‘ nachgedacht und gestritten. Die Zweckorientierung der Rechtswissenschaft wird selbst zum Thema und langsam wird ‚Zweck‘ zur Programmformel einer sich neu orientierenden Rechtswissenschaft. Dabei unterscheiden sich die Strategien: *Gustav Hartmanns* Monographie zur *Obligation* von 1875, die den Untertitel *Untersuchung über ihren Zweck und Bau* trägt, hebt

¹ So *Windscheid* in einer Rede aus dem Jahr 1889, zitiert bei *Rückert*, Geist II, Rechtsgeschichte 6 (2005), S. 122 (138 f.).

² *Kantorowicz*, Epochen, Die Tat 6 (1914), S. 345 ff. (wiederabgedruckt in: *ders.*, Rechtshistorische Schriften, 1970, S. 1 ff.). Zu *Kantorowicz*' Text näher unter § 5 A. I.

³ S. hierzu die Hinweise unten in § 2 Fn. 11 und § 2 Fn. 12.

die Kontinuität hervor.⁴ Sein teleologischer Ansatz solle nur explizit machen, was in der Wissenschaft bereits allgemein, wenn auch unter der Hand, praktiziert werde. Die *Elemente der Rechtsbildung und des Rechts* von Paul Müller, erschienen 1877, betonen dagegen selbstbewusster den methodischen Bruch, auf den seine „allgemeine Rechtstheorie auf realistischer Grundlage“ ziele.⁵ Weitere Autoren schließen sich dieser Strömung an und beschäftigen sich ausführlich mit der Bedeutung von Gesetzeszwecken⁶ oder der Relevanz der Zwecke individueller Handlungen für das Recht⁷.

Jherings epochemachender *Zweck im Recht* – ebenfalls 1877 erschienen – greift diese Tendenzen mit großer Geste und programmatischem Anspruch auf. Das Werk zeigt Richter, Gesetzgeber und Rechtswissenschaftler in einer sich ausdifferenzierenden Rechtswelt als eigenständige Handlungssubjekte, die Zwecke setzen oder Zwecksetzungen im komplexen Zusammenspiel gemeinsam realisieren müssen. Jherings Werk löst eine Flut von Reaktionen aus

⁴ Hartmann, *Die Obligation*, 1875, insbes. S. 37 ff. zum „Zweckmoment im Obligationensbegriff“. Dort heißt es (erstaunlich parallel zu Labands entsprechenden Ausführungen, dazu unten § 4 A. II. 2.): „Es hat seine Richtigkeit, dass das specielle Zweckmoment oder die besondere praktische Aufgabe, die ein Recht oder Rechtsinstitut erfüllen soll, im Allgemeinen etwas ausserhalb seines Begriffes Liegendes ist, in dem Sinne, dass die juristische Theorie nicht danach definieren darf [...]. Anders aber verhält sich dies gerade da, wo dem Begriffe ohne jenes Zweckmoment Bestimmtheit und Deutlichkeit fehlen würde.“ Interessant ist, dass Hartmann für die zweckskeptische Mehrheitsmeinung an dieser Stelle in einer Fußnote ausgerechnet auf Jhering verweist, nämlich auf „Geist II/2 (1869), § 41, S. 347 f.“.

⁵ Müller, *Elemente*, 1877, S. IV. Müller räumt dem Begriff des Zwecks große Bedeutung ein und verlangt vom Richter, dieser solle sich in seiner Entscheidung auch von der „unmittelbaren Wahrnehmung der Lebensverhältnisse, Lebensbedürfnisse und Lebenszwecke, denen das Recht dienen soll“, leiten lassen (ebd., S. 56). Ausführlich zu Müller: Ogorsek, *Richterkönig*, 2008, S. 253 ff., die herausarbeitet, dass es bei Müllers Richterrechtsvorstellung – wie schon früher – im Kern „um die Wahrung von Besitzständen, nicht um die Indienstnahme der Justiz für gesellschaftliche Veränderungen“ ging (ebd., S. 256).

⁶ Wie Hartmann und Müller auch Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, 1878, S. 30, der eine differenzierte Position zur Berücksichtigung gesetzgeberischer Zwecke und individueller Interessen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelt. Vgl. auch ders., *Werturteile und Willensentscheidungen*, 1891, S. 29, der davon spricht, dass „aller Streit auf dem Gebiete der Jurisprudenz [...] sich vielfach nicht um rein logische Operationen, sondern um Zweckmäßigkeitserwägungen oder sonstige Werturteile handelt, bei denen häufig zweifellose und sichere Entscheidungen nicht möglich sind.“ Vorsichtiger dagegen etwa Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, S. VII f.

⁷ So geraten über den Aufstieg des Handlungsbegriffs auch die Zwecksetzungen der rechtsgeschäftlich Handelnden oder der Straftäter in den Blick. Vgl. dazu etwa von Bar, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang*, 1871, S. 30 ff. („Die Zwecke des Handelnden. Dolus und Culpa. Vorsatz und Absicht“); Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, S. 81 ff.; Baron, *Pandekten*, 1885, S. 118 f.; im Strafrecht maßgeblich von Liszt, *Zweckgedanke*, ZStW 3 (1883), S. 1 ff.

und wird zum Referenztext einer die ganze Disziplin erfassenden Bewegung. Wie sehr die Frage nach dem Zweck über Jhering hinaus die Rechtswissenschaft bis an die Schwelle der Weimarer Zeit prägen wird, ist im Einzelnen Gegenstand der folgenden Kapitel.

Doch so deutlich den damaligen Diskutanten bewusst ist, dass das Rechtsdenken in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Zäsur erfährt, so schwer fällt ihnen zu benennen, was das Neue dieser Zeit ausmacht.⁸ Viele, nicht nur Kantorowicz, identifizieren bald Jherings Schrift und ihren Gegenstand, d. h. den Begriff des Zwecks, mit dem konzeptionellen Neuanfang. Doch stößt dies schon deswegen auf Schwierigkeiten, da Jhering den Zweckbegriff keineswegs für das Recht entdeckt hat.⁹ Im Gegenteil ließe sich mit einigem Recht gerade das traditionelle Rechtsverständnis, das ab etwa 1870 in Aufruhr gerät und im Gefolge Jherings erst kritisiert, dann dynamisiert und schließlich verändert wird, als ‚teleologisch‘ bezeichnen. Nicht nur war die teleologische Auslegung bereits lange vor 1870 anerkannt und wurde allgemein praktiziert; auch stand die Rechtsordnung zuvor nach verbreiteter Ansicht ganz im Schatten der Zweckmäßigkeit bzw. der Staatszwecke.

Was macht dann aber das Teleologische der neuen Epoche aus? Um nachvollziehen zu können, was sich verändert hat, muss geklärt werden, was ‚Zweck‘ in rechtlichen Kontexten bedeuten kann. Die Vielschichtigkeit der Verwendungsformen soll dadurch gefasst werden, dass in diesem Kapitel verschiedene Perspektiven auf den Begriff wie in einem Kaleidoskop kombiniert werden. So wird es möglich, Strukturen zu erkennen und begrifflichen Wandel fassbar zu machen. Am Anfang steht, ganz induktiv, ein Überblick über mögliche Verwendungskontexte des Zweckbegriffs im rechtswissenschaftlichen Diskurs vor Jhering (A.). In einem zweiten Schritt ist die seinerzeitige philosophische Debatte zum Zweckbegriff wenigstens insoweit darzustellen, als sie von juristischer Seite rezipiert worden ist (B.). Damit ist das

⁸ Losano, Studien, Bd. 2, 1984, S. 27 ff., hat die schon um 1850 weit verbreitete These aufgearbeitet, wonach die Rechtswissenschaft an einem methodischen „Wendepunkt“ stehe. Vgl. etwa Windscheid, Singularsuccession, Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft I (1853), S. 27 ff. : „Für die Wissenschaft wie für den Einzelnen gibt es Wendepunkte, mit denen ein neues Leben beginnt. Wer kann es leugnen, daß gerade jetzt die Wissenschaft des römischen Rechts sich an einem solchen Wendepunkt befindet?“ Ähnlich auch Kuntze, Wendepunkt, 1856.

⁹ Jhering selbst verweist insoweit auf Savigny, vgl. von Jhering, Geist II/2, ¹1858, S. 391 mit Fn. 510: „Die römischen Juristen heben das Zweckmoment nur selten hervor [...], weil es Demjenigen, der im Leben selbst steht, ganz geläufig ist. Von den neuern Juristen hat namentlich Savigny in seinem System ihm die gebührende Beachtung zu Theil werden lassen.“ Zu entsprechenden Überlegungen bei Savigny etwa: von Savigny, System I, Bd. 1, 1840, § 15, S. 55 f. („sittliche Zwecke“ und Staatsinteresse sind Gesichtspunkte, die für sein „allgemeines Rechtselement“ zentral sind). Vgl. zu Savignys Auslegungstheorie auch die Hinweise unten § 2 Fn. 17 und Fn. 26.

Material bereitgestellt, um in einem dritten Schritt den Versuch einer allgemeinen Systematisierung der Unterscheidungen, zu denen sich jeder Gebrauch des Zweckbegriffs verhält, zu unternehmen (C.), die dann für die Verwendung des Zweckbegriffs im Recht zu adaptieren ist. Dabei zeigt sich, dass das Verständnis des Zweckbegriffs von Vorannahmen über den Ordnungscharakter des Rechts, über die Rolle der rechtserzeugenden Akteure und die normative Qualität von Rechtsinhalten abhängt. Zweck ist damit eine komplexe rechtstheoretische Variable, kein Begriff, der sich allein aus sich heraus definieren ließe (D.).

A. Fünf Miniaturen

Die Analyse von fünf Diskussionfeldern, in denen der Verweis auf ‚Zweckmäßigkeit‘ oder ‚Zweck‘ in unterschiedlichen Kombinationen bereits lange vor Jhering üblich war, soll vor allem das begriffliche Verständnis anreichern. Die einzelnen Diskurse sind daher knapp und ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu skizzieren. Die Beispiele sind den Feldern Rechtsmethodik, Rechtspolitik, Rechtswissenschaftstheorie und Staatslehre entnommen und decken damit die rechtswissenschaftliche Diskussion der Zeit annähernd repräsentativ ab. Ausgeklammert bleiben Beiträge der politischen Philosophie.¹⁰ Auch wird nicht weiter auf eher technische Überlegungen eingegangen, die an positive Normen oder konkrete Rechtsfiguren anknüpfen und in denen auf deren ‚Zweck‘ Bezug genommen wird.¹¹ Schließlich bleiben die in der Rechtswissenschaft schon lange vor Jhering weit verbreiteten Analysen der Zweckmäßigkeit bestimmter Rechtsinstitute oder Gesetze außer Be-

¹⁰ Insbesondere wird die Rezeption des Ansatzes von Bentham in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft ausgeklammert (dazu knapp *Green*, Law as a Means, in: Cane (Hrsg.), Hart-Fuller Debate, 2010, S. 169 (171)). Zur dortigen Verwendung des Bentham'schen Interessenbegriffs bereits seit den 1830er Jahren vgl. *Edelmann*, Interessenjurisprudenz, 1967, S. 53 ff., der die Übernahme des Interessenbegriffs auf das Erscheinen der Übersetzung von *Bentham*, Grundsätze (Übersetzung Beneke), Bd. 1, 1830, datiert.

¹¹ In der Zivilrechtsliteratur des 19. Jahrhunderts begegnen entsprechende Überlegungen etwa im Hinblick auf Zweckbestimmungen im Erbrecht (vgl. hierzu u. a. *Gans*, Erbrecht des Napoleonischen Gesetzbuchs, 1810, S. 28 ff.; *von Leonrod*, Das Erbrecht, 1818, S. 99 ff.; *Beseler*, Vergabungen von Todes wegen, 1835, S. 123; *Bornemann*, Preußisches Civilrecht, Bd. 6, 1845, S. 115 ff.; *Koch*, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 299 ff.); für die Zweckkondition (*Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. 2, 1866, S. 197 ff.); in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (*Bornemann*, Von Rechtsgeschäften, ²1833, S. 180 ff.; *Roßhirt*, Civilrecht, Bd. 1, 1840, S. 53 ff.); sowie zur Strukturierung der Darstellung der Sachmaterie im Gesellschaftsrecht und im Schuldrecht (*Treitschke*, Gewerbe-gesellschaft und Commanditen, 1844, S. 13 ff.: Einteilung der Gesellschaftsarten „dem Zwecke nach“; *von Vangerow*, Pandekten, Bd. 3, ⁷1869, S. 423, 525 ff.: Einteilung der Vertragsarten nach den jeweiligen Zwecken).

tracht.¹² Der Blick soll vielmehr auf Debatten gerichtet werden, in denen der Zweckbegriff selbst erörtert wird. So wird in der Methodenlehre der Neuzeit durchgängig thematisiert, ob und wie Gerichte im Rahmen der Normauslegung die Zwecke des Rechts bzw. des Normgebers berücksichtigen können (I.). Auf den ersten Blick ähnliche Fragen werden in der Auseinandersetzung um die Justiziabilität von Verwaltungshandlungen aufgeworfen. Dort kommt es zudem aufgrund spezifischer rechtspolitischer Konstellationen zu der bis heute präsenten Unterscheidung von (juristischem) Zweck und (nicht-juristischer) Zweckmäßigkeit (II.). Diese Begriffe begegnen erneut in den Diskussionen um das Verhältnis von (juristischer) Staats- und Verwaltungswissenschaft einerseits und (zweckorientierter) Polizeiwissenschaft andererseits (III.) und sind dort eng mit der Frage nach den Staatszwecken verbunden (IV.). In der zeitgenössischen Debatte überlagert sich dies wiederum häufig mit dem Problem, wie der Staat als zwecksetzender Akteur angemessen konzeptionalisiert werden kann (V.). Trotz der Komplexität und Partikularität dieser Diskurse kann die Aufarbeitung zeigen, was oben schon angedeutet wurde, nämlich dass im „teleologischen Zeitalter“ ständig zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Verständnissen des Zweckbegriffs changiert wird, um Differenzen zu überspielen, um Kommunikation zwischen eigentlich inkommensurablen Positionen zu ermöglichen, aber auch um einen kritischen Standpunkt entwickeln zu können (VI.).

I. Richterliche Rechtsanwendung: Vom Zweck des Rechtssatzes zur Zwecksetzung durch Recht

Dem Argument des Zwecks kommt wenigstens seit dem Ende des 17. Jahrhunderts eine zentrale Rolle bei der Erschließung von Rechtstexten zu.¹³ In diesem Begriff begegnen sich zwei in Spannung stehende Momente

¹² Vgl. aus der privatrechtlichen Literatur nur einige repräsentative Beispiele etwa *Scherer*, Eheliche Güter-Gemeinschaft, Bd. 1, 1799, S. 95 ff. („Zweck der ehelichen Güter-Gemeinschaft“); *Ortloff*, Handwerker, 1803, S. 202 ff. („Zweck der Gesellenkommunen oder Gesellenverbindungen“); *Kori*, Theorie der Verjährung, 1811, S. 23 ff. („Ueber Grund und Zweckmäßigkeit der Verjährung“); *Puchta*, Grenzen des Richteramts, 1819, S. 141 ff. („Ueber die Vernunftmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Untersuchungsprinzips“); *von Gönner*, Zweckmäßige Einrichtung der Hypothekenbuchs, 1823; *Lammfromm*, Verjährungsfrist, 1855, S. 9 ff. („Vom Zweck und Prinzip des Gesetzes“); *Süskind/Werner*, Handbuch der württembergischen Ehe-Gesetze, Bd. 3, 1860, S. 19 ff. („Zweck des Brautexamens“); *Hilse*, Civil- und Misch-Ehe, 1869, S. 166 ff. („Zweckmäßigkeitsgründe für Aufhebung des Mischehenverbots“).

¹³ Dazu, dass die „causa finalis legis“ schon um 1700 in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre geläufig war: *Ogorek*, Richterkönig, 2008, S. 108 ff. So sieht etwa *Justus Henning Boehmer* die Aufgabe der logischen Auslegung in der Auffindung dessen „quod legislatorem movit ad ita disponendum, et in quem finem eam dispositionem fecerit“ (*Boehmer*, De interpretationis grammaticae, in: ders., Exercitationes, Bd. 1, 1745, S. 22 ff.

der Interpretation: So verweist der Text als Text auf einen Autor und dessen Intentionen und Zwecke; zugleich rückt die hermeneutische Grundthese den Interpreten als Person ins Bild und beschreibt die Interpretation als produktiven und in diesem Sinne auch teleologischen Akt.

In den Auslegungslehren vom 17. bis zum 19. Jahrhundert sind diese Überlegungen in vielfacher Gestalt und kaum zu überblickenden terminologischen Einkleidungen präsent. Um nur einige zu nennen: „causa (finalis) legis“, „ratio legis“, „occasio legis“, „ratio iuris“, „potestas legis“, „logische Auslegung“ oder eben auch einfach „Zweck“.¹⁴ Unter diesen Namen war die Bezugnahme auf Zwecke auch und gerade im vermeintlich zweckskeptischen 19. Jahrhundert Teil des „breiten Mittelfelds der bürgerlichen Rechtstheorie“.¹⁵ So sind sowohl in der praktischen zivilrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts wie in der Rechtsprechung Zwecke als Argumente ganz geläufig.¹⁶ Auch bei *von Savigny* oder *Johann F. M. Kierulff* finden sich differenzierte Erwägungen zur Rolle des Zwecks in der Auslegung.¹⁷ Interpreta-

(28)). Auch in anderen hermeneutischen Disziplinen, etwa der biblischen Hermeneutik, spielt der Zweckbegriff zu dieser Zeit eine zentrale Rolle, vgl. hierzu nur am Beispiel *Siegmund Jacob Baumgartens: Danneberg*, Baumgartens biblische Hermeneutik, in: Bühler (Hrsg.), *Unzeitgemäße Hermeneutik*, 1994, S. 88 (98 f., 100, 128, 138), sowie allgemeiner *Arndt*, *Hermeneutik*, in: Bühler (Hrsg.), *Unzeitgemäße Hermeneutik*, 1994, S. 12 (24). Gegen den unbedingten Vorrang von ‚Zweck‘ oder ‚ratio‘ und für ein Gleichgewicht objektiver und subjektiver Momente dann die Hermeneutik Schleiermachers (vgl. *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*,²2012, S. 215 m. w. N.). Zum noch früheren Gebrauch des Arguments der causa finalis in der Topik des 16. Jahrhunderts: *Schröder*, a. a. O., S. 40 f.; zur überragenden Bedeutung des Zwecks für die naturrechtliche Auslegungslehre: *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, S. 129. Allgemein zur Geschichte der juristischen Auslegungslehren: *Vogel*, *Auslegung*, 2001, S. 430 ff., 669 ff.; *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 175 ff.; *Schröder*, a. a. O., S. 50 ff., 132 ff., 212 ff., 329 ff.

¹⁴ Dazu ausführlich *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*,²2012, S. 62 f., 79 f., 145 ff., 236 ff.

¹⁵ *Ogorek*, *Richterkönig*,²2008, S. 108.

¹⁶ Vgl. nur die Ausführungen zum „Umfang des Pfandrechts in Bezug auf seinen Zweck“ bei *Sintenis*, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, 1836, S. 435 ff.; *ders.*, *Das practische gemeine Civilrecht*, Bd. 1, 1844, S. 633 ff., die ebenfalls vor dem Hintergrund von Labands Polemik gegen den Zweckbegriff (dazu unten § 4 A. II. 2.) beachtlich sind. S. auch die Nachweise bei *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*,²2012, S. 236 Fn. 267. Vgl. ferner die Rechtsprechungsanalyse bei *Mertens*, *Zivilrechtliche Judikatur des Reichsgerichts*, AcP 174 (1974), S. 333 (344 ff.).

¹⁷ *Ogorek*, *Richterkönig*,²2008, S. 108 ff.; *Edelmann*, *Interessenjurisprudenz*, 1967, S. 15 ff. Vgl. die Deutung der „ratio legis“ als Frage nach dem Zweck der Gesetze bei *Hufeland*, *Geist des römischen Rechts*, Bd. 1, 1815, S. 14 f. Hufeland wird aufgenommen von *Kierulff*, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, 1839, S. 25 ff. Sehr abwägend etwa *von Savigny*, *System*, Bd. 1, 1840, § 33, S. 212 ff., 216 f., 220 ff., 276; der allerdings ebd., S. 269, ‚Inhalt‘, ‚Gedanken‘ und ‚Zweck‘ des Gesetzes weitgehend gleichsetzt. Zu Jherings entsprechender Würdigung Savignys oben § 2 Fn. 9.

tion kann dann sogar einfach als Rekonstruktion des ‚Zwecks‘ des Normgebers verstanden werden. Dementsprechend bezeichnet „Zweck“ bei *Anton F. J. Thibaut* als Überbegriff den ganzen Vorgang der Auslegung.¹⁸ Und *Bernhard Windscheid* formuliert 1862 in seinem *Pandektenrecht* – also zwölf Jahre vor dem Erscheinen des ersten Bands von *Jherings Zweck* – ganz im Sinne der herrschenden Meinung, wenn er zur Gesetzesauslegung festhält¹⁹:

„Im besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, und sodann der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze hat erreichen wollen. Endlich ist auch auf den Werth des Resultates Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen. [...] Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht.“²⁰

Doch was genau heißt hier „Zweck“? Auch wenn die Terminologie etabliert ist, ist die Antwort auf diese Frage alles andere als eindeutig. Schon das *Windscheid-Zitat* changiert ja zwischen ganz unterschiedlichen Konzeptionen. Offen ist, welches Subjekt – Autor, Leser oder, postmodern, der Text selbst – für das Gelingen der Interpretation und das Bestimmen des Zwecks maßgeblich ist; eine klare Trennung etwa zwischen subjektiver oder verobjektivierter Absicht des Gesetzgebers, zwischen tatsächlichem oder vernünftigen Willen, zwischen „Resultat“ und dessen „Werth“ findet nicht statt. Besonders unklar ist der Status von Überlegungen zum ‚Zweck‘ der Norm, wenn diese unter den unscharfen Oberbegriffen wie ‚ratio legis‘ oder der später oft missverstandenen ‚logischen Auslegung‘ stattfinden.²¹

¹⁸ *Thibaut*, System, Bd. 1, 1803, S. 45 ff. („Ueber den Zweck der Gesetze“) – hierzu näher *Ogorek*, Richterking, ²2008, S. 126 ff.; ähnlich auch *Hübner*, System des allgemeinen Landrechts, Bd. 1,1, 1806, S. 16 ff.

¹⁹ Ausführlich *Falk*, *Windscheid*, 1989, S. 144 ff., mit dem Fazit: „[S]icher ist aber, daß *Jherings* gleichermaßen entscheidende wie pauschale Behauptung von der Ignorierung des legislativen Grundes durch die Begriffsjurisprudenz, die 1889 im *Besitzwillen* wiederkehrt, *Windscheid* auf theoretischer Ebene glatt verfehlt“.

²⁰ *Windscheid*, *Pandektenrecht*, Bd. 1, ¹1862, § 21, S. 49 mit Fn. 5.; ähnlich bereits von *Vangerow*, *Leitfaden*, Bd. 1, ³1845, § 24 (S. 38); sowie später dann *Regelsberger*, *Pandekten*, Bd. 1, 1893, § 36 (S. 147 ff.), wonach auch „wirtschaftliche und sociale Zustände“, die durch eine richterliche Entscheidung verursacht werden, in die Auslegung eingehen können.

²¹ *Ogorek*, *Richterking*, ²2008, S. 146: „Logische Auslegung wird daher im Lauf des 19. Jahrhunderts zum Synonym für die Erforschung des Gesetzessinns, wobei unter dieser Chiffre subjektive wie objektive, streng rechtsbezogene wie folgenorientierte, positivistische wie naturrechtliche Interpretationsansätze exklusiv, alternativ oder kumulativ diskutiert werden, die sich aber alle in der Grundentscheidung für ein (etwas mehr oder etwas weniger) gezügeltes Richterermessen treffen“.

In der Methodenpraxis hatte das Fehlen eines präziseren Begriffsverständnisses lange Zeit keine relevanten Konsequenzen. Denn den intensiven Auseinandersetzungen über Methode zum Trotz teilte das 19. Jahrhundert, wie *Regina Ogorek* gezeigt hat, weithin ein äußerst pragmatisches Interpretationsverständnis. Die maßgeblichen rechtmethologischen Ansätze in der Zivilrechtswissenschaft dieser Zeit verfolgten das gemeinsame Ziel, Freiheit und Bindung des Richters durch das Gesetz in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.²² Sogar Thibaut, der in seiner Theorie der logischen Auslegung mit am intensivsten die Notwendigkeit richterlicher Gesetzesbindung betont, relativiert dies doch immer durch die Einschränkung, dass „ein Mann, welcher gedankenlos an dem Buchstaben des Gesetzes klebt, nothwendig seine besten Anlagen in sich zerstören muss“.²³ Dem Wortlaut wurde im hermeneutischen Modell also nie unbedingte Bindungskraft zugeschrieben.²⁴ Situationsangemessene Entscheidungen sollten ermöglicht werden, ohne richterlicher Willkür das Wort zu reden.²⁵ Ganz weitgehend war anerkannt, dass richterliche Rechtsanwendung auf die gesellschaftliche Wirklichkeit einwirkte und dies bei aller gebotenen Vorsicht im Rahmen der Auslegung berücksichtigungsfähig war.²⁶ Differenzen zeigten sich im Detail und beruhten meist auf einem jeweils etwas stärker oder schwächer ausgeprägten Vertrauen zu Gerichten, Gesetzgeber, Verwaltung oder Wissenschaft.²⁷

²² So die Formulierung bei *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 145.

²³ *Thibaut*, *Theorie der logischen Auslegung*, 1806, S. 33. Zu Thibaut umfassend *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 126 ff.

²⁴ Zusammenfassend zum „tendenziösen Charakter“ der Wortlautinterpretation: von *Jhering*, *Geist II/2*, 1858, S. 467 ff (s. auch ebd., S. 491, zum „stille[n] Krieg der Juristen gegen das Gesetz“).

²⁵ *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 145, 169. S. auch *Schröder*, *Methodendiskussion*, *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 323 ff.

²⁶ S. etwa die Nachweise zur Berücksichtigung der „Wirkungen“ der Entscheidung (so schon bei *Ernst-Friedrich Klein* um 1788) oder des „Resultats“ (etwa bei *Thibaut*, *Savigny* und *Windscheid*) bei *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 147 f. mit Fn. 11; zur Berücksichtigung des praktischen „Zwecks“ oder „Nützlichkeitsgrundes“ des Gesetzes (etwa bei *Wächter*, *Krug*, *Unger* und *Thöl*), s. die Nachweise bei *Honsell*, *Historische Argumente*, 1982, S. 31; *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2012, S. 236 mit Fn. 267. Zu *Windscheid*, *Vangerow* und *Regelsberger* vgl. die Hinweise oben in § 2 Fn. 20. Vgl. auch *Falk*, *Windscheid*, 1989, S. 169, zu *Windscheid* im Besonderen und zur konstruktiven Jurisprudenz allgemein: „Die Kenntnis der Effekte dogmatischer Konstruktion für die Interessendurchsetzung der Parteien wurde als selbstverständlich vorausgesetzt.“ Dies entspricht auch der Praxis des Reichsgerichts, vgl. *Mertens*, *Zivilrechtliche Judikatur des Reichsgerichts*, *AcP* 174 (1974), S. 333 (349 f., 372 f.). Zur gegenwärtigen Diskussion derartiger Fragen vgl. § 8 C. II.

²⁷ Unterschiedliche Intuitionen in dieser Hinsicht können dabei durchaus mit identischen methodentheoretischen Forderungen einhergehen. Wer etwa die Entscheidungsfreiheit des Richters stärken möchte, kann dies auf ganz unterschiedliche Prämissen stützen, etwa die historische Distanz zum antiken Rechtsetzungsakt im Fall des römischen Rechts,

Dieser praktische Konsens verlor erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts an Überzeugungskraft. Mit zunehmender Aktivität der Gesetzgeber und einer sich verändernden Stellung der Gerichte im Gewaltengefüge werden Widersprüche sichtbar und Konflikte zwischen wirklichem und vernünftigem Willen denkbar. Die bislang akademischen Gegensätze werden plötzlich politisch. Das zwingt zur Schärfung der Kategorien und zur Präzisierung des Zweckbegriffs.²⁸ So beginnen sich im Streit um die Rolle der Gesetzgebungsmaterialien für die Auslegung – eine Frage, die für die Pandektisten zwar theoretischen Reiz aber kaum rechtspraktische Bedeutung hatte – erste echte Differenzen auszubilden.²⁹ Allerdings wird auch hier, in der Gegenüberstellung von „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegungstheorie, oft situativ gedacht, wo prinzipiell argumentiert wird.³⁰ Hier deutet sich schon an, dass es im Aufbruch zum Zweck bei und nach Jhering weniger um neue hermeneutische Einsichten als um die Reflexion gewandelter institutioneller Realitäten im methodentheoretischen Vokabular ging.³¹

Festhalten lässt sich, dass ‚teleologische‘ Auslegung lange vor Jhering etabliert ist. Auch finden sich schon zuvor Gedanken, die gewöhnlich mit der Wende zu einer realistischen Interpretationslehre bei und nach Jhering ver-

das Misstrauen gegenüber einem autoritären (landes-)staatlichen Gesetzgeber oder das Vertrauen in den Richter als in den Staat integrierte Amtsperson: vgl. *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 158 ff., 178; insbesondere zur Richterrechtslehre von *Oskar Bülow* auch *Henne/Kretschmann*, Mythos, *Ius Commune* 26 (1999), S. 211 ff.

²⁸ Dementsprechend beobachtet *Mertens*, *Zivilrechtliche Judikatur des Reichsgerichts*, *AcP* 174 (1974), S. 333 (372 f.), in der Rechtsprechung des Reichsgerichts Unterschiede in der Methodik bei der Auslegung „älterer“ und „neuerer“ Gesetze.

²⁹ *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 120; *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, ²2012, S. 227 f.; *Vogelauer*, *Auslegung*, 2001, S. 435 ff. Vgl. den Überblick bei *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 194 f., der auf Folgendes hinweist: „Die Berufung auf den ‚Willen des Gesetzgebers‘ war also häufig eher eine Leerformel. Erst in der Diskussion um die Auslegung des BGB, wo der Wille des Gesetzgebers anhand der umfangreichen Gesetzesmaterialien viel konkretere Formen annahm, konnte man den Willen des Gesetzgebers nicht mehr ohne weiteres objektivieren. Insofern ist es kein Zufall, dass der Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie zur Zeit der Ausarbeitung des BGB aufflammte“.

³⁰ So korrelierte bekanntlich die Bewertung der im zunehmend größeren Umfang vorhandenen Gesetzgebungsmaterialien häufig damit, ob die Interpreten gesetzgeberischen Reformvorhaben in der Sache positiv oder negativ gegenüberstanden, und beruhte weniger auf methodischen Grundsatzreflexionen: dazu *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 166 f. Auf dieser These baut auf: *Ortmann*, Vom ‚Motiv‘ zum ‚Zweck‘, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S. 409 ff. Die Diskussion beschränkt sich daher nicht auf zwei diametral entgegengesetzte Positionen, wie dies später die Rede von objektiver und subjektiver Auslegungslehre suggeriert. Zu diesem Gegensatz ausführlich unten bei § 8 B. I und zur Materialienfrage bei § 8 D.

³¹ Vgl. hierzu auch die Überschrift für die Epoche von 1850 bis 1933 bei *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, ²2012, S. 281 ff.: „Der Aufstieg der Rechtsprechung“ (zu dieser institutionellen Verschiebung insbesondere ebd., S. 305 ff.).

bunden werden, wie die Berücksichtigung von Parteiinteressen und Entscheidungsfolgen durch den Rechtsanwender. Von einer Entdeckung des Zwecks für die Rechtsanwendung durch Jhering kann daher nicht die Rede sein. Das Kantorowicz'sche Narrativ ist zumindest verkürzt. Doch ist bislang immer noch sehr undeutlich, was überhaupt unter dem Zweckbegriff zu verstehen ist.

II. Justizstaat und Administrativjustiz: Der Gegensatz von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit

Weitere Anhaltspunkte lassen sich in dem Streit um Justizstaat und Administrativjustiz finden. Dort steht der Zweckbegriff im Zentrum einer der seinerzeit zentralen rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Kontroversen.³² In dieser Auseinandersetzung zeigt sich, wie eng methodentheoretische Aussagen und institutionelle Erwartungen und Präferenzen im 19. Jahrhundert miteinander verbunden sind. Zusammengefasst plädierten die Vertreter der justizstaatlichen Position für umfassenden Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln vor ordentlichen Gerichten. Hiervon versprachen sie sich die beste Sicherung bürgerlicher Freiheiten. Umgekehrt wollten die Vertreter der Administrativjustiz – teils aus Affinität zur Exekutive, teils aus Neigung zum Parlamentarismus – den verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz verwaltungsinernen Instanzen anvertrauen.³³

Der im vorliegenden Zusammenhang allein interessierende Aspekt dieser Auseinandersetzung liegt in der Entscheidung der justizstaatlichen Seite, allen voran *Karl J. A. Mittermaiers*, für ihre Position mit dem Leitbild des politisch indifferenten, gewissermaßen machtlosen Richters zu werben, der frei von allen *Zweckmäßigkeit*süberlegungen entscheide.³⁴ Diese Gegenüber-

³² Zum Folgenden aus der Sekundärliteratur umfassend: *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 280 ff. Siehe auch schon mit einer dem Zeitgeist entsprechenden klaren Präferenz für das administrativstaatliche Modell: *Poppitz*, Verwaltungsgerichtsbarkeit I, AöR 33 (1943), S. 158 ff.; *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit II, AöR 33 (1944), S. 3 (insbes. 9 ff.). Vgl. ferner *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 28 ff.; *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983, S. 25 (mit dem Hinweis, dass das Problem des Rechtsschutzes im 17. Jahrhundert mit der Ausdifferenzierung der Justiz aus der Polizei entsteht). Aus sozialgeschichtlicher Perspektive *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1, ⁴2006, S. 461 ff.

³³ Zu den unterschiedlichen Motiven s. *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 309 ff.

³⁴ Beispielhaft *Mittermaier*, Gegenstände des bürgerlichen Processes, AcP 4 (1821), S. 305 (314 f.): „Mag der dem Gerichte vorgelegte Fall mit noch so vielen Verwaltungsrücksichten zusammenhängen, noch so großen Einfluß auf das Wohl des Staats haben, [...] so findet doch der Richter [...] leicht die juristische Entscheidung, da sie sich nicht auf das Wohl des Staats oder auf Prüfung der Zweckmäßigkeit einlässt, sondern blos darin besteht, daß nach den bestehenden Gesetzen der Kläger in seinen erworbenen Rechten verletzt sey.“ Vgl. auch ebd., S. 334. In der Sache identisch: *Pfeiffer*, Practische Ausführungen,

stellung von Recht- und Zweckmäßigkeit darf allerdings keineswegs so verstanden werden, dass die Justizstaatler die Argumentation mit dem Zweck der Norm untersagen wollten. Allerdings haben entsprechende Missverständnisse aus späterer Zeit zu zahlreichen fehlerhaften Urteilen über die Methodenlehre des 19. Jahrhunderts geführt. Vielmehr finden sich bei prominenten Befürwortern des Justizstaatsgedankens wie *Sylvester Jordan* oder *Otto Bähr* – letzterer ein erfahrener richterlicher Praktiker – differenzierte Interpretationslehren, die richterliche „Subjectivismen“ für unumgänglich und Zweckorientierung im Rahmen der Rechtsfindung für notwendig erklären.³⁵

Wenn die gleichen Autoren anlässlich der Kompetenzabgrenzung von Gerichten und Verwaltungsbehörden äußern, Rechtsanwendung sei ein rein logischer Prozess, der sich jeder Zweckmäßigkeitserwägung zu enthalten habe, ist mit Zweckmäßigkeit offensichtlich anderes gemeint als in der Methodendebatte.³⁶ Was das ist, erschließt sich aus dem Ziel der justizstaatlichen Seite, nämlich „die politische Brisanz gerichtlicher Allzuständigkeit verwaltungsfreundlich zu entschärfen“.³⁷ Die Justizstaatler hofften also, eine Ausdehnung der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf den Bereich des Verwaltungshandelns erreichen zu können, indem sie Gerichte als zweckfrei, d. h. nicht selbständig politisch handelnde Akteure beschrieben. Das politische Gewicht jeder richterlichen Entscheidung sollte minimiert werden, um die Zuweisung von Kompetenzen an die Gerichte zu befördern.

Was heißt Zweck dann in diesem Kontext? Nach Mittermaier stehen Zwecke für das dem Recht vorgehende, nicht justiziable „Wohl des Staats“.³⁸ Der Gegensatz von Zweck- und Rechtmäßigkeit bezeichnet damit den Gegensatz zweier Ordnungen. Die eine manifestiert sich in bestimmten Zwecken, denen der Staat zu dienen hat; der Staat gilt dabei nicht als ein mit den Mitteln des Rechts zu verwirklichendes Projekt, sondern als eine dem Gesetzesrecht vorgängige Ordnung, die sich auch gegen dieses durchsetzen kann. Die andere, im engeren Sinne rechtliche Ordnung hat einen sehr limitierten, auf Bewah-

Bd. 3, 1831, S. 186 ff.; *Puchta*, *Administrativ-Justiz*, in: *Beiträge zur Gesetzgebung*, 1822, S. 202 (241): „Welchen Anhalt hätte er [der Richter], um über die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Anordnungen der regierenden Gewalt zu urtheilen?“. Weitere Nachweise bei *Ogorek*, *Richterkönig*,²2008, S. 299 ff.

³⁵ *Bähr*, *Urteile*, 1883, S. V f. Vgl. auch *ders.*, *Rechtsstaat*, 1864, S. 13 f., 59. Zu Bähr als Justizstaatler auch *von Oertzen*, *Positivismus*, 1974, S. 109 ff.

³⁶ *Bähr*, *Rechtsstaat*, 1864, S. 13 (Rechtsfindung als rein „logischer Prozeß [...] ein Erzeugniß nicht des Wollens, sondern des Erkennens“), 108 („Sie [die Gerichte] sind zunächst auf den Rechtsstandpunkt beschränkt. Das gesammte, oft sehr weit ausgedehnte Gebiet, auf welchem sich das Urtheil der Verwaltungsbehörden vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit [...] bewegt, haben sie unberührt zu lassen.“). Zu den Schwierigkeiten, die sich mit dem Begriff der „Logik“ verbinden, vgl. schon oben § 2 Fn. 13 und 21.

³⁷ *Ogorek*, *Richterkönig*,²2008, S. 292.

³⁸ Vgl. soeben das Zitat in § 2 Fn. 34.

zung des Bestehenden ausgerichteten Anwendungsbereich. Damit hat der theoretische Gegensatz von Recht- und Zweckmäßigkeit aber mit der methodisch-praktischen Frage nach der Bedeutung des Zwecks einer konkreten Regelung in der Gesetzesauslegung kaum etwas gemein.

Dieser Gegensatz von Recht und (Staats-)Zweck wird in der Diskussion um den Justizstaat vorausgesetzt und dort selbst nicht weiter begründet. Bevor auf die Herkunft dieses Gegensatzes näher eingegangen wird, soll noch kurz auf die Folgen der justizstaatlichen Debatte hingewiesen werden. Der ursprünglich strategische Einsatz der Gegenüberstellung gerät in Vergessenheit, wo sich das Justizstaatsmodell übergangsweise durchsetzen konnte und die Formel geltendes Recht wurde.³⁹ Von hier wird die Formel dann wiederum übernommen und zur Beschränkung der Prüfungskompetenz der schließlich doch in vielen Territorien eingerichteten Administrativtribunale verwendet, zu deren Verhinderung sie ursprünglich argumentativ in Stellung gebracht worden war.⁴⁰ Durch diese Verrechtlichung wandelt die Formel ihren Charakter und wird zur Chiffre für die in der Praxis schwierig zu handhabende verwaltungsgerichtliche Prüfungsdichte und allgemein für die Kompetenzabgrenzung von Verwaltung, Rechtsprechung und – etwa beim justizkritischen und parlamentsfreundlichen *Carl von Rotteck* – Parlament.⁴¹ Die For-

³⁹ Vgl. insbes. § 40 Landesverfassungs-Gesetz des Königreichs Hannover vom 6. August 1840: „Die Frage über die Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit des von einer Verwaltungsbehörde innerhalb ihrer Zuständigkeit beobachteten Verfahrens kann nicht zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemacht werden.“ Ähnlich auch schon der (allerdings 1842 wieder aufgehobene) § 40 der Preußischen Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808, PrGS 1808, S. 464 ff., sowie § 7 Abs. 3 des Königlich Sächsischen Gesetzes vom 28. Januar 1835, betreffend die Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1835, Nr. 17, S. 55–61): „Es dürfen jedoch Justizbehörden, wenn dabei Verwaltungsmassregeln zur Sprache kommen, über die Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit derselben in Bezug auf das allgemeine Beste, soweit eine rechtliche Erörterung darüber nicht ausdrücklich in den Gesetzen nachgelassen worden, nicht urtheilen, noch die Verordnung der Verwaltungsbehörden für ungültig erklären.“

⁴⁰ So sieht *Zoepfl* im Hannoverschen Gesetz einen allgemeinen Rechtsgrundsatz positiviert, vgl. *Zoepfl*, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Theil 2, ⁵1863, S. 576, 597. Dazu und zu entsprechenden Thesen bei Gerber und Laband näher unter § 4 A. I.

⁴¹ Zum letztgenannten Aspekt, den *Rotteck* betont, bald aber auch *Mittermaier* aufgenommen hat: *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 306 ff. Auch das Reichsgericht übernimmt diese Formel, allerdings um sie offensiv zur Verteidigung des richterlichen Kompetenzbereichs einzusetzen, vgl. RG, Urteil vom 2. 2. 1884 – RGZ 11, 65 (70–72): „Dem Wesen des Rechtsstaates entspricht es, daß die verfassungsmäßig bei der Gesetzgebung mitwirkenden Faktoren die Zweckmäßigkeitsfrage [...] erwägen und [...] abschließend regeln. [...] Aus diesen Bestimmungen der Reichsverfassung folgt in keiner Weise eine verfassungsmäßige Befugnis des Bundesrates oder des Kaisers zur authentischen, die Gerichte bindenden Deklaration der Abgabegesetznormen [...]“.

derung nach dem Verzicht auf Zweckmäßigkeitüberlegungen ist dann nichts anderes als ein Appell zur Limitierung der Kontrollkompetenz von Gerichten zugunsten von Exekutive und/oder Legislative. In dieser Gestalt wird sie heute noch verwendet.⁴²

III. Polizeiwissenschaft und Staatsrecht: Von der teleologischen zur juristischen Methode

Die Gegenüberstellung von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit begegnet nochmals in den methodischen Auseinandersetzungen um die Ablösung der alten Polizeiwissenschaft durch eine methodisch eigenständige Wissenschaft vom öffentlichen Recht.⁴³ Aus diesem komplexen Prozess ist hier erneut nur der Ausschnitt relevant, der sich ausdrücklich mit der Rolle des Zweckbegriffs beschäftigt.

Als Beispiel kann das 1802 in zweiter Auflage erschienene, einflussreiche *Handbuch des Deutschen Polizeyrechts* von Günther Heinrich von Berg dienen. Von Berg setzt den Zweckbegriff zunächst dafür ein, die Unsicherheit von Polizeirecht und Polizeiwissenschaft über ihren Forschungsgegenstand zu absorbieren. Geschickt definiert von Berg nämlich eben die Beschäftigung mit dem Eklektischen und Instabilen, dem je ‚Zweckmäßigen‘ als den Gegenstand der Polizeiwissenschaft und macht damit deren konzeptionelle Schwäche zur methodischen Tugend.⁴⁴ So wird der Zweck zum Kern einer eigenständigen polizeiwissenschaftlichen Methodik, der dann die (polizei-)rechtliche gegenübergestellt werden kann. Trotz allen Beharrens auf der Einheit des Gegenstandes der „Policeygewalt“ ist damit bei von Berg schon eine klare Trennung der Disziplinen angelegt:

„Die Policeygewalt giebt zu einer gedoppelten gleich wichtigen Untersuchung Veranlassung. Die eine ist politisch, die andere rechtlich. Welches sind in jeder Hinsicht die zweckmäßigsten Mittel, künftige gemeinschädliche Uebel im Innern des Staates abzuwenden? Wie weit gehen die Rechte der Policeygewalt in Beziehung auf ihren Zweck, und was für Rechte und Verbindlichkeiten sind in einem oder dem andern Staate, sowohl in Bezie-

⁴² Hierzu ausführlich unten § 7 C.

⁴³ Zu diesem Prozess nach wie vor grundlegend *Maier*, Staats- und Verwaltungslehre, ²1980, S. 230 ff. S. auch *Lindenfeld*, Decline of Polizeiwissenschaft, in: Heyen (Hrsg.), Formation und Transformation, 1989, S. 141 ff.; *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983; *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 243 ff., 381 ff. Die im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Diskussion vor 1852 rekonstruiert *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 52 ff.

⁴⁴ Vgl. etwa von *Berg*, Handbuch, Bd. 1, ²1802, S. 35 („Mit jeder Veränderung der Umstände, die sich auf den Zweck der Policey beziehen, müssen sich auch ihre Gesetze, Anstalten und Einrichtungen ändern. Gerade das also, was im allgemeinen das größte Gebrechen einer Gesetzgebung wäre, ist ein wesentlicher Vorzug der Policeygesetze.“), s. auch ebd., S. 132, zum Unterschied von „Polizeigesetzen“ und „Justizgesetzen“.

hung auf die Polickeygewalt als auch durch sie positiv bestimmt? Jene Frage beantwortet die Polickeywissenschaft, diese das Polickeyrecht.“⁴⁵

Von Berg erklärt dann, dass er „Polickey-Recht, nicht Polickey-Wissenschaft zu schreiben unternommen“ habe, und leitet daraus, ganz analog der Argumentation in der Justizstaatsdebatte, ab, dass er sich *deshalb* aller politischen Stellungnahmen enthalten werde.⁴⁶

Derartige Definitionen bei von Berg und anderen legen den Keim dafür, dass in der Folgezeit Zweckmäßigkeit zunächst Kennzeichen für die nicht eindeutig rechtlichen Teile der früheren Polizeiwissenschaft wurde. Als sich Forderungen nach einer Schärfung der methodischen Standards verschärfen, wird Zweckmäßigkeit dann allmählich ganz zur Chiffre für den alten integrativen Methodenansatz.⁴⁷ Das Scheitern der Versuche *Robert von Mohls* und anderer, den Zweckbegriff auf einer höheren, Recht und Polizei gemeinsamen Ebene zu verorten⁴⁸, führt dazu, dass schließlich Zweck, Politik und Polizei gleichgesetzt werden.⁴⁹ Und während ‚Zweck‘ in der Diskussion um den Justizstaat noch eine positive Konnotation hatte und ein dem Recht und den Juristen entzogenes Reich originärer Staatstätigkeit bezeichnete, teilt der Begriff bald das Schicksal des in der Rückschau als Folie konstruierten und negativ bewerteten ‚Polizeistaats‘.⁵⁰ Je weniger der Prozess der methodischen

⁴⁵ *von Berg*, Handbuch, Bd. 1, ²1802, S. 16.

⁴⁶ *von Berg*, Handbuch, Bd. 1, ²1802, Vorrede.

⁴⁷ Später fasst Seydel diesen Vorgang plastisch zusammen: *von Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, Bd. 2, 1913, S. 216: „Mit welchen Mitteln die Landwirtschaft am besten zu fördern, wie Schulpläne am zweckmäßigsten zu gestalten seien, darüber darf man das Recht nicht befragen“.

⁴⁸ Vgl. insbes. *von Mohl*, Polizeiwissenschaft, 1832/33, S. 6, 9 (wonach die Polizei neben der Rechtspflege die „zweite Hälfte der inneren Anstalten eines Rechtsstaates zu Erfüllung seines Zwecks“ ist); *Behr*, Allgemeine Polizei-Wissenschaftslehre, Bd. 1, 1848, S. 14 („Wer den Zweck – Realisirung der Rechts-Idee, Geltung, Sicherung des Rechts – seinem ganzen Inhalte und Umfange nach richtig und vollständig aufgefasst und ausgemessen hat, muß wissen, daß dessen wirkliche Erreichung durch weit mehr, als durch Justiz [...] allein, bedingt sei“), und ebd., S. 23 („Geltung und Sicherheit des Rechts aller einzelnen Staatsglieder und des Staatsganzen“ sei „wahrer Zweck“ des Staates).

⁴⁹ Vgl. etwa die Definition von Politik über den Zweckbegriff als „Wissenschaft von den richtigen Mitteln zur Erreichung der Staatszwecke“ bei *von Mohl*, Staatswissenschaften, Bd. 3, 1858, S. 341.

⁵⁰ Vgl. die Andeutungen bei *Georg Meyer*, Studium, 1875, S. 16 f. Ein wirkmächtiges Narrativ entfaltet *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, § 4 (S. 38 ff., insbes. S. 43 zum „Polizeigesetz“ als reiner „Zweckmäßigkeitssache“); zu dessen Rezeption vgl. § 7 B. II. 1. c. und § 7 C. III. Die historische Anfechtbarkeit derartiger Deutungen zeigt anhand einer Diskussion des Werks von Zachariä und Zöpfl *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 63 ff. Zu den Kompensationsformeln der tatsächlich nie nachlassenden Tätigkeit des Staates im Bereich der Wohlfahrtszwecke s. etwa *Badura*, Verwaltungsrecht des libe-

Ausdifferenzierung als Verlustgeschichte empfunden wird, desto stärker verfestigt sich diese Assoziation⁵¹ so wie umgekehrt die Idee einer von allen Zwecken gereinigten spezifisch ‚juristischen Methode‘ an Popularität gewinnt.⁵²

Der Formel vom Zweck lässt sich also auch in diesem Fall kein präziser begrifflicher Gehalt zuweisen. Dennoch setzt sich aus den einzelnen Diskursen langsam ein Bild zusammen und es wird erkennbar, dass das, was als Zweck um 1800 dem Recht noch gegenübergestellt wurde und dann im Laufe des 19. Jahrhunderts immer mehr an Relevanz verliert, die Vorstellung einer ganzheitlichen Ordnung ist, in deren Kontext sich das Recht ohne eigenen Gestaltungsspielraum einzuordnen hat.⁵³ Insofern stehen die Diskussionen um das Wissenschaftsverständnis in enger Verbindung zur Frage nach den Staatszwecken. Auch dort lässt sich ein vergleichbarer Prozess beobachten.⁵⁴

IV. Die Krise der Staatszwecklehre: Vom Staatszweck zum Zwecke setzenden Staat

Die Geschichte der Staatszwecklehren im 19. Jahrhundert ist eine Verlustgeschichte.⁵⁵ Ab etwa 1800 traten neben die schon lange bestehenden Unsicher-

ralen Rechtsstaates, 1967, S. 31 ff. („Staatspflege“); sowie jüngst *Jellinghaus*, Daseinsvorsorge, 2006.

⁵¹ Vgl. aber noch die Forderung von *Steins*, Verwaltung als „Arbeit“ der Idee des „gesellschaftlichen oder socialen Staates“ zu begreifen, die sich nicht mit der Kenntnis der positiven Gesetze begnügen dürfe, sondern „das Verwaltungsrecht aus dem Wesen des zu Verwaltenden bilden“ müsse (*von Stein*, Gegenwart und Zukunft, 1876, S. 144, 215, 296). Erstaunlich ähnlich dann die Definition der Verwaltung bei *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, ²1914, S. 64: Verwaltung als „lebendige Arbeit des Staates für seine Zwecke“ (dazu näher unten § 4 A. III.).

⁵² Hierzu ausführlich unten § 4 A.

⁵³ Zu letzten Versuchen einer ganzheitlichen teleologischen Politikdarstellung bei *Wilhelm Roscher* kurz vor 1900 vgl. *Hübinger*, Staatstheorie und Politik, in: Maier (Hrsg.), FS Hennis, 1988, S. 143 ff. Zum Fortleben derartiger Vorstellungen als Negativ-Leitbilder in der Figur des „Schlusses vom Zweck auf die Mittel“ vgl. § 7 C. III.

⁵⁴ Zu dieser Verbindung *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983, S. 9 (vgl. auch ebd., S. 13, wonach eine ausdrückliche Trennung zwischen dem Zweck des Staates und dem Zweck der Polizei erstmals 1845 bei *Zimmermann* vorgenommen wurde); ausführlich auch *Matsumoto*, Polizeibegriff im Umbruch, 1999.

⁵⁵ Überblicke zur Staatszweckdiskussion im 19. Jahrhundert bei *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 27 ff. (29 f., 80 ff. zum Niedergang der Staatszwecklehren), sowie – für die Anfangsjahre – bei *Murhard*, Der Zweck des Staates, 1832. Die Wurzeln sind pointiert aufgearbeitet bei *Maier*, Staats- und Verwaltungslehre, ²1980, S. 142 ff., 191 ff.; *Scheuner*, Staatszwecke, in: Kleinheyer/Mikat (Hrsg.), GS Conrad, 1979, S. 467 ff. Zu den primär juristischen Diskussionen s. die Darstellungen bei *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983; *Grimm*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 48 (1990), S. 134; *Stolleis*, „Staatszweck“, in: HWPh, Bd. 10, 1998, Sp. 81 ff. Ein Muster an Problemorientierung ist

heiten über mögliche Inhalte des oder der Staatszwecke immer stärkere Methodendifferenzen und unterschiedliche Erkenntnisinteressen.⁵⁶ Dabei war es zu Beginn des 19. Jahrhunderts in den idealistischen und romantischen Strömungen durchaus noch populär, den Staat vom Zweck her zu bestimmen. Dies richtete sich gegen die als defizitär erachteten mechanistischen Staatstheorien der Zeit; unter ‚Staatszweck‘ wurde dabei eine „objektiv-werthafte, zwangsläufig sich selbst verwirklichende Gegebenheit“ verstanden.⁵⁷ Dieser Versuch einer Abstrahierung und Idealisierung der Problemstellung löst sich aber schon weit von den früheren, sehr gegenständlichen Vorstellungen von Staatszwecken. Mit der Kritik an Idealismus und staatsrechtlicher Romantik und dem Beginn des oben beschriebenen Prozesses wissenschaftlicher Ausdifferenzierung wird dann schließlich die Vorstellung, Staatszwecke könnten, und sei es abstrakt und ideal, bestimmt werden, endgültig unplausibel.⁵⁸

Mit dem Aufkommen der empirischen Sozialwissenschaften splittet die Frage nach dem Staatszweck vielmehr in zahllose Einzelprobleme auf. Dies macht die Rekonstruktion der Diskussionen sehr unübersichtlich.⁵⁹ So reichte

die dichte und thesenreiche Darstellung bei *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964. Hespe diskutiert die im engeren Sinne juristischen Staatszwecklehren des 19. Jahrhunderts im Hinblick auf ihre Funktion, die Einheit des Staates zu begründen und gleichzeitig dessen Legitimitätsansprüche zu rechtfertigen, und beschreibt ihr Scheitern an dieser Aufgabe (insbes. S. 70 ff.). Hespes Studie ist wiederum stark inspiriert von *Kaufmann*, Begriff des Organismus, 1908; *Smend*, Einfluß, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, ³1994, S. 326 ff.; und *ders.*, Politisches Erlebnis, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, ³1994, S. 346 ff. Hespes Darstellung hat ihrerseits starken Einfluss auf *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 88 ff. Zur Problematik zentraler positivismuskritischer Thesen der sog. Smend-Schule, von denen auch Hespes Darstellung nicht frei ist, s. *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 348. Versuche, die Entwicklung der Staatszwecklehre dagegen nach der Herrschaft bestimmter materieller Staatszwecke zu gliedern, verkennen, dass sich hinter dem Verweis auf Staatszwecke ganz unterschiedliche theoretische und methodische Projekte verbergen; dies ist im Hinblick auf die sonst überzeugende Kritik von *Bull*, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (804), an einem entsprechenden Epochen-Modell von *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 17 ff., zu ergänzen.

⁵⁶ So darf beispielsweise die erkenntnistheoretisch fundierte Kritik am Staatszweck bei *Lasson*, System, 1882, S. 313, keinesfalls mit der neopatrimonialen Kritik bei *von Seydel*, Bundesstaatsbegriff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 185, identifiziert werden.

⁵⁷ So prägnant *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, S. 24.

⁵⁸ Zur gesellschaftlichen Ausdifferenzierung als weitere Ursache für das Scheitern der Staatszwecklehren – die komplexe gesellschaftliche Situation konnte nicht mehr auf eine vorab definierte Zahl von Zwecken reduziert werden – s. *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 93.

⁵⁹ Vgl. auch schon *von Haller*, Restauration, Bd. 1, ²1820, S. 467: „Uebrigens ist es kurzweilig und lehrreich zu betrachten, wie die neueren Philosophen über die Bestimmung ihres *Staatszwecks* wanken und schwanken und woher diese endlose Verschiedenheit der Meynungen rührt“.

das Spektrum der am Ende des Jahrhunderts, also zur Zeit Jellineks, als Staatszwecklehren firmierenden Theorien von normativen Ansätzen über „metaphysische Spekulation“ bis hin zu deskriptiven, empirischen Untersuchungen.⁶⁰ Mit Staatszwecken beschäftigten sich Arbeiten aus dem Umfeld der hegelianischen Geschichtsphilosophie ebenso wie funktionale Analysen der frühen Nationalökonomie.⁶¹ Auch im ausdrücklichen Verzicht auf eine Ausarbeitung konnte eine Staatszwecklehre liegen oder vermutet werden.⁶² Ein enzyklopädischer Überblick über die Debatten, die im 19. Jahrhundert unter dem Titel Staatszweck geführt wurden, müsste also die Komplexität des Staatsdenkens zwischen Philosophie, Rechtswissenschaft und Nationalökonomie weitgehend ungefiltert abbilden. Anders ausgedrückt: Im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts werden die Staatszwecklehren im Wesentlichen nur noch durch den gemeinsamen Begriff zusammengehalten. Die Frage nach dem Staatszweck wird ohne nähere Präzisierung unbeantwortbar.⁶³

Und selbst innerhalb der juristischen Diskussion verändert sich die Behandlung der Staatszwecke. So ließen sich der Frage bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch eine Reihe klarer rechtlicher Problemstellungen zuordnen. Darunter zählen zentrale Probleme der Verfassungspraxis des Konstitutionalismus, etwa die Frage nach den Grenzen der Staatsgewalt, der Reichweite staatlicher Kompetenzen und dem Umfang legitimer Staatsaufgaben.⁶⁴ Mit der Durchsetzung des Nationalstaats erledigte sich jedoch insoweit der Rekurs auf eine Staatszwecklehre weitgehend. Im potentiell allzuständigen formalen Rechtsstaat muss nicht mehr mit dem Staatszweck begründet werden, welche Sachmaterien staatlicher Regelung zugänglich sind. So verlor die Frage nach dem kompetenzbegründenden ‚positiven‘ Staatszweck an Bedeutung.⁶⁵ Umgekehrt wurde die Frage nach dem ‚negativen‘ Staatszweck – in der Vergangenheit ein Modell zum Schutze der Bürger vor dem Staat und ein

⁶⁰ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 230, 234.

⁶¹ Vgl. einerseits Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 233 mit Fn. 1 (zu Hegel) und andererseits a. a. O., S. 240 Fn. 2 (mit Hinweisen auf Werke der Nationalökonomien Albert Schäffle, Adolph Wagner und Eugen Philippovich).

⁶² Vgl. nur die Kritik Jellineks an Haller: Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 241. Dass Hallers Leugnung von Staatszwecken „als Tarnungsmanöver einer um so massiveren Staatsteleologie“ dient, sieht schon Maurenbrecher, Grundsätze, ²1843, S. 26 Note b.

⁶³ So dann eben auch das bekannte Fazit bei Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, ⁵1980, S. 30, 514; ebenso später Anschütz, Staatsrecht, in: Holtzendorff/Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie, Bd. 4, ⁷1914, S. 1 (26); Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 39 ff.

⁶⁴ Für einen knappen Überblick über die jeweiligen Positionen s. Stolleis, „Staatszweck“, in: HWPh, Bd. 10, 1998, Sp. 81 ff. Vgl. auch die Nachweise oben § 2 Fn. 55.

⁶⁵ Vgl. dazu die Ausführungen bei Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 238.

möglicher Rechtfertigungsgrund für Gehorsamsverweigerung – durch die Argumentation mit subjektiven öffentlichen Rechten ersetzt.⁶⁶

Aber obwohl der Ausdruck Staatszweck kein Problem mehr auf den Begriff bringt, verschwindet er nicht. Die Kontinuität der Staatszweckdebatte ist vielleicht das beste Beispiel dafür, wie langsam und zäh sich der Wandel im Rechtsverständnis vollzog und – die Frage nach dem Staatszweck wird ja heute immer noch gestellt – vollzieht.⁶⁷ Obwohl, oder gerade weil, es nicht mehr gelingen konnte, dem Begriff eine einheitliche Fragestellung oder methodische Beschreibungsebene zuzuordnen, verwies er gleichsam nostalgisch auf einen gemeinsamen Ursprung, der als solcher aber unwiederbringlich der Vergangenheit angehört. Entsprechende Assoziationen scheinen etwa dort auf, wo Staatszwecklehre und Politik identifiziert werden: Politik ist dann ganz in der Tradition von Bergs „die Lehre von der Erreichung bestimmter staatlicher Zwecke und daher die Betrachtung staatlicher Erscheinungen unter bestimmten teleologischen Gesichtspunkten“.⁶⁸ Lange Zeit wird noch versucht, auf diese Weise kontingente politische Inhalte mit den Mitteln der Wissenschaft fassbar zu machen und als Staatszwecke in eine Ordnung zu bringen – um immer wieder an diesem Projekt zu scheitern.

V. Staatsmetaphorik: Der Staat als Maschine, Organismus, Person – und als zwecksetzender Akteur

Die Zählebigkeit des Staatszweckbegriffs hängt auch damit zusammen, dass der Staat in der rechtswissenschaftlichen Diskussion des 19. Jahrhunderts selbstverständlich als zwecksetzender Akteur konzipiert wurde. Die im 19. Jahrhundert vertretenen Konzeptionen von Staatlichkeit sind nun sehr divers. Vereinfacht man die Entwicklung radikal, lässt sich etwa folgende Linie zeichnen: Die Dominanz der rationalistischen Vorstellung des Staates als Maschine wird etwa um 1830 gebrochen und vom Leitbild des Organismus abgelöst, das seinerseits etwa um 1870 dem Konzept der juristischen Person weichen muss, ohne aber von diesem voll verdrängt zu werden.⁶⁹ In

⁶⁶ Selbst Jellinek diskutiert dies noch in *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 238 f., 250 f., auch wenn er ebd., S. 248, den Gebrauch der zugrundeliegenden Argumentationsfigur durch die limitierende Staatszwecklehren scharf kritisiert. Zu entsprechenden Ansätzen im Zeitalter des staatsrechtlichen Positivismus, insbes. bei Gerber und Laband, vgl. näher § 4 A. I. (insbes. § 4 Fn. 31) und § 4 A. II. (insbes. § 4 Fn. 58); dazu allgemein auch *Suppé, Grund- und Menschenrechte*, 2004, sowie schon *Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre*, 1983, S. 118 ff., 146 ff., 190 ff.

⁶⁷ Zur aktuellen Dimension dieser Frage vgl. unten § 6 A.

⁶⁸ *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 13.

⁶⁹ Hierzu aus der Sekundärliteratur umfassend *Böckenförde, „Organ“*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 561 ff., der zahlreiche Unterscheidungen von *Kaufmann*, Begriff des Organismus, 1908 aufnimmt; andere Schwerpunkte in der Einteilung und Einordnung setzt *von Oertzen, Positivismus*, 1974, S. 136 ff. S. auch *Hespe, Staats-*

allen Modellen spielt aber der Gedanke, der Staat könne aktiv sozialgestaltende Zwecke setzen, eine zentrale Rolle.

Ganz prominent verweist etwa die Definition des Staates als Maschine – bekannt durch *August Ludwig Schlözers* Vergleich des Staates mit den „BrandCassen“⁷⁰ – auf die Zweck-Mittel-Rationalität, mit der allein staatliches Handeln zu erfassen sei. Der Staat wird als gestaltbare Ordnung verstanden und auf die Zwecksetzung der hinter ihm stehenden Akteure zurückgeführt.⁷¹

Diese Zweckorientierung wird mit der Wendung zum Organismusbegriff nun keineswegs aufgegeben. Schon bei *Immanuel Kant*, dessen frühe und eher beiläufigen Bemerkungen zum Staat als Organismus weit rezipiert wurden, ist der Organismus gerade durch eine besondere Form der Organisation von Zwecksetzungen ausgezeichnet.⁷² Organisches Denken steht für ein komplexes Modell der Koordination wechselseitig miteinander verschränkter zwecksetzender Akteure. Von der staatsrechtlichen Organismustheorie wird dies auf die einfache Formel gebracht, Staatlichkeit setze eine Wechselbeziehung zwischen den Teilen und dem Ganzen voraus; insoweit stünden die verschiedenen staatlichen und gesellschaftlichen Akteure in reziproken Zweck-Mittel-Beziehungen.⁷³

Wie vielfach herausgearbeitet wurde, verfolgt die Organismustheorie konkrete politische Ziele. Ihr Anliegen ist die Stärkung der Gesellschaft als einer

zwecklehre, 1964, S. 20 ff.; *Stollberg-Rilinger*, Staat als Maschine, 1986, passim; *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 123–126, 368 ff.; zum späteren Verlauf: *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 149 ff. Zum philosophischen Hintergrund vgl. *Heintel*, „Eine (das), Einheit“, in: HWPh, Bd. 2, 1972, Sp. 377 ff. Zu polemischen Verwendungsformen: *Schmitt*, Hugo Preuß, 1930, S. 10 ff.

⁷⁰ *Schlözer*, Allgemeines Statsrecht, 1793, S. 3: „Der Stat ist eine [...] Erfindung: Menschen machten sie zu ihrem Wol, wie sie BrandCassen etc. erfanden“.

⁷¹ *Böckenförde*, „Organ“, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, 1978, S. 561 (564).

⁷² *Kant*, Kritik der Urtheilskraft, AA V, S. 165 (375), § 65: „Man kann umgekehrt einer gewissen Verbindung, die aber auch mehr in der Idee als in der Wirklichkeit angetroffen wird, durch eine Analogie mit den genannten unmittelbaren Naturzwecken Licht geben. So hat man sich bei einer neuerlich unternommenen gänzlichen Umbildung eines großen Volks zu einem Staat des Worts Organisation häufig für Einrichtung der Magistraturen usw. und selbst des ganzen Staatskörpers sehr schicklich bedient. Denn jedes Glied soll freilich in einem solchen Ganzen nicht bloß Mittel, sondern zugleich auch Zweck und, indem es zu der Möglichkeit des Ganzen mitwirkt, durch die Idee des Ganzen wiederum seiner Stelle und Function nach bestimmt sein.“ Siehe auch *Kant*, Gebrauch teleologischer Principien, AA VIII, S. 157 (179): Ein organisiertes Wesen zeichnete sich dadurch aus, dass „alles wechselseitig als Zweck und Mittel aufeinander in Beziehung steht“ und dass es „als System von Endursachen gedacht werden kann“. Dazu auch weiter unten § 2 B. II. 1.

⁷³ Nachweise für diesen Gebrauch bei Philosophen wie *Fichte* und *Hegel* und bei Juristen wie *Zachariae*, von *Held* und *Savigny* bei *Böckenförde*, „Organ“, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, 1978, S. 561 (586 ff.).

eigenständigen Instanz im Staatsaufbau.⁷⁴ Um deren Eigenwert zu betonen und dabei gleichzeitig die Frage nach dem maßgeblichen „auteur“ in der seinerzeit fragilen politischen Situation offen zu lassen, wird der organisch verstandene Staat von einigen Vertretern prominent als „Selbstzweck“ konzipiert.⁷⁵ Auch ein derartiges Verständnis setzt aber nach wie vor die Gestaltbarkeit der staatlichen Ordnung voraus und nimmt die Akteure gesellschaftlichen Handelns als zweckorientierte Subjekte wahr.⁷⁶ Nur wo der Organismusbegriff im Sinne eines anti-rationalistischen Entwicklungsmodells gebraucht wird – in Reinform vielleicht nur bei *Adam Müller*⁷⁷ – wird dieser Konsens verlassen.⁷⁸ Diese Extremposition hat jedoch die Rezeption der Organismustheorie auf Dauer erheblich beeinflusst, obwohl sich spätere Organismustheoretiker deutlich von Müllers Ansatz abgegrenzt haben.⁷⁹ Dennoch kommt es im rechtswissenschaftlichen Diskurs zur geläufigen Assoziation

⁷⁴ Zutreffend ist der Hinweis von *Dohrn-van Rossum*, „Organ“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 519 (520), dass die Geschichte des Organismusbegriffs zu komplex ist, um den Begriff konkreten ideologischen Positionen zuzuordnen. Für das frühe 19. Jahrhundert stellt jedoch – mit wenigen Ausnahmen (etwa bei Adam Müller, s. dazu sogleich § 2 Fn. 77) – der oben genannte Aspekt (Stärkung der Gesellschaft) eine Art kleinster gemeinsamer Nenner dar. Darüber hinaus vereint der Organismusbegriff jedoch ganz unterschiedliche Strömungen: Diese reichen vom Organismusedenken bei *Albrecht* oder *Zachariae*, das ganz auf die Abwehr privatrechtlich-patrimonialer Positionen wie der *Hallers* gerichtet ist (dazu *Böckenförde*, „Organ“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 561 (592)), über die Spekulationen *Friedrich Rohmers* (dazu *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 149) bis hin zum Genossenschaftsdenken bei *Gierke* (s. dazu sogleich die Hinweise in § 2 Fn. 80).

⁷⁵ Zum Begriff des „auteur“: *Böckenförde*, „Organ“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 561 (582). Zum Selbstzweck-Konzept vgl. die Nachweise bei *Sommermann*, *Staatsziele*, 1997, S. 56 ff.

⁷⁶ So etwa deutlich im Begriffsgebrauch im Zuge der Reformen in Preußen ab 1806: *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 125 f.

⁷⁷ Hierzu *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 139 ff. (vgl. allerdings auch ebd., S. 142 f., zum sehr konkreten politischen Kalkül Müllers).

⁷⁸ Ausführlich hierzu *Böckenförde*, „Organ“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 561 (602 ff.), der zeigen will, dass sich in der Tradition *Schellings* bestimmte romantische und naturtheoretisch geprägte Organismusvorstellungen, etwa bei *Adam Müller*, *Heinrich Leo* oder später auch *Savigny*, von der Annahme entfernt hätten, dass Recht und Politik auf Gestaltung zielen würden. Zu Müller vgl. oben § 2 Fn. 77. Für *Savigny* ist diese These allerdings mit den von *Böckenförde* selbst angeführten Textstellen nur schwer vereinbar. Im Übrigen ist *Böckenfördes* Schelling-Interpretation durchaus nicht unumstritten. Sie stützt sich wesentlich auf *Hollerbach*, *Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957, S. 152 ff. Eine andere, auf *Charles Taylor* zurückgehende Schelling-Deutung legt dagegen *Jouanjan* seinem Ansatz zu Grunde: *Jouanjan*, *Philosophische Verwicklungen*, ZRG GA 125 (2008), S. 367 (372 f.). Instruktiv zum Zusammenhang der Begriffe ‚Einheit‘, ‚Organismus‘ und ‚Zweck‘ in *Schellings* Naturphilosophie: *Heintel*, „Eine (das), Einheit“, in: *HWPh*, Bd. 2, 1972, Sp. 377 (379).

⁷⁹ Vgl. nur *Preuss*, *Organpersönlichkeit*, *SchmJb* 26 (1902), S. 557 (574 f.).

sowohl des Organismusbegriffs mit einer anti-rationalistischen Position als auch des Zweckbegriffs mit dem Organismusbegriff. Dies führt die Kritik dann häufig zu einer Ablehnung des Zweckdenkens im Recht tout court. Dabei konzipiert die Organismustheorie in ihrer Breite staatliches Handeln durchaus als zwar dezentrales, aber zweckorientiertes Handeln.⁸⁰

Trotzdem löst die juristische Person stufenweise das Organismuskonzept ab und wird spätestens mit *Carl Friedrich von Gerbers Grundzügen* von 1865 und *Paul Labands Staatsrecht* von 1876 zum dominierenden staatsrechtlichen Paradigma.⁸¹ Der Staat wird nun ausdrücklich nach dem Vorbild einer realen Person modelliert und zeigt sich endgültig als willensfähiges, zweckorientiertes Handlungssubjekt. Damit unterscheidet sich die Persönlichkeitstheorie jedoch eben nicht kategorial von ihren Vorgängern. Auch schon zuvor wurde der Staat ja in Kategorien der Handlung beschrieben und als *Akteur* definiert. Vielleicht auch deswegen bleiben die theoretischen Implikationen der Persönlichkeitstheorie im zeitgenössischen juristischen Diskurs lange Zeit merkwürdig unreflektiert.⁸² Erst Jellinek sollte hier eine angemessene theoretische Grundlegung gelingen.⁸³

⁸⁰ S. hierzu von *Gierke*, Grundbegriffe, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 30 (1874), S. 265 (269): Der Staat soll „durch die Bezeichnung als Organismus in die Reihe derjenigen Existenzen gestellt werden, bei welchen aus der Verbindung der Theile zu einem Ganzen eine von der Summe der Theile verschiedene Lebenseinheit entsteht“; vgl. auch ebd., S. 284: „Die organische Staatsauffassung ist überhaupt [...] keine metaphysische oder naturwissenschaftliche Hypothese, sondern sie drückt einen ganz bestimmten staatsrechtlichen Grundgedanken aus.“ Ähnlich auch *Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich, 1889 (ein Auszug erschienen als *Preuss*, Persönlichkeit des Staates, AöR 4 (1889), S. 62 ff., der ebd., S. 73 mit Fn. 29 als Ziel seines Werks angibt, Organismustheorie und Persönlichkeitstheorie wieder zu vereinigen); *Rosin*, Souveränität, Hirth's Annalen 1883, S. 265 ff. Hierzu näher dann unter § 4 C.

⁸¹ Gründe für das Scheitern der Organismustheorien bei *Böckenförde*, „Organ“, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, 1978, S. 561 (614 f.); *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 368 f. (der den Organismusbegriff erst nach der Reichsgründung im Abnehmen begriffen sieht). Zur Zwischenphase, in der etwa bei *Schulze*, *Zöpfl*, *Grotefend*, *von Stein*, *Bähr*, *Held* und dem frühen *Gerber* „Organismus“ und „juristische Person“ weitgehend austauschbar verwendet wurden, s. *Böckenförde*, a. a. O., S. 588 f. Speziell zur mäandernden Entwicklung der Konzeption des Staates zwischen Organismus- und Persönlichkeitstheorie bei Gerber einerseits von *Gerber*, Ueber öffentliche Rechte, 1852, S. 20 („daß im Begriffe des sittlichen Organismus die Idee der Persönlichkeit nothwendig enthalten“ sei); andererseits von *Gerber*, Grundzüge, ²1869, S. 211 ff. (Beilage I); aus der Sekundärliteratur hierzu: *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 27 ff., 107 ff., 130 ff.; *Kremer*, Willensmacht des Staates, 2008, S. 247 ff. Vgl. ferner *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 56 ff.

⁸² Vgl. zu den daraus resultierenden Unklarheiten, die insbesondere bei Laband zu einer überschießenden Kritik des Zweckdenkens im Recht führen, unten § 4 A. II.

⁸³ Hierzu ausführlich unten § 4 B.

VI. Zwischenergebnis: Zweckbegriff und Zweckverständnisse

Drei Punkte sind für die weitere Darstellung wichtig. *Erstens* hat sich die Vielgestaltigkeit der Diskussionen um den Zweckbegriff in der Rechtswissenschaft lange vor Jhering gezeigt. *Zweitens* erschien der Zweckbegriff in den traditionellen Verwendungen keineswegs als ein progressiv besetzter Begriff. Dies gilt insbesondere für die Diskussionen um den Justizstaat, die Versuche der Bewältigung des polizeiwissenschaftlichen Erbes und die Staatszweckdiskussion. *Drittens* wird der Zweckbegriff gerade in diesen Debatten mit der Vorstellung des Staates oder des Gemeinwesens als einer einheitlichen, zweckhaften, guten Ordnung assoziiert.

Es scheint fast paradox: Vor Jhering unternimmt die Rechtswissenschaft große Anstrengungen, um sich vom teleologischen Denken zu lösen. Im Gefolge Jherings wird der Zweckbegriff dann zur Losung einer zukunftsgerichteten Rechtswissenschaft. Dies sorgte schon in der zeitgenössischen Literatur für erhebliche Verwirrung. Doch lässt sich auf der Grundlage des bisher Gesagten erkennen, dass die „teleologische Epoche“ nicht revisionistisch ist und kein Zurück zum Althergebrachten befürwortet, sondern ‚Zweck‘ hier schlicht etwas anderes meint: Zwecke repräsentieren hier keine Ordnung, sondern sind Resultate von Handlungen. Steht hinter diesen Unterschieden ein gemeinsames Verständnis von ‚Zweck‘ oder handelt es sich um einen Zufall der Begriffsgeschichte, dass beide Modi sich dieser semantischen Hülle bedienen? Um dieser Frage, die einem möglichen ‚Kern‘ des Zweckbegriffs gilt, auf den Grund zu gehen, ist die Perspektive zu wechseln: von der Rechts- in die Philosophiegeschichte.

B. Zwecke in der Philosophie des 19. Jahrhunderts: Zwischen Teleologie, Naturphilosophie und Handlungstheorie

Nachdem der Zweckbegriff schon im deutschen Idealismus eine Schlüsselstellung in der Theoriebildung eingenommen hatte⁸⁴, setzt sich die intensive philosophische Begriffsdebatte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fort.⁸⁵ Ganz unterschiedliche Denker leisteten dabei Beiträge. Deren seiner-

⁸⁴ Aus der idealistischen Literatur insbes. *Hegel*, Logik, Bd. 2, 1816, S. 236 ff.; *ders.*, Enzyklopädie (3. Aufl. 1830), 1970, § 204; *Fichte*, System der Sittenlehre, 1798, S. 163; *Schelling*, Philosophie der Natur, ²1803, S. 61. Die vorliegende Arbeit ist davon entlastet, diese äußerst komplexen Denkmodelle näher zu analysieren – mit der Ausnahme eines kurzen Blicks auf Kant (§ 2 B. II. 1.) –, da diese keinen direkten Einfluss auf die hier interessierenden juristischen Autoren des letzten Jahrhundertdrittels hatten.

⁸⁵ Für einen Überblick über die seinerzeitige Diskussion des Zweckbegriffs unentbehrlich: *Eisler*, „Zweck“, in: Wörterbuch, Bd. 2, 1904, S. 845 (852 ff.); s. auch *ders.*, Der

zeitiger Einfluss ist fast durchgehend umgekehrt proportional zur heutigen Popularität. Die idealistische Identitätsphilosophie des Neoaristotelikers *Friedrich Adolf Trendelenburg* ist aufgrund ihres direkten Einflusses auf Jhering gleich näher zu würdigen. Daneben äußern sich Philosophen wie *Friedrich Eduard Beneke*⁸⁶, *Eduard von Hartmann*⁸⁷, *Wilhelm Windelband* in seiner bei *Hermann Lotze* verfasste Dissertation⁸⁸ und auch *Eugen Karl Dühring*^{89, 90}. Im letzten Viertel des Jahrhunderts steigt die Zahl entsprechender wissenschafts- und erkenntnistheoretischer Untersuchungen noch einmal sprunghaft.⁹¹ Insbesondere *Christoph von Sigwart* und *Wilhelm Wundt* setzen sich dann prominent mit dem Zweckbegriff auseinander. Viele weitere Beiträge sind dabei durch die Herausforderung der Philosophie durch die neue reduktionistische Methodik der Naturwissenschaften motiviert.⁹² Gerade in den Geistes- und Sozialwissenschaften bestimmt bald – in einer Art (Rück-)Übertragung naturwissenschaftlicher Konzepte – das Problem der Teleologie die Diskussionen um Evolution und Identität sozialer Institutionen und individueller Personalität.

Für die rechtswissenschaftliche Debatte um den Zweckbegriff wird allerdings nur eine kleine Zahl von Autoren relevant, deren seinerzeitige Populari-

Zweck, 1914; zu den frühen begriffsgeschichtlichen Bemühungen *Euckens* sowie zu weiteren begriffsgeschichtlichen Darstellungen s. oben in der Einl. vor § 2 Fn. 6.

⁸⁶ *Beneke*, *Pragmatische Psychologie*, Bd. 1, 1850, S. 57, konstruiert den Zweckbegriff ganz vom Konzept der bewussten menschlichen Handlung her.

⁸⁷ Wie *Trendelenburg* mit einer Theorie der ideellen Priorität der Finalität vor der Kausalität: *von Hartmann*, *Philosophie des Unbewussten*, ²1870, S. 28 ff.; später auch *ders.*, *Kategorienlehre*, 1896, S. 474 ff.; ähnlich auch *Eucken*, *Grundbegriffe*, 1878, S. 169–184.

⁸⁸ *Windelband*, *Zufall*, 1870, S. 55, 61–68. *Windelband* versucht – ebenso wie später *Jhering* im *Zweck* –, den „Widerspruch“ (64) zwischen Kausalität und Finalität derart zu versöhnen, dass er den „Causalmechanismus“ als „die Realisierung eines höchsten, ihn bedingenden Zweckes“ beschreibt (65).

⁸⁹ *Dühring*, *Cursus der Philosophie*, 1875, S. 52 f., 102 f., 159 ff. S. hierzu die zwischen 1876 und 1878 entstandene Kritik Engels, die gerade auch auf Dührings Zweckbegriff zielt: *Engels*, *Dührings Umwälzung*, MEW, Bd. 20, 1962, S. 1 (61 f., 66 f.).

⁹⁰ Auch in der psychologischen Literatur der Zeit ist der Zweckbegriff ein wichtiges Thema: *Biunde*, *Empirische Psychologie*, Bd. 2, 1832, S. 303.

⁹¹ Zu den Hintergründen s. insbes. *Köhnke*, *Neukantianismus*, 1986, S. 112 f.

⁹² Hierzu gehören etwa Forschungen von *Georg Simmel*, *Otto Ritschl* und *Heinrich Rickert* zum Status der Geschichtsphilosophie und zur „Causalbetrachtung in den Geisteswissenschaften“ (*Ritschl*) und in der Nationalökonomie. Dazu näher insbes. auch *Weber*, *Roscher* und *Knies*, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 1 ff.; *ders.*, ‚Objektivität‘, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 146 ff.; *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 19 ff., 27 ff. Aus der rechtswissenschaftlichen Sekundärliteratur s. nur *Duve*, *Normativität und Empirie*, 1998, S. 24–36; *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 ff.

tät bis an die juristischen Fakultäten reichte.⁹³ Wie erwähnt hatte Trendelenburgs Werk großen Einfluss auf Jherings *Zweck* (I.). Jellinek verdankt dagegen vor allem Sigwart und Wundt grundlegende theoretische Anregungen (II.). Dass diese Umstände zur näheren Auseinandersetzung mit philosophischen Autoren der – aus heutiger Sicht – zweiten Reihe nötigen, ist kein Nachteil. Denn die von diesen Denkern vertretenen Modelle stecken zwei Pole des philosophischen Denkens über den Zweck ab, ohne selbst Theorien von übergroßer Komplexität zu entwerfen. Mit Hilfe dieser Modelle können die bei der Analyse der juristischen Diskussionen bereits angedeuteten Unterschiede aus einer weiteren Perspektive entwickelt und fundiert werden.

I. Die klassische Perspektive: Zwecke als Ausdruck der Einheit von Ordnung und Handlung (Trendelenburg)

Die, wenn man so will, ältere Tradition, wird in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durch den damals äußerst einflussreichen Trendelenburg verkörpert.⁹⁴ Trendelenburgs Philosophie, die ebenso durch Kant wie durch die organischen und teilweise irrationalen Tendenzen der Romantik beeinflusst war, zielte auf „die Wiedereinsetzung einer Theoriebildung, die, vom Individuum ausgehend, die möglichen oder erwünschten Leistungen analysiert und alle objektiven Gebilde, historischen Vorgänge und kulturellen Phänomene unter Kategorien fasst, die dem erkennenden oder moralischen Individuum zukommen“.⁹⁵ Dieses auf den ersten Blick paradoxe Programm kulminiert für Trendelenburg eben teleologisch im Konzept des Zwecks.⁹⁶

Dabei ist die Verbindung des Zweckbegriffs mit dem menschlichen Willen nur der Ausgangspunkt von Trendelenburgs Überlegungen; hier stehen zu bleiben „wäre zwar leichter gewesen“, doch ist der Sitz „des Zwecks“ für ihn letztlich in der Natur selbst zu verorten, wo er „schöpferischer und tiefer“

⁹³ Zur philosophischen Vorbildung Jherings und Jellineks vgl. § 3 Fn. 6 und § 4 Fn. 7. Allgemein zur Abhängigkeit der Rechtswissenschaft von der philosophischen Begriffsentwicklung im ausgehenden 19. Jahrhundert: *Jouanjan*, Philosophische Verwicklungen, ZRG GA 125 (2008), S. 367 (369).

⁹⁴ Eine ausführliche Charakterisierung bei *Köhnke*, Neukantianismus, 1986, S. 23 ff., der auf den Einfluss Trendelenburgs als Lehrer etwa von *Brentano*, *Cohen*, *Dilthey*, *Dühring*, *Eucken*, *Prantl*, *Laas*, *Paulsen* und *Kierkegaard* hinweist; ein Überblick zu Person und Philosophie bei: *Wesseling*, „Trendelenburg“, in: BBKL, 1997.

⁹⁵ *Köhnke*, Neukantianismus, 1986, S. 54 f.

⁹⁶ Zu Trendelenburgs Zweckbegriff insbes.: *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen, Bd. 2 (1840), ³1870, S. 14 ff.; *ders.*, Naturrecht, ²1868, S. 25 ff., 83; *ders.*, Historische Beiträge, Bd. 1, 1864, S. 55, 67. Dazu auch *Laas*, Teleologischer Criticismus, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie und Sociologie 8 (1884), S. 1 ff.; *Liebermann*, Zweckbegriff bei Trendelenburg, 1889. Zu Trendelenburgs (anfechtbarem) Aristoteles-Verständnis s. *Köhnke*, Neukantianismus, 1986, S. 39 ff.

erscheint.⁹⁷ Im Bereich der Naturphilosophie assoziiert Trendelenburg daher durchgängig Zweck, Ganzes und Sein und hat keine Schwierigkeiten damit, den Zweckgedanken dem Kausalitätsprinzip und der linearen Zeitreihe überzuordnen. Seine Ausführungen basieren auf einer einfachen Intuition: Die Welt, die im Alltag begegnet, funktioniert derart gut und ‚zweckmäßig‘, dass eine reduktionistische Erklärung der Naturphänomene allein durch das Zusammenwirken von Kausalgesetz und Zufall, wie sie im Zuge des Darwinismus populär wurde, intellektuell inadäquat erscheint. Das beste Beispiel dafür stellen nach Trendelenburg komplexe biologische Organismen dar, deren Existenz und Einrichtung sich nur aus einem höheren Zweckprinzip heraus erklären lasse.

Trendelenburg verwendet den Zweckbegriff jedoch nicht nur zur Erklärung von Naturphänomenen. Freie willensgetragene menschliche Handlungen lassen sich nach ihm regelmäßig erst von ihrem Zweck her verstehen. Der Zweck stellt den Bezugspunkt der Handlung dar; ihm wohnt dabei – so Trendelenburg, für den zwischen Ich und Welt eine zirkuläre Beziehung besteht – notwendig eine objektive Komponente inne.⁹⁸ Teleologie in diesem Sinne bezeichnet nicht nur die Möglichkeit, die Kategorie des Zwecks unabhängig von subjektiv intentionalen Zuständen denken zu können; vielmehr identifiziert sie die individuelle Handlung über den Zweck mit einer übergeordneten allgemeinen oder objektiven Ordnung, von der aus die individuelle Handlung erst verstanden werden kann.⁹⁹ Das Sinnpotential der Handlung ergibt sich damit nicht aus den Intentionen des Subjekts, sondern aus dessen Einbindung in eine objektive teleologische Ordnung – eben den Zweck, der damit gewissermaßen trans-subjektiv gedacht wird.¹⁰⁰ In einer dieser charakteristisch hypostasierenden Formeln, die später auch bei Jhering begegnen werden, heißt es dann: „Der Zweck regiert das Ganze und bewacht die Ausführung der Theile“.¹⁰¹

Diese subjektlose Konzeption des Zwecks bleibt schwer verständlich. Doch steht Trendelenburg mit seinem Verständnis des Begriffs in einer langen Reihe von Autoren, die mit dem Zweck die Vorstellung der Erfüllung einer wohlgeordneten natürlichen und ethischen Welt verbinden. So führt

⁹⁷ Trendelenburg, *Logische Untersuchungen*, Bd. 2 (1840),³ 1870, S. 17.

⁹⁸ Vergleiche Trendelenburg, *Logische Untersuchungen*, Bd. 2 (1840),³ 1870, S. 14. Hierzu näher Köhnke, *Neukantianismus*, 1986, S. 27 m. w. N.

⁹⁹ Zu dieser nicht nur von Trendelenburg vertretenen Annahme s. den Überblick bei Busche, „Teleologie“, in: *HWPh*, Bd. 10, 1998, Sp. 970.

¹⁰⁰ In jüngerer Zeit hat etwa Simon, *Teleologisches Reflektieren*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 30 (1976), S. 369, derartige Überlegungen im Anschluss an Thomas von Aquin formuliert; ebenfalls in diese Richtung gehen die Überlegungen von Spaemann/Löw, *Die Frage Wozu?*,³ 1991. Zu diesen Konzeptionen näher – und kritisch – Toepfer, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 27 ff.

¹⁰¹ Trendelenburg, *Logische Untersuchungen*, Bd. 2 (1840),³ 1870, S. 5.

Trendelenburg sowohl die Idee der Existenz von Naturzwecken, die der Kausalität übergeordnet sind und vom Sinnganzen der Natur zeugen, wie die Lehre vom „höheren Zweck“, von dem allein sich menschliches Handeln erschließen soll, bis auf *Aristoteles* zurück.¹⁰² Als weitere Referenzpunkte werden in der Geschichte des westlichen Denkens insoweit etwa *Albertus Magnus*, *Thomas von Aquin* und später insbesondere *Gottfried Wilhelm Leibniz* in Anspruch genommen.¹⁰³ Auch zu Trendelenburgs Lebzeiten hat dieser ‚objektive‘ Zweckbegriff zahlreiche Anhänger.¹⁰⁴

II. Die kritische Perspektive: Zweck-Mittel-Relationen als Heuristiken und Zwecke als Ziele intentionaler Handlungen

Trendelenburg geht mit seinem Zweckbegriff bewusst hinter Kant und Hegel zurück. So fremd der Ansatz heute scheinen mag, wäre es doch verfehlt, ihn nur als irriges, durch bessere Einsicht zu überwindendes Denkmodell zu verstehen. Vielmehr artikulieren sich im Gegensatz der verschiedenen Zweckkonzeptionen grundsätzliche Differenzen im Verständnis von Welt, Handlung und Ordnung. Diese durchziehen seit jeher die Geschichte des menschlichen Denkens. Dementsprechend lassen sich auch die – reduktionistisch oder mechanistisch argumentierenden – Gegner von Naturzwecklehren und die – subjektivistisch-freiheitlich orientierten – Kritiker von objektiven Sittlichkeitsvorstellungen, die sich des Zweckbegriffs bedienen, damit aber je ganz andere Bedeutungen verbinden, von der Neuzeit über das Mittelalter bis in die Antike zurückverfolgen.¹⁰⁵ In dieser Interpretationstradition setzte nun allerdings Kants Theorie des Zwecks eine Zäsur, die auf die rechtswissen-

¹⁰² *Trendelenburg*, *Logische Untersuchungen*, Bd. 2 (1840), ³1870, S. 14. Zum aristotelischen Zweckbegriff näher *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: *HWPh*, Bd. 12, 2005, Sp. 1486 (1488 f.).

¹⁰³ Hierzu überblicksartig *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: *HWPh*, Bd. 12, 2005, Sp. 1486 (1495, 1499 f.).

¹⁰⁴ Vgl. die Nachweise zu entsprechenden Ansätzen u. a. von *Christian Hermann Weiße*, *Hermann Lotze*, *Eduard von Hartmann* und *Karl Ernst Ritter von Baer* bei *Eisler*, „Zweck“, in: *Wörterbuch*, Bd. 2, 1904, S. 845 (850 f.). Ganz ähnlich auch der Trendelenburg-Schüler *Kym*, *Bewegung, Zweck und die Erkennbarkeit des Absoluten*, 1847; dazu *Köhnke*, *Neukantianismus*, 1986, S. 134 ff.

¹⁰⁵ Zum ersten Punkt vgl. die Nachweise bei *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: *HWPh*, Bd. 12, 2005, Sp. 1486 (1489 f.: *Empedokles*, *Demokrit*, *Epikur*), (1496: *Duns Scotus*), (1499: *Bacon*, *Hobbes*, *Descartes*); zum zweiten Punkt etwa auch *Blumenberg*, „Teleologie“, in: *RGG*, Bd. 6, ³1962, S. 674 (675): „Jedenfalls erwächst der Teleologie im Ansatz mit den voluntaristisch-freiheitlichen Zügen der christlichen Lehre von der Stellung des Schöpfers zur Welt in bestimmtem Sinne ein Gegner, der sie von anderer Seite her in Frage zu stellen vermag, als es Atomismus und ‚Protomechanizismus‘ getan hatten.“ Ein Überblick über historische Varianten der Kritik an teleologischen Konzepten im Sinne Trendelenburgs findet sich auch bei *Toepfer*, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 5 ff.

schaftliche Diskussion vor allem über die Vermittlungsleistungen Sigwarts und Wundts wirkte.

1. Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft

Kant unterscheidet zunächst zwischen dem Zweck, der durch ein Subjekt gesetzt wird¹⁰⁶, und der Verwendung des Zweckbegriffs zur Beschreibung von Phänomenen in der Natur¹⁰⁷. Während der erste Aspekt für Kants Rechts- und Moralphilosophie tragend wird, deren formalisierter Rechtsbegriff in der Absage an den Zweck als Element einer dem Recht ganz äußerlichen „Materie der Willkür“ gipfelt, knüpfen Sigwart und Wundt an den zweiten Aspekt an.¹⁰⁸ Sie beziehen ihre Anregungen dabei vor allem aus Kants *Kritik der Urteilskraft*, auf deren Skizze sich daher auch die vorliegende Darstellung konzentriert.

In deren zweitem Teil, der „Kritik der teleologischen Urteilskraft“, äußert sich Kant ausführlich zum Problem des Zwecks, vor allem unter dem Gesichtspunkt der Frage nach den Naturzwecken.¹⁰⁹ Kant beginnt mit der Analyse traditioneller und populärer biologischer Organismus-Theorien, die zwi-

¹⁰⁶ Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 203 (381): der Zweck als „Gegenstand der Willkür (eines vernünftigen Wesens), durch dessen Vorstellung diese zu einer Handlung diesen Gegenstand hervorzubringen bestimmt wird“.

¹⁰⁷ Zu dieser Unterscheidung insbes. Kant, *Gebrauch teleologischer Principien*, AA VIII, S. 157 (182): „Wenn also der Gebrauch des teleologischen Principis zu Erklärungen der Natur darum, weil es auf empirische Bedingungen eingeschränkt ist, den Urgrund der zweckmäßigen Verbindung niemals vollständig und für alle Zwecke bestimmt genug angeben kann: so muß man dieses dagegen von einer reinen Zweckslehre (welche keine andere als die der Freiheit sein kann) erwarten, deren Princip a priori die Beziehung einer Vernunft überhaupt auf das Ganze aller Zwecke enthält und nur praktisch sein kann“.

¹⁰⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 203 (230 f.).

¹⁰⁹ Umstritten ist, ob die Kritik der Urteilskraft überhaupt Aussagen zu Zwecken macht, die sich das (moralische) Subjekt setzt, oder sich auf eine Kritik der Idee von Naturzwecken beschränkt. Nach *McLaughlin*, *Kants Kritik*, 1989, S. 3 ff., 31, 36, 38, versucht Kant in der Kritik der Urteilskraft gerade keine Erklärung des Telos des moralisch Handelnden. Dagegen aber etwa *Höffe*, *Urteilskraft und Sittlichkeit*, in: ders. (Hrsg.), *Kritik der Urteilskraft*, 2008, S. 351 ff. Jedenfalls finden sich auch in der Kritik der Urteilskraft staatsrechtliche Ausführungen, insbes. in Kant, *Kritik der Urtheilskraft*, AA V, S. 165 (375), § 65 (vgl. das Zitat oben § 2 Fn. 72), geschichtsphilosophische Ausblicke (ebd., S. 429, § 83: „Von dem letzten Zwecke der Natur als eines teleologischen Systems“) und moralphilosophische Erwägungen (ebd., S. 434 ff., § 84: „Von dem Endzwecke des Daseins einer Welt, d. i. der Schöpfung selbst“). Auf diese weitergehenden Aspekte von Kants Zweckdenken kann hier nur hingewiesen werden (vgl. auch etwa Kants geschichtsphilosophische These, der Friede sei der Endzweck der Menschheitsgeschichte, in Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA VIII, S. 341 (360 ff.)). Zu alledem auch *Höffe*, *Einführung*, in: ders. (Hrsg.), *Kritik der Urteilskraft*, 2008, S. 1 (10, 12), sowie die Andeutungen bei *Makkreel*, *Zweckmäßigkeit in der Geschichte*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 39 (1996), S. 255 ff.

schen mechanistischem Reduktionismus und holistischem Vitalismus changierten.¹¹⁰ Hiervon ausgehend fragt Kant nach der Validität teleologischer Konzepte und versucht, Möglichkeit und Notwendigkeit eines Denkens vom Zweck her unter den Bedingungen der Naturwissenschaften seiner Zeit auszuloten. Die subtile Argumentation, die Kant insoweit in der „Dialektik der teleologischen Urteilskraft“ entfaltet und in der er die Ordnung der Wirklichkeit nach Zwecken als für das menschliche Erkenntnisvermögen subjektiv notwendig erweisen wollte, fällt allerdings in der Rezeption der Prominenz der zentralen analytischen These der *Kritik* zum Opfer.¹¹¹ Diese lässt sich in der (für das hiesige Vorhaben ausreichenden) trivialisierenden Deutung *Arthur Schopenhauers* folgendermaßen zusammenfassen:

„Das ganze Buch will allein dieses: obgleich die organisierten Körper uns notwendig so erscheinen, als wären sie einem ihnen vorhergegangenen Zweckbegriff gemäß zusammengesetzt; so berechtigt uns dies doch nicht, es objektiv so anzunehmen.“¹¹²

Mit der Ablehnung der Naturzweck-Lehren und der Reduktion der teleologischen Perspektive auf ein heuristisches Prinzip, das akzessorisch zur kausalen Betrachtungsweise ist, bereitet Kant einer heute selbstverständlich anmutenden Sicht den Boden.¹¹³ So kann die empirisch-kausale Erklärungsmethode durch eine funktional-teleologische Perspektive ergänzt werden.¹¹⁴ Zwecke sind dabei aber nicht vom Objekt vorgegeben, sondern werden vom Subjekt im Wege der Betrachtung in die Objekte hineingelegt.¹¹⁵ Noch einmal in den Worten Kants:

„[I]ch kann nach der eigenthümlichen Beschaffenheit meiner Erkenntnißvermögen über die Möglichkeit jener Dinge [d. h. Dinge als Naturzwecke] und ihre Erzeugung nicht anders urtheilen, als wenn ich mir zu dieser eine Ursache, die nach Absichten wirkt, mithin ein

¹¹⁰ Zu den Entstehungskontexten ausführlich *McLaughlin*, *Kants Kritik*, 1989, S. 3 ff., 10 ff.; *Goy*, *Teleologie*, in: Höffe (Hrsg.), *Kritik der Urteilskraft*, 2008, S. 223 (234 ff.). Vgl. auch die Beiträge in *Huneman*, *Understanding Purpose*, 2007.

¹¹¹ Zur Dialektik siehe insbesondere § 76 in *Kant*, *Kritik der Urteilskraft*, AA V, S. 165 (401–405). Hierzu sehr klar *Förster*, *Eigentümlichkeit unseres Verstands*, in: Höffe (Hrsg.), *Kritik der Urteilskraft*, 2008, S. 259 (259, 263 ff.).

¹¹² *Arthur Schopenhauer*, *Kritik der Kantischen Philosophie*. Anhang zu: *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. 1, abgedruckt bei *McLaughlin*, *Kants Kritik*, 1989, S. 30 (vgl. auch ebd., S. 30 und 97 zur Kritik an Schopenhauers „Trivialisierung“). Bei *Kant*, *Kritik der Urteilskraft*, AA V, S. 165 (399), § 75, selbst heißt es hierzu: „Objectiv können wir also nicht den Satz darthun: es ist ein verständiges Urwesen; sondern nur subjectiv für den Gebrauch unserer Urteilskraft in ihrer Reflexion über die Zwecke in der Natur, die nach keinem anderen Princip als dem einer absichtlichen Causalität einer höchsten Ursache gedacht werden können“.

¹¹³ Zur Geschichte dieser Rolle der Teleologie als „Provisorium zur Überbrückung von Wissenslücken“ s. auch *Toepfer*, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 11.

¹¹⁴ Vgl. *McLaughlin*, *Kants Kritik*, 1989, S. 47.

¹¹⁵ Vgl. dafür auch *Kant*, *Preisschrift*, AA XX, S. 253 (293 ff.).

Wesen denke, welches nach der Analogie mit der Causalität eines Verstandes productiv ist.“¹¹⁶

Kant lehnt also objektive Naturzwecke ab, bindet die Vorstellung von Zwecksetzung grundsätzlich an das Individuum und will die Rede von Zweckmäßigkeiten in der Natur nur im Wege der „Analogie“ zulassen. All dies erscheint aus heutiger Sicht selbstverständlich, ohne dies – wie das Beispiel Trendelenburgs gezeigt hat – im 19. Jahrhundert zu sein.

2. Zweck- und Kausalitätsbegriff im Anschluss an Kant (Sigwart)

Um nun zu den Gesprächspartnern Jellineks vorzustoßen: Gerade der Tübinger Philosoph Christoph von Sigwart, dessen *Logik* bis in die 1920er Jahre zu den meistgelesenen Werken seiner Art gehörte, orientierte sich in seiner Bestimmung des Zweckbegriffs an Kants *Kritik der Urteilskraft*.¹¹⁷ In seinem Werk sucht Sigwart einen realistischen Mittelweg zwischen den spekulativen Übertreibungen bestimmter Formen des Neukantianismus und dem modernen Empirismus. Sigwart setzt bei einem konstruktivistischen Verständnis des Zweckbegriffs an und versteht diesen zunächst mit Kant schlicht als „heuristisches Prinzip“.¹¹⁸ Zweckmäßigkeit ist also keine den Dingen an sich zukommende Eigenschaft, sondern entsteht aus dem „Bewusstsein unseres eigenen willensmässigen Handelns“.¹¹⁹ Der Zweckgedanke steht danach nicht im Widerspruch zum Kausalitätsgesetz, vielmehr lassen sich Zwecke nur kausal verwirklichen.¹²⁰ Jedoch kann die heuristisch-teleologische Betrachtung den Naturwissenschaften wertvolle Impulse geben, wo eine reduktionistische kausale Erklärung an der Komplexität der Phänomene scheitert.¹²¹ Insofern sind teleologische und kausale Betrachtung zwei Seiten einer Me-

¹¹⁶ Kant, *Kritik der Urteilskraft*, AA V, S. 165 (397 f.).

¹¹⁷ Zum Zweckbegriff insbesondere von Sigwart, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, § 78, S. 244 ff., sowie *ders.*, Kampf, in: *Kleine Schriften*, ²1889, S. 24 ff.; *ders.*, *Begriff des Willens*, 1879. Zur Wirkung und Einordnung Sigwarts und der zeitgenössischen Bedeutung seiner *Logik*: Liebert, *Logik*, *Kant-Studien* 31 (1926), S. 297 ff.; von Freytag Löringhoff, Sigwart, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 35 (1981), S. 247 (insbes. 258).

¹¹⁸ von Sigwart, Kampf, in: *Kleine Schriften*, ²1889, S. 24 (49).

¹¹⁹ von Sigwart, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 249.

¹²⁰ von Sigwart, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 251 (wonach der Zweckbegriff „dem Causalbegriff nicht entgegengesetzt ist, sondern denselben einschliesst“). Ebenso *ders.*, Kampf, in: *Kleine Schriften*, ²1889, S. 24 (43 f.): „Causale Betrachtung und Zweckbetrachtung [...] verhalten sich wie zwei entgegengesetzte Rechnungsarten“, wobei aber gilt: „Es sind dieselben Causalbeziehungen und Wirkungsgesetze, welche die eine und die andere Betrachtungsweise zu Grunde legt“ (*ders.*, Kampf, in: *Kleine Schriften*, ²1889, S. 24 (45)).

¹²¹ von Sigwart, Kampf, in: *Kleine Schriften*, ²1889, S. 24 (47 f.); *ders.*, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 253.

daille, wobei das Zweckdenken nicht voll durch Kausalität ersetzbar ist.¹²² Das Besondere der teleologischen Betrachtung ist eben, den Zweck konstant zu halten und das Mittel zu variieren. Insoweit wiederholt und aktualisiert Sigwart die Einsichten Kants. Es kann daher auf das oben Ausgeführte verwiesen werden. Wo Sigwart über Kant hinausgeht und eine eigenständige Theorie des Zwecksubjekts entwirft, ist dies später im Rahmen der Diskussion Jellineks näher zu erläutern.¹²³

3. Der Zweck und die „handelnde Persönlichkeit“ (Wundt)

Wesentlich stärker noch als Sigwart verortet Wilhelm Wundt den Zweckbegriff im Psychologischen.¹²⁴ Für Wundt setzt das Reden von Zwecken prinzipiell das Vorliegen einer menschlichen Handlung und einen menschlichen Urheber voraus: „Den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Zweckbegriffs bildet [...] die handelnde Persönlichkeit.“¹²⁵ Anwendungsmöglichkeiten für den Zweckbegriff gibt es dennoch gleichwohl auch außerhalb des Bereichs menschlicher Handlungen, also insbesondere in der Naturforschung. Seit Kant sei allerdings klargestellt, dass der Zweckbegriff dort, d. h. auch bei der physiologischen Erforschung von Organismen, nur als eine besondere Form der „kausalen Interpretation“¹²⁶ fungiere, also „eine ausschliesslich theoretische Geltung“¹²⁷ besitze. Der Zweck sei insoweit ein „subjectives Erkenntnisprincip“.¹²⁸

Seinen eigentlichen Sitz hat der Zweckbegriff jedoch nach Wundt im Bereich der menschlichen Handlungen. Als genuine Produkte des menschlichen Willens seien Zwecke die Grundlage aller menschlichen Entwicklung: „Von seinen niedersten bis zu seinen höchsten Stufen ist das geistige Leben von

¹²² von Sigwart, Kampf, in: Kleine Schriften, ²1889, S. 24 (63).

¹²³ Dazu unten § 4 C. IV.

¹²⁴ Wundt, System der Philosophie (1889), Bd. 1, ³1907, S. 306 ff.; ders., System der Philosophie, Bd. 2, ³1907, S. 104 ff.; ders., Logik, Bd. 1, ²1893, S. 642 ff. Hierauf bezieht sich etwa Jellinek, System, ¹1892, S. 36 f. mit Fn. 3 (zum Organismusbegriff); ders., Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 25, 43 mit Fn. 2 (Verweis auf Begriff der „Zweckmetamorphose“), 151 mit Fn. 1 und 2 (Übernahme von Wundts Definition des Organismus). Zur schwierigen und in vielen Punkten inkohärenten Philosophie und Methodik Wundts (vgl. nur die Kritik an seinem Zweckbegriff bei Weber, Roscher und Knies, in: Wissenschaftslehre, ⁷1988, S. 1 (128 mit Fn. 1)), dessen Schaffen nicht nur fast 65 Jahre, sondern auch 53 000 Druckseiten umspannt, s. nur den Überblick über Werk und Forschungsliteratur bei Kim, „Wundt“, in: SEP, Fall 2008 Edition, der Wundts Denken als „a lacuna at a crucial nexus of the recent history of philosophy“ beschreibt.

¹²⁵ Wundt, System der Philosophie (1889), Bd. 1, ³1907, S. 306; ähnlich ders., Logik, Bd. 1, ²1893, S. 631.

¹²⁶ Wundt, System der Philosophie (1889), Bd. 1, ³1907, S. 314.

¹²⁷ Wundt, Logik, Bd. 1, ²1893, S. 656.

¹²⁸ Wundt, Logik, Bd. 1, ²1893, S. 642 ff.

Zweckgesetzen beherrscht. Schon die einfachen Bewußtseinsvorgänge fordern überall eine Interpretation im Sinne der aktuellen Zweckbeziehung.¹²⁹ Warum der Mensch Träger eines zwecksetzenden Willens ist, ist nach Wundt allein Gegenstand einer transzendentalen Analyse.¹³⁰ Dass der Zweck für die Geisteswissenschaften, insbesondere Logik, Ästhetik und Ethik, „das herrschende Forschungsprincip“ darstelle, sei dagegen für die alltägliche Forschung in diesen Gebieten als unhintergebar hinzunehmen.¹³¹

Wundt verknüpft damit die Identität der „Geisteswissenschaften“ – als Gegenbegriff zu den Naturwissenschaften – mit einer nicht-reduktionistischen *psychologischen* Konzeption des Menschen als Träger eines (zwecksetzenden) Willens.¹³² Geisteswissenschaftliche Forschung ist die Erforschung dieses Willens durch eine Beziehung der Produkte des Willens – sozialer Erscheinungen, historischer Ereignisse, Normen oder künstlerischer Produkte – auf diesen Willen oder seine Zwecke. Die Ergebnisorientierung, die jeder zwecksetzenden Willenstätigkeit eigen sei und diese damit „objectiv“¹³³ mache, gibt gleichzeitig mit den Produkten des Zwecks den Maßstab für die Wertung von Zweckvorstellungen nach „intellektueller, ästhetischer oder ethischer Art“.¹³⁴ Die Zweckorientierung menschlichen Handelns ermöglicht also Werturteile, die der tatsachenorientierten Naturwissenschaft verschlossen sind. Mehr noch, da alles Wollen zweckorientiertes Wollen ist, sind alle Geisteswissenschaften wertbezogen.¹³⁵ Zweck erscheint damit als Identitätsmerkmal aller handlungsorientierten, wertenden Wissenschaften. Dadurch unterscheiden sich „Geisteswissenschaften“ von den Naturwissenschaften, in denen Zweckorientierung allenfalls sekundär in Form einer Hypothese, einer Heuristik bei der Betrachtung kausaler Vorgänge zur Anwendung gebracht werden kann.

Mit dieser letzten Charakterisierung ist das philosophische Theoriespektrum zwar nicht ausgeschöpft, aber doch in den wesentlichen Varianten skizziert. Wie lassen sich nun diese ganz unterschiedlichen Ansätze sinnvoll systematisieren?

¹²⁹ Wundt, System der Philosophie (1889), Bd. 1, ³1907, S. 333.

¹³⁰ Wundt, System der Philosophie (1889), Bd. 1, ³1907, S. 338, 433.

¹³¹ Wundt, Logik, Bd. 1, ²1893, S. 648.

¹³² Zu Wundts sog. „psychophysischem Parallelismus“ als einer starken Variante des Dualismus vgl. Wundt, Psychische Kausalität, Philosophische Studien 10 (1894), S. 1 (43).

¹³³ Wundt, Logik, Bd. 1, ²1893, S. 646 ff. („Der objective Zweck“).

¹³⁴ Wundt, Logik, Bd. 1, ²1893, S. 646.

¹³⁵ Der letztgenannte Aspekt wird insbesondere von Wundts Kollegen *Eduard von Hartmann* aufgegriffen (*von Hartmann*, Kategorienlehre, 1896, S. 435 f.).

C. Zweck und Zweckbegriffe: Eine Systematisierung

Dieser Überblick über die für das Verständnis des Zweckbegriffs im 19. Jahrhundert – und zum Teil noch heute – repräsentativen Debatten erfordern eine Kategorisierung der damit verbunden philosophischen Probleme, bevor deren Entsprechungen im Recht rekonstruiert werden können. Als Orientierung bietet sich das klare und umfassende Klassifikations-Modell *Wolfgang Stegmüllers* an.¹³⁶ Nach Stegmüller sind es grundsätzlich drei Weichenstellungen, zu denen sich jede Theorie des Zwecks – auch die bereits dargestellten – verhält, bzw. drei Bedeutungsdimensionen, die stets näher bestimmt werden müssen, um den Gebrauch des Zweckbegriffs im konkreten Verwendungskontext verstehen zu können.

I. Die Ordnungsdimension

In seiner ersten Verwendungsdimension steht der Zweckbegriff für das Problem des Verhältnisses der uns umgebenden (sozialen) Welt zu deren ordnenden Strukturen.¹³⁷ Aus einer naturphilosophischen Perspektive geht es darum, ob dem Kausalgesetz ein welterklärendes Zweckgesetz bei- oder sogar übergeordnet werden kann und Zwecke als ‚wirkende Ursachen‘ fungieren. Parallel dazu sind aus sozialwissenschaftlicher Sicht Zwecke entweder gegeben und erschließen die Welt, oder aber sie sind gesetzt und damit selbst Gegenstand der Nachfrage. Im einen Fall manifestiert sich in der Welt ein *übergeordneter Ordnungsgedanke*, der durch den oder die Zwecke repräsentiert wird und die Verläufe der Welt lenkt¹³⁸, im anderen Fall sind die bestehenden Strukturen in der Welt Ausdruck einer zwar kausal determinierten, damit aber prinzipiell kontingenten, allenfalls von individuellen *Handlungen beeinflussbaren Ordnung*¹³⁹.

¹³⁶ Stegmüller, *Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, ²1983, S. 639 ff., 745 ff. Stegmüller selbst orientiert sich insoweit stark an *Braithwaite*, *Scientific Explanation*, 1953, S. 326 ff. Das Modell selbst befindet sich auf einer Abstraktionshöhe, die Orientierung bietet, ohne zur Übernahme Stegmüllers eigener, vom Strukturalismus beeinflusster Theorie zu zwingen (zu dieser kritisch *Toepfer*, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 51 ff.). Ähnlich die Abschichtung unterschiedlicher Problemdimensionen bei *Homann*, *Interdependenz*, 1980, S. 4 ff.

¹³⁷ Vgl. dazu die von historischen Bezügen weitgehend entlastete Darstellung des Problems der dort sog. „formalen Teleologie“ bei *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, ²1983, S. 647 ff.

¹³⁸ Häufig wird insoweit mit dem Bild eines „Magneten“ gearbeitet, der gewissermaßen „anziehende“ Wirkung hat.

¹³⁹ Näher dazu *Toepfer*, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 16 ff.

Die hier zugrundeliegende Frage scheint entschieden.¹⁴⁰ Die These einer Finalität, die über dem kausalen Geschehen steht und dieses durchbrechen kann, ist mit der heute als selbstverständlich unterstellten naturwissenschaftlichen Sicht auf die Welt inkompatibel und hat wissenschaftsgeschichtlich erheblich dazu beigetragen, den Zweckbegriff in naturphilosophischen Kontexten und darüber hinaus zu diskreditieren. Wo noch entsprechende Anspielungen im allgemeinen Sprachgebrauch anzutreffen sind, handelt es sich regelmäßig um unpräzise Formulierungen von Kausalrelationen.¹⁴¹ Im Übrigen sind derartige Aussagen schlicht unverständlich, da sie mit elementaren physikalischen Grundregeln nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Im Hinblick auf die Bewertung der sozialen Welt kann die Idee einer abgeschlossenen Geschichte, in der Zukunft nicht als entwicklungs offen, sondern als Realisierung des Vorbestimmten wahrgenommen wird, Gestaltung also nicht möglich ist und alle Handlungen auf ihre Ziele ausgerichtet sind, ebenfalls nicht mehr überzeugen.¹⁴² Vielmehr ist die Moderne gerade durch ihre Überzeugung von der Gestaltbarkeit der (sozialen) Welt definiert. So selbstverständlich all dies heute scheint, sollte doch bewusst sein, dass ein entsprechendes Bewusstsein Ergebnis einer historischen Entwicklung ist.¹⁴³

¹⁴⁰ Hierzu *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: HWPh, Bd. 12, 2005, Sp. 1486 (1487): „In systematischer Hinsicht läßt sich dabei festhalten, daß das Denken in Zielen und Z[weck]en philosophisch ein entscheidendes Medium für eine entdinglichende, auf Tätigkeit, Prozessualität und Reflexivität abstellende Weltauslegung gewesen ist [...]“. Entschieden heißt im Übrigen nicht erledigt – vgl. etwa den (äußerst umstrittenen) Ansatz von *Nagel*, *Mind and Cosmos*, 2012, der eine teleologische Entwicklung der Welt hin zur Ausbildung bewusster mentaler Strukturen erörtert.

¹⁴¹ In diesem Sinne argumentieren – wie dargestellt – eben Kant, Sigwart und Wundt. Besonders präzise zu dieser Rückführung des Zweckgedankens auf (mechanische) Kausalität auch noch: *Weber*, *Roscher* und *Knies*, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 1 (127 ff.).

¹⁴² Zu den damit einhergehenden Fragen der Zeitsemantik vgl. nur grundlegend die gesammelten Aufsätze von *Koselleck*, *Vergangene Zukunft*, 1989, insbesondere zur Verortung der maßgeblichen Änderung in der Wahrnehmung von Zeitlichkeit und Geschichte etwa um 1800: *ders.*, *Verfügbarkeit*, in: *Vergangene Zukunft*, 1989, S. 260 (266); *ders.*, *Vergangene Zukunft der frühen Neuzeit*, in: ebd., S. 17 ff.; *ders.*, *Historia Magistra Vitae*, in: ebd., S. 38 ff. Ähnlich auch *Luhmann*, *Zeit und Handlung*, *Zeitschrift für Soziologie* 8 (1979), S. 63 ff.; *ders.*, *Soziale Systeme*, 1987, S. 377 ff.; *ders.*, *Die Zukunft kann nicht beginnen*, in: *Sloterdijk* (Hrsg.), *Vor der Jahrtausendwende*, Bd. 1, 1990, S. 119 ff. Sowie jüngst *Landwehr*, *Geburt der Gegenwart*, 2014. Für einen Überblick über entsprechende Diskussionen im 19. Jahrhundert vgl. *Schnädelbach*, *Philosophie*, 1983, S. 51 ff., 114 ff. Wie oben in § 2 Fn. 105 schon bemerkt, finden sich aber auch schon in früheren Zeiten entsprechende Ideen. So propagiert etwa *Hobbes* im *Leviathan* die Vorstellung einer sich immer fortentwickelnden Gesellschaft und lehnt der Kausalität übergeordnete Finalursachen ab (näher *Toepfer*, *Zweckbegriff und Organismus*, 2004, S. 13).

¹⁴³ Dies wird in differenzierten, systemtheoretisch informierten Analysen herausgearbeitet von *Nassehi*, *Zeit der Gesellschaft*, ²2008, S. 13 f., 284 f. (mit der These, dass erst mit der Epochenschwelle zur Moderne der Gedanke der Gestaltbarkeit von Zukunft und

II. Die Subjektdimension

In der Moderne wird also die „Ich-Tätigkeit [...] selbst das Muster aller Zwecksetzung“.¹⁴⁴ Daher liegt die Verwendung des Zweckbegriffs dort besonders nahe, wo von der intentionalen Aktivität von Individuen die Rede ist, wo also bewusste, zweckgerichtete menschliche Handlungen im Spiel sind.¹⁴⁵ Allerdings stellen sich auch in diesem Zusammenhang erhebliche Schwierigkeiten. Hier genügt es, die philosophischen Problemkontexte aufzuzeigen und als Fragen zu formulieren. Wo einzelne dieser Punkte für das Recht relevant werden, ist darauf bei Gelegenheit zurückzukommen.¹⁴⁶

Erstens: Wie sind diese Handlungen in den Zusammenhang der Welt eingebunden? Erschließt sich der Sinn von Handlungen erst über einen der Welt entzogenen (objektiven) Zweck? Hier bestehen offensichtlich Bezüge zur ersten Problemdimension.¹⁴⁷ Zweitens: Was gilt im umgekehrten Fall, wenn jeder Glaube an Über-Natürliches verloren gegangen ist? Lässt sich die Existenz eines irreduziblen teleologischen Kerns jeder Handlung (als Element der Freiheit?) aus einer nicht-metaphysischen Perspektive begründen? Oder sind auch Handlungen vollständig als kausale Relationen beschreibbar, d. h. auf Naturphänomene reduzierbar? Sind also freie Zwecksetzungen überhaupt möglich? Derartige Fragen bilden einen zentralen Streitpunkt der modernen analytischen Handlungstheorie.¹⁴⁸ Drittens: Ist Zwecksetzung und Zwecksub-

die Idee politischen Handelns verknüpft wurden). Bei einer ganz anderen theoretischen Grundlegung finden sich ähnliche Diagnosen bei *Rosa*, Beschleunigung, 2005, der trotz aller Relativität gesellschaftlicher Zeitstrukturen am „Autonomie- und Gestaltungsversprechen der Moderne und ihrem Charakter als politisches Projekt“ (ebd., S. 427) festhalten will.

¹⁴⁴ *Eisler*, „Zweck“, in: Wörterbuch, Bd. 2, 1904, S. 845. Entsprechend etwa *Schopenhauer*, Über die Grundlage der Moral (1839), in: von Löhneyen (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. 3, 1962, S. 629 (689 f.): „Zweck ist das direkte Motiv eines Willensaktes. [...] Jeder Zweck ist es nur in Bezug auf einen Willen, dessen Zweck, d. h. wie gesagt, dessen direktes Motiv er ist“; *Weber*, ‚Objektivität‘, in: Wissenschaftslehre, ⁷1988, S. 146 (149): „Jede denkende Besinnung auf die letzten Elemente sinnvollen menschlichen Handelns ist zunächst gebunden an die Kategorien ‚Zweck‘ und ‚Mittel‘.“ Hieran anknüpfend, wenn auch mit erheblichen Modifikationen: *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 7: „Der Begriff des Zweckes wird in alter und fester Tradition auf das menschliche Handeln bezogen“.

¹⁴⁵ Zu dieser dort sog. „echten materialen Teleologie“ *Stegmüller*, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 651 ff., der auch vorschlägt, den Gebrauch des Zweckbegriffs auf derartige Beschreibungen menschlichen Handelns zu beschränken (ebd., S. 768; ähnlich auch *Hartmann*, Teleologisches Denken, 1951; vgl. zu weiteren Vertretern diese Auffassung die Nachweise bei *Toepfer*, Zweckbegriff und Organismus, 2004, S. 48 ff.).

¹⁴⁶ Zu einzelnen Aspekten näher unter § 6 C.

¹⁴⁷ Als Beispiel hierfür dient stets Aristoteles, Metaphysik 1032 a ff., vgl. etwa *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 10.

¹⁴⁸ Dabei geht es im Wesentlichen um zwei Punkte: Das alte Problem der Willensfreiheit und deren Verhältnis zur Kausalität; sowie die Frage der Reichweite kausaler Erklä-

ektivität streng an ein Konzept individualistisch verstandener Intentionalität, d. h. an eine spezifische mentale Fähigkeit oder an den menschlichen ‚Geist‘ gebunden? Wie verhält es sich dann mit Kollektiven und deren Fähigkeit zur Zwecksetzung? Und in welcher Form kann der Zweckbegriff auf die Analyse von Sachverhalten Anwendung finden, hinter denen kein intentional handelndes Subjekt und kein mentaler Zustand steht oder plausibel vermutet werden kann, also etwa zur Analyse von Organismen, Organisationen und Systemen? Ist die Kant’sche Zweckheuristik oder Als-Ob-Betrachtung die letzte gültige Antwort?¹⁴⁹ Hierauf wird noch näher einzugehen sein.

III. Die Normativitätsdimension

Zuletzt sind noch normative und deskriptive Verwendungsweisen des Zweckbegriffs voneinander abzugrenzen.¹⁵⁰ Dass der Zweckbegriff sowohl in deskriptiven wie in normativen Kontexten gebraucht werden kann, ist offensichtlich. Im letztgenannten Fall werden Zwecke mit aus normativen Gründen vorzugswürdigen, werthaltigen Handlungsfolgen assoziiert. Zwecke in diesem Sinne sind dann nur noch sehr schwer von den ebenfalls sehr weitgefass-

rungen in komplexen mentalen Zusammenhängen. S. hierzu die repräsentative Auswahl an Debattenbeiträgen bei *Horn/Löhrer*, Gründe und Zwecke, 2010. Die klassische kausalistische Position formuliert *Davidson*, Handlungen, in: *Horn/Löhrer* (Hrsg.), Gründe und Zwecke, 2010, S. 46 ff.; die „neo-wittgensteinianische“ (*Davidson*) Gegenposition findet sich bei *Anscombe*, Intention, 1957; und bei *von Wright*, Intentionalität, in: ders. (Hrsg.), Erklären und Verstehen, ³1991, S. 83 ff. Ein neuer nicht-kausalistischer Ansatz etwa bei *B. McLaughlin*, Rationalization, in: *D’Oro/Sandis* (Hrsg.), Reasons and Causes, 2013, S. 97 ff. Einen aktuellen Überblick über die Debatte liefern *Horn/Löhrer*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Gründe und Zwecke, 2010, S. 7 ff.; *Wilson/Shpall*, „Action“, in: SEP, Summer 2012 Edition. Zu metaphysischen Ansätzen bei *Hans Jonas*, *Robert Spaemann* und *Reinhard Löw*, die in der Möglichkeit des Menschen zur Zwecksetzung Freiheitspotentiale erkennen wollen, s. die Kritik bei *Toepfer*, Zweckbegriff und Organismus, 2004, S. 31 f.

¹⁴⁹ Besonders klar hat erneut *Stegmüller* (*Stegmüller*, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 759 f.) die Probleme solch „scheinbar materialer Teleologie“ formuliert. In der modernen Wissenschaftstheorie treten an die Stelle von Analogien zum intentionalen Zweckbegriff insbesondere reduktionistische Funktionalanalysen oder die Idee der „Selbstregulation“. Zu Weiterentwicklungen dieses Ansatzes, insbes. zum Alternativkonzept „Teleonomie“, das teleologische Relationen ohne intentionalistische oder mentalistische Konnotationen beschreiben will, s. den Überblick bei *Allen*, „Teleological Notions in Biology“, in: SEP, Winter 2009 Edition; sowie *Toepfer*, Zweckbegriff und Organismus, 2004, S. 73 ff.

¹⁵⁰ *Stegmüller*, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 749 ff., unterscheidet „zwei große Begriffsfamilien, die nur lose miteinander zusammenhängen, nämlich eine normative und eine deskriptive“ (749). *Stegmüller* setzt dann ‚teleologisch‘ und ‚konsequentialistisch‘ sowie ‚deontologisch‘ und ‚anti-teleologisch‘ je in eins (*Stegmüller*, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 751 ff.). Diese Unterscheidung ist jedoch, insbesondere was den Gebrauch der Konzepte von Konsequentialismus und Deontologie betrifft, zu kurz gegriffen, vgl. dazu näher § 6. A. III. 3.

ten Konzepten des ‚Wertes‘ oder des ‚Guten‘ zu unterscheiden.¹⁵¹ Die Begründung der normativen Qualität von bestimmten Zwecken differiert wiederum je nach zugrunde gelegtem (Ordnungs-)Modell. Da diese Fragen aus rechtlicher Sicht unmittelbar relevant sind, ist hierauf gleich näher zurückzukommen.

IV. Zwischenfazit

Zwischen den hier unterschiedenen Bedeutungsdimensionen bestehen vielfältige Bezüge.¹⁵² Die in der Philosophiegeschichte vertretenen Theorien zum Zweck kombinieren die drei Dimensionen auf je eigene Weise. Insoweit lassen sich insbesondere zwei dominante Traditionen des Zweckdenkens unterscheiden. So ist etwa für Sigwart und Wundt die Rede von Zwecken nur so lange plausibel, wie ein realer oder fiktiver Autor, ein Zweckssubjekt, mit einem Objekt Zwecke verknüpft, während umgekehrt Trendelenburg vom Zweck als einem die Natur und die Sittlichkeit überwölbenden Prinzip spricht. Diese zwei Grundkonzepte des Zweckverständnisses sind je verbunden mit Annahmen über die Ordnung der Welt und die Normativität von Zwecken.

So sind für die eine Seite, die mit der gebotenen Vorsicht als ‚objektiv‘ oder ‚objektivistisch‘ bezeichnet werden kann, Handlungen nur innerhalb einer vorgegebenen Ordnung möglich und überhaupt verständlich.¹⁵³ Natur

¹⁵¹ Dementsprechend spricht *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 37 ff., auch von „funktionaler Äquivalenz“ von Werteordnungen und Zweck/Mittel-Schema (bei allerdings gleichzeitiger Reduktion der Kategorie der Normativität auf den Schutz kontrafaktisch stabilisierter Erwartungen). Luhmanns Hinweis, dass eine rein deskriptive Verwendungsweise des Zweckbegriffs nicht erforderlich sei, da hierfür der Kausalbegriff genüge (*Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 43), geht in die Richtung der gerade in § 2 Fn. 149 erwähnten Ansätze. Hierzu näher bei § 6 Fn. 133.

¹⁵² *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, ²1983, S. 640, spricht insofern von einer „Familienähnlichkeit“.

¹⁵³ Die hier verwendete Gegenüberstellung von ‚objektivem‘ und ‚subjektivem‘ Zweckbegriff ist schematisch und darf nicht in die Irre führen. So assoziiert etwa Trendelenburg die Existenz von Naturzwecken auch mit einem dem Kausalitätsgesetz übergeordneten, welterschaffenden Subjekt, ohne dies streng von einem abstrakten, objektiven Zweckprinzip zu trennen. Und auch wenn ihm zufolge jede zweckorientierte Handlung immer einen objektiven Gehalt hat, ist sie dennoch nicht vollständig vom Subjekt zu trennen. Auf der anderen Seite erkennen Sigwart und Wundt an, dass gerade im Bereich menschlicher Handlung den Zwecksetzungen eine gewisse überindividuelle Bedeutung zukommen soll, während umgekehrt im Bereich der Naturbetrachtung das Subjekt zur bloßen Fiktion, zum Garanten der Möglichkeit eines Als-ob, wird. Beide Positionen arbeiten also mit subjektiven und objektiven Momenten. Subjektiv und objektiv als Abgrenzungsmerkmale erfassen daher allenfalls bestimmte Aspekte der jeweiligen Theorie. Selbstverständlich ändert sich zudem in einer kritisch-aufgeklärten Sicht auf die Welt auch das, was unter ‚objektiv‘

und Gesellschaft sind, so wie sie sind, wohleingerichtet. Das System wird also nicht durch menschliche Zwecksetzung gestaltet, sondern konditioniert umgekehrt alle menschlichen Handlungen. Zwecke integrieren Handlungszusammenhänge zu einer Einheit und rechtfertigen diese.¹⁵⁴ Umgekehrt plädieren ‚Subjektivisten‘ dafür, mit den Kontingenzen zu leben, die der Verzicht auf eine derartige Ordnung produziert, ohne deshalb gleich jeden intersubjektiven Anspruch aufzugeben. Den Bezug des Zwecks zur Wahrheit, der Handlungen erst von ihrem Zweck her verständlich gemacht hat, geben sie jedoch verloren. Zwecke lassen sich nunmehr nur noch durch Aufklärung der Binnenstruktur des zwecksetzenden Subjekts verstehen und bedürfen daher einer auf diese Person bezogenen Rechtfertigung. Sie beziehen ihren Wert nicht mehr aus sich selbst heraus, sondern sind auf entsprechende Vorstellungen der sie setzenden Personen angewiesen.

Der Weg vom alten, ‚objektiven‘, teleologischen Verständnis von Welt, Individuum und Ordnung hin zu den modernen Kategorien wird – fast ironisch – oft als Entwicklungsgeschichte des menschlichen Geistes erzählt. Sie erscheint bei *Max Weber* als Rationalisierungsprozess, bei *Jürgen Habermas* als Genese eines reflexiven Bewusstseins und bei *Niklas Luhmann* als Prozess der Ausdifferenzierung und der Subjektivierung.¹⁵⁵ Diese Geschichten bilden auch den Hintergrund für entsprechende Entwicklungsgeschichten des Rechts, die doch auch ganz eigene Facetten aufweisen.

D. Die drei Dimensionen rechtswissenschaftlichen Zweckdenkens: Ordnung, Subjekt, Normativität

Dass historisch mit dem Begriff ‚Zweck‘ im Recht so unterschiedliche Konzepte wie dem Recht vorgängige Staatszwecke und konkrete Gesetzeszwecke verbunden wurden, dass unterschiedliche Konstruktionen des Staates als zweckmäßiger Organismus oder als zwecksetzende juristische Person je auf den Zweckbegriff Bezug nahmen und dass unterschiedliche Vorstellungen zur Normativität bzw. Faktizität der jeweiligen Zwecke vorhanden waren –

verstanden wird (vgl. nur *Taylor*, *Hegel*, 1983, S. 22). Zu einer Dekonstruktion dieser Kategorien in der Rechtsanwendungstheorie vgl. § 8 B. (insbes. § 8 Fn. 150).

¹⁵⁴ Diesen Zusammenhang von Einheit und Rechtfertigung betonen *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 89; und – für die Staatszweckdiskussion – *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, passim.

¹⁵⁵ Eben diese, durchaus überzeugende Geschichte erzählt *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 18 ff. und passim. Zur These Max Webers, wonach die Durchsetzung des Zweck-Mittel-Prinzips Resultat eines Entzauberungs- und Rationalisierungsprozesses sei, vgl. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ⁵1980, S. 513, sowie *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, 1995, S. 238 ff.; ebd., S. 15 und passim, zum „reflexiven Bewusstsein“. Ausführlich hierzu unter § 7 A.

all das deutet darauf hin, dass der Suche nach einer eindeutigen Definition des Zwecks auch im Recht kein Erfolg beschieden sein kann. Hierfür sind die Konzepte, auf die der Gebrauch des Zweckbegriffs jeweils verweist, ihrerseits je zu komplex. Stattdessen sind also die Parameter, die die rechtswissenschaftliche Begriffsverwendungen leiten, als Idealtypen zu rekonstruieren. Angelehnt an das Raster *Stegmüllers* lassen sich auch im Recht drei grundlegende Fragen unterscheiden, zu denen sich alle Verwendungen des Zweckbegriffs verhalten. Da unter den jeweils möglichen Antworten enge Bezüge bestehen, werden im Ergebnis zwei grundlegend verschiedene Konzeptionen dessen sichtbar, wofür ‚Zweck‘ im Recht stehen kann. Diese sind später noch ausführlicher auszuarbeiten.¹⁵⁶

I. Die Ordnungsdimension

1. Recht als Ausdruck einer vorgegeben Ordnung der Zwecke

Recht kann zunächst als Ausdruck einer ihm vorgängigen Ordnung gelten. Recht zielt dann darauf, den von dieser Ordnung gesetzten Maßstäben oder eben Zwecken gerecht zu werden. Bestimmte Endzwecke wie Sicherheit, Wohlfahrt oder Frieden, die als Inbegriff einer zweckmäßigen Ordnung verstanden werden, gehen in diesem Modell staatlichen Rechtssetzungsakten nicht nur vor, sie konditionieren sie auch. Das Recht hat diese Ordnung und ihre Zwecke zu erkennen, es konstruiert sie nicht. Rechtssätze, die nicht auf ihre Verwirklichung zielen oder ihnen gar widersprechen, werden in ihrer Rechtsqualität in Frage gestellt. In den hier untersuchten Diskursen lag ein derartiges Verständnis des Verhältnisses von Recht und Zweck dem ursprünglichen Staatszweckbegriff zu Grunde, dessen Erosion im 19. Jahrhundert oben nachgezeichnet wurde. In diesem Sinne war auch die Zweck-Mäßigkeit im 17. Jahrhundert als „Wesensmerkmal des Rechts“ anerkannt.¹⁵⁷ Analog wurde in den Auseinandersetzungen um den Justizstaat und um das Erbe der Polizeiwissenschaft Zweckmäßigkeit mit dem (nicht justiziablen) „Wohl des Staates“ identifiziert.¹⁵⁸

2. Die Konstruktion von Ordnung durch zweckorientiertes Recht

Wo eine derartige objektive Ordnung nicht mehr plausibel ist, erscheint dagegen gerade das Recht als notwendiges Mittel zur je konkret zweckmäßigen Gestaltung der Gesellschaft. Die Kategorien Mittel und Zweck beschreiben dabei den Akt der Rechtsetzung. Recht in diesem Sinne ist dann regelmäßig Recht als Resultat staatlicher Entscheidungen, also primär positives Gesetzes-

¹⁵⁶ Hierzu dann insbesondere unter § 6 A. und C.

¹⁵⁷ *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2012, S. 9 f., 15 f. m. w. N.

¹⁵⁸ Dazu oben § 2 A. II. und III.

recht. Zwecke sind hier nicht mehr dem Recht vorgängige Ordnungsvorstellungen und *a priori* feststehende Inhalte, sondern werden erst durch konkrete Rechtsetzungsprozesse erzeugt. Sie sind damit prinzipiell kontingent, aber auch nicht dem Recht als Ordnung entgegengesetzt. Vielmehr ermöglichen sie eine neue Perspektive auf die Rechtsordnung – nämlich von den mit dem Recht verbundenen Gestaltungsideen her. Von Zwecken des Rechts in diesem Sinne zu reden, setzt die Existenz eines Zwecke setzenden Subjekts voraus und verweist damit auf die nächste Dimension des Zweckdenkens.

II. Die Subjektdimension

1. Die Vorgängigkeit der Zwecke vor dem Recht setzenden Subjekt

Auch wenn es den heutigen Sprachgebrauch strapaziert, bedurfte es doch traditionell keines Subjekts, um sinnvoll von Zwecken reden zu können. Bestimmte werthaltige Zwecke waren schlicht gegeben. Für das Recht bedeutete das, diese Zwecke – etwa erneut Frieden oder Sicherheit – unabhängig von konkreten Entscheidungen rechtsetzender Subjekte realisieren zu müssen. Unabhängigkeit versteht sich dabei im logischen Sinne. Denn oft lagen Entscheidungen von Subjekten vor, die jedoch nach dieser Vorstellung die Zwecke nur umsetzten, um ihre Legitimität zu wahren. Die Existenz dieser Zweckssubjekte ebenso wie die Fassung dieser Zwecke in Rechtsnormen fügte der rechtlichen Bedeutung der Zwecke jedoch nichts hinzu.

2. Das Zweckssubjekt als notwendige Bedingung jeder Rechtsetzung

Im umgekehrten Fall hängt das Vorliegen (rechtlich relevanter) Zwecke davon ab, dass rechtliche Institutionen tätig geworden sind und diese Zwecke gesetzt haben. Dementsprechend wird der Gesetzgeber sowie prinzipiell jede rechtserzeugende Instanz als zwecksetzender Akteur konzipiert. Im Recht stellt sich dann allerdings das Problem, dass ganz überwiegend Kollektive agieren. Sobald die Fähigkeit zur Rechtserzeugung von der Person des Fürsten abgelöst wird, rückt die spezifische Konstruktion des Zweckssubjekts in den Blick. Hier stellen sich vielfältige Fragen: Ist die Fähigkeit zur Zwecksetzung notwendig mit einem nur Individuen zukommenden ‚mentalen Substrat‘ verknüpft? Vermeiden die Figur der juristischen Person oder der staatsrechtliche Organismusbegriff naturalistische Fehlschlüsse? Wenn Kollektive nur Konstruktionen sind, weshalb sollten ihre Zwecksetzungen dann Relevanz für den Rechtsanwender haben? Auf diese Fragen wird zurückzukommen sein.¹⁵⁹ Vorab sei noch erwähnt, dass Modi der Konstruktion eines kollektiven Akteurs auch die Form der Normativitätsbegründung im Recht beeinflussen.

¹⁵⁹ Hierzu unter § 6 C.

III. Die Normativitätsdimension

1. Zwecke als Normativitätsbedingung und -begründung

Einerseits lassen sich Zwecke mit bestimmten als an sich gut und werthaltig definierten materiellen Positionen oder Zuständen identifizieren – etwa Gemeinwohl oder Frieden. In diesem Fall ist ihre inhärente Normativität einfach gegeben. Zwecke sind dieser Vorstellung nach konstitutiver Teil einer guten Ordnung. Ihre Umsetzung bildet den Maßstab, an dem positive Rechtsregeln zu rechtfertigen sind. Regeln erhalten ihren normativen Charakter eben aus der Beziehung zu solchen Zwecken, die wiederum nicht auf die Legitimation durch Rechtsetzungsprozesse angewiesen sind. Auch dort, wo kein normativer Anwendungsbefehl existiert, *gelten* Zwecke. Sie können also inhaltlich wie geltungstheoretisch ganz abgelöst von konkreten gesetzgeberischen Entscheidungen rekonstruiert werden.

2. Die Abhängigkeit der Normativität der Zwecke vom zwecksubjektbezogenen Rechtfertigungsnarrativ

Werden Zwecke umgekehrt als Produkte eines prinzipiell kontingenten Entscheidungsprozesses verstanden, können sie nicht von sich aus normativ relevant sein. Hierfür bedarf es vielmehr zusätzlicher Annahmen. Legt etwa ein Akteur einen Plan vor, der Sicherheit gewährleisten soll, hat dies nur dann eine spezifische rechtliche Qualität, wenn seine Handlung durch ein rechtliches Legitimationsnarrativ gedeckt ist, sich also etwa als das Resultat eines demokratischen Rechtsetzungsaktes darstellt. Die Zweck-Mittel-Relation ist in diesem Fall primär eine spezifische Perspektive auf den Normsetzungsakt, die zwischen dessen Form und Genese, dem Rechtssatz, und dem konkreten Inhalt, der als Zweck der Norm gefasst wird, differenziert. Die normative Qualität des Satzes wird weder allein der Form noch dem Inhalt zugeschrieben, sondern ist im Gesamtprozess zu generieren. Da sich dieses Verständnis von Normativitätserzeugung dann, wenn von Zwecken die Rede ist, regelmäßig des Schemas der zweckorientierten Handlung bedient, setzt diese Auffassung nicht nur Zweckssubjekte voraus und schließt insoweit an die Subjektsdimension an, sondern verlangt ein für das Zweckssubjekt spezifiziertes Rechtfertigungsnarrativ.

E. Der ‚Zweck‘ als abhängige Variable rechtstheoretischer Entwürfe

Kantorowicz' Diagnose, dass der Gebrauch des Ausdrucks ‚Zweck‘ im Recht Konjunkturen unterliegt, trifft sicher zu. Sein Versuch, den Zweck mit einem bestimmten rechtmethologischen und rechtspolitischen Programm zu identifi-

zieren, musste aber fehlschlagen. Zu vielschichtig ist das, was sich hinter dem Verweis auf den Zweck verbirgt. Drei Dimensionen des Zweckdenkens wurden in diesem Kapitel unterschieden. Danach verweist jede Verwendung von Zweck in rechtlichen Kontexten auf Theorien über den Ordnungscharakter des Rechts, die Rolle der rechtsetzenden Subjekte und die Begründung der Normativität von Rechtsinhalten. Damit sind aber dort, wo vom Zweck in rechtlichen Zusammenhängen die Rede ist, alle wesentlichen Fragen erst einmal offen. Ohne genauere Bestimmung des Verwendungskontextes, d. h. eben des Verständnisses von Recht als Ordnung, der Rolle rechtsetzender Subjekte und der normativen Qualität der Rechtsinhalte, bleibt unklar, was mit ‚Zweck‘ je gemeint ist. Die Verwendung des Zweckbegriffs setzt entsprechende, oft unausgesprochen bleibende theoretische Vorverständnisse voraus.

Zweck kann damit als abhängige Variable rechts- und verfassungstheoretischer Konzeptionen beschrieben werden. Diese bedienen sich aus je unterschiedlichen Gründen des Zweckbegriffs – etwa um damit Anschluss an eine Theorie vorgegebener normativer Zwecke zu suchen oder um den Vorgang positiver Rechtsetzung nach dem Modell der individuellen Handlung zu konzeptionalisieren. Allein auf dem Zweckbegriff lässt sich daher kein sinnvolles rechtliches oder rechtstheoretisches Konzept errichten. Wo vom ‚Zweck‘ die Rede ist, werden wir weiter verwiesen und müssen uns den dahinter stehenden Fragen zuwenden. Wo dies unterlassen wird, nur die Frage nach dem Zweck thematisiert wird und entsprechende Annahmen implizit bleiben, entstehen Irritationen.

Wie sich diese Neubestimmung des ‚Zwecks‘ als eines mehrdimensionalen Konzepts auf die Analyse der Denkansätze in der „teleologischen Epoche“ auswirkt, muss jetzt erprobt werden. Insbesondere ist dabei der Frage nachzugehen, weshalb der Zweckbegriff in der „teleologischen Epoche“ eine derart prägende Bedeutung erlangen konnte. Vielleicht wird der Zweckbegriff im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts deswegen so populär, weil er eine semantische Arena bietet, innerhalb derer sich die Auseinandersetzung zwischen den zwei hier unterschiedenen Konzepten von Recht vollziehen kann? Denn unter seinem begrifflichen Dach lassen sich die Vorstellung, Recht sei Ausdruck einer *zweckmäßigen* Ordnung, und die im Zuge der zunehmenden Positivierung des Rechts immer plausibler werdende Idee, Recht sei das Produkt kontingenter gesetzgeberischer Handlungen und *Zwecksetzungen*, verhandeln.¹⁶⁰ In der Positivierungskrise des Rechts bietet sich der Zweckbegriff so auf seine Weise als Vermittlungsinstanz an. Ob mit Erfolg, ist an Jherings *Zweck im Recht* näher zu betrachten.

¹⁶⁰ Hierzu dann noch einmal unter § 5 A. II.

§ 3 Der Zweck als „Schöpfer des ganzen Rechts“ – oder als „Sphinx“? Jherings „Zweck im Recht“

„[Es] herrscht in der moralischen Welt nicht ausschließlich das Princip der Zweckmäßigkeit, und neben Rechtssätzen und Institutionen, die diesem Princip ihr Daseyn verdanken, giebt es andere, die nichts bezwecken, sondern Folgen sind, Ausflüsse sittlicher oder juristischer Grundanschauungen, und daher mit jenem Maßstabe gar nicht gemessen werden können. Im vorigen Jahrhundert hat man diesen Fehler oft begangen und dadurch das Edelste und Tiefste nicht selten ganz in den Staub gezogen.“¹

Rudolf von Jhering und sein *Zweck im Recht* gelten als national wie international einflussreiche Wegbereiter eines modernen, wirklichkeitsorientierten Rechtsbegriffs.² Zwar stellt Jherings Werk keinen derart radikalen Bruch mit der Methodengeschichte dar, wie dies lange propagiert wurde. Längst hat die rechtsgeschichtliche Forschung den Mythos dekonstruiert, wonach Jhering den Zweckbegriff für das Recht entdeckt und damit die „Begriffsjurisprudenz“ überwunden habe.³ Dennoch haben die Protagonisten der großen Methodeninnovationen des frühen 20. Jahrhunderts – Interessenjurisprudenz, Freirechtsschule, Rechtssoziologie und Rechtsrealismus – stets auf Jhering

¹ Zusatz von Jhering in der von ihm besorgten Neuauflage von *Falck*, Encyklopädie, 1851, S. 288.

² So nur aus jüngster Zeit *Rückert*, Geist I, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (129); *ders.*, Geist II, Rechtsgeschichte 6 (2005), S. 122 (138); *Hofmann*, Rechtspositivismus, in: *Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller* (Hrsg.), FS Behrends, 2009, S. 217 ff.; zur Aktualität gerade des Frühwerks *Mecke*, Puchtas und Jherings Beiträge, ARSP 95 (2009), S. 540 f.; zu Jhering als Wegbereiter einer modernen Rechtstheorie *Brockmöller*, Entstehung der Rechtstheorie, 1997, S. 190 f.; aus einer rechtskritischen Perspektive *Joerges*, German Perspectives, German L. J. 12 (2011), S. 10 (16); zur beispiellosen internationalen Rezeption nur als (eher exotisches) Schlaglicht *Angle*, Qichao, Jhering, and Rights, Journal of the History of Ideas 61 (2000), S. 241 ff. Zur nahezu unüberschaubaren Sekundärliteratur zu Jhering vgl. die Bibliographien bei *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, und *Rückert*, Geist II, Rechtsgeschichte 6 (2005), S. 122 (140 ff.).

³ S. hierzu einerseits oben unter § 2 A. I., sowie ausführlich zur Konstruktion des Mythos von der Begriffsjurisprudenz § 5 A. I. (insbes. § 5 Fn. 14).

und seinen *Zweck* verwiesen, um ihr Reformanliegen historisch abzusichern.⁴ Und noch heute kommt kaum eine Untersuchung progressiven Rechtsdenkens und teleologischer Elemente im Recht ohne Fußnote zum *Zweck* aus. Jhering ist offenbar gelungen, den Geist des Rechts seiner Zeit so geschickt in der Formel vom Zweck als „Schöpfer des gesamten Rechts“ zu fassen, dass dies allen Späteren als Ausgangspunkt des Denkens vom Zweck her galt.⁵

Allerdings gehört wohl gerade der *Zweck* zu den Büchern, die eher zitiert als gelesen werden. Die Reverenz, die dem *Zweck* routinemäßig erwiesen wird, nimmt in aller Regel den Titel des Buches für seinen Inhalt. Eine genauere Lektüre des Werks, in dem Jhering seine Rechtstheorie einer grundsätzlichen Klärung zuführen will, lässt den heutigen Interpreten hingegen zunächst ratlos zurück. Die im *Zweck* präsentierte Makrotheorie des Rechts in der Gesellschaft erscheint maßlos im Anspruch und inhaltlich widersprüchlich. Jedem Leser sticht Jherings stupender Eklektizismus ins Auge, der spätaufklärerisch-positivistischen Ehrgeiz mit klassisch-vernunftrechtlicher Argumentation sowie neoromantisch-vitalistischen und theistischen Tendenzen amalgamiert.⁶ In einer für seine Zeit charakteristischen Art versucht Jhering, diese unterschiedlichen Momente in einer Entwicklungstheorie der Gesellschaft gegeneinander aufzuheben.⁷ Jherings *Zweck* präsentiert sich so eingebettet in die Untiefen einer zwischen Idealismus und Naturalismus schwankenden Theorielandschaft, deren Kohärenz schon ihrem Urheber fragwürdig erschien.⁸

⁴ Hierzu unten § 3 D. sowie § 5 B.

⁵ von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. VI.

⁶ Vgl. nur die vielzitierte Formulierung Jherings (von Jhering, *Zweck* II, ¹1883, S. 137): „Ich habe die Luft meiner Zeit eingeatmet, ohne imstande gewesen zu sein, über jeden Atemzug Buch zu führen [...]“. S. auch die Nachweise bei Losano, Studien, Bd. 2, 1984, S. 85 ff.; Pleister, Persönlichkeit, 1982, S. 23 („aus heterogenen philosophischen Quellen zusammengesetzte[s], kaum entwirrbare[s] Gedankenkonglomerat“) und S. 344 f. („[D]ie rationalistische Philosophie [musste] die Geschichte, die Geschichte die Philosophie vergewaltigen, der *Zweck* war von vornherein zum Scheitern verurteilt, da seine vielerlei Brüche nur durch eine gewaltsame Ideologie – den Zweckmonismus – verkleistert wurden“).

⁷ Plastisch zum geistigen Klimas des frühen Kaiserreichs Rückert, Geist I, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (132): „Nebeneinander lagen rationale Vernunft, begeisternder Idealismus und entgeisternder wissenschaftlicher Materialismus, ungebrochenes Freiheitspathos und volltönende Gemeinschafts- und Staatsverehrung, frömmelnd orthodoxer Gottesglaube und schärfste Gottesverneinung, nüchternste Kausalbetrachtung und hochspekulative Universalerklärung“.

⁸ Vgl. allen voran die Selbstkritik des Autors in seinem bei Helfer, Jherings Gesellschaftsanalyse, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 79 (84), zitierten Brief an Ehrenberg vom 15. Dezember 1883: „Der Grund meiner tiefen Missstimmung liegt in der Beschaffung der zweiten Auflage von Band 1 des Zweckes [...]. Wie vieles finde ich jetzt auszusetzen, an dem ich früher gar keinen Anstoß genommen hatte, nicht

Diese Kritik weist nun allerdings gerade auf die Eigenschaft des Textes hin, die ihn für das hier verfolgte Vorhaben interessant macht. Denn in Jherings fast verzweifelmtem Bemühen um den Zweckbegriff dokumentiert sich das Ringen der Rechtswissenschaft seiner Zeit um ein adäquates Rechtsverständnis unter den Bedingungen gesellschaftlichen und rechtstatsächlichen Wandels: Die im *Zweck* anzutreffende Mischung aus Progressivität und Überforderung ist paradigmatischer Ausdruck der Krise des Rechtsdenkens im Zeitalter seiner Positivierung. Jhering versucht dabei, Tradition und Aufbruch und die damit je konnotierten Rechts- und Gesellschaftsverständnisse noch einmal in einem ganzheitlichen Ansatz miteinander in Beziehung zu setzen.⁹

Eben der „Zweck“ soll zwischen der von Jhering emphatisch bejahten Positivität des Rechts und dessen für ihn immer noch evidenten Einbettung in eine überpositive Ordnung vermitteln – und steht dadurch unter einer Spannung, die ihn fast bis zur Unverständlichkeit deformiert. Jherings *Zweck* entzieht sich so jeder Einordnung in das Schema von Positivismus und Nicht-Positivismus und thematisiert gerade das Unbehagen, sich zwischen diesen beiden Polen entscheiden zu müssen.¹⁰ Sein Scheitern weist aber auch auf die Aussichtslosigkeit eines Projekts hin, das im *Zweck* die „Sphinx“ vermutet, die zu bezwingen ist, um eine Antwort auf die Frage ‚Was ist Gesellschaft?‘

bloß in der Fassung der einzelnen Gedanken, sondern vor allem in der ganzen Anlage, meine unselige Neigung, alle möglichen Dinge in den Kreis der Untersuchung zu ziehen. Ich habe einen wahren Ekel gegen das Buch [...]“ Für weitere Kritik aus der Literatur s. nur: *Jenkins*, Jhering, *Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (175) („extremely disconnected and repetitive“); *Wieacker*, Jhering, *ZRG RA* 86 (1969), S. 1 (26 f.) („Sisyphusarbeit“); *ders.*, Darwinismus, in: Paulus/Canaris/Diederichsen (Hrsg.), *FS Larenz*, 1973, S. 63 (76) („chaotische Gedankenmassen“, „Dokument eines quälenden Scheiterns“).

⁹ Der Reiz und die nachhaltige Relevanz von Jherings Theorie besteht im Übrigen gerade in der Verbindung seiner gesellschaftstheoretischen und rechtstheoretischen Beobachtungen. Vgl. auch die Charakterisierung des Werkes als „philosophisch“ und „juristisch“ in *von Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. IX. So auch *Pound*, *Sociological Jurisprudence II*, *Harvard L. Rev.* 25 (1911–1912), S. 140 (145); *Jenkins*, Jhering, *Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (177 f.); *Losano*, *Studien*, Bd. 2, 1984, S. 154. Entgegen *Larenz*, Jhering, in: *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 135 ff., und *Hart*, *Jhering’s Heaven of Concepts*, in: ebd., 1970, S. 68 (71), ist zudem der eminent praktische Zug der allermeisten Schriften Jherings, wenn auch weniger des *Zwecks*, zu betonen.

¹⁰ In diese Richtung etwa auch *Fikentscher*, *Methoden*, Bd. 3, 1976, S. 83 f., 101 ff.; *Behrends*, *Rechtspositivist*, in: *ders.* (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 131 ff.; *Hofmann*, *Rechtspositivismus*, in: *Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller* (Hrsg.), *FS Behrends*, 2009, S. 217 ff.; und überzeugend *Duxbury*, Jhering, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (39 f.): „In some instances, he demonstrated the instincts of a legal positivist; in others, he demonstrated those of a natural lawyer. But neither label properly describes his arguments regarding how law is established, how it is a real-world phenomenon rather than a collection of abstract concepts or how it has the capacity (along with other social mechanisms) to facilitate the coordination of purposes and interests“.

zu erhalten – also darauf, vom Zweck die Vermittlung des Unvermittelbaren zu erhoffen.¹¹ Was heute an Schwankendem, Unstimmigem, Vielschichtigem die rechtswissenschaftliche Bearbeitung des Zweckbegriffs kennzeichnet, ist in gewissem Sinne die immer noch unbewältigte Erbmasse Jherings.

Bevor eine nähere Analyse der Texte Jherings erfolgen kann, bedarf es einiger einordnender Bemerkungen zu Kontext und Autor (A.). Anschließend ist der *Zweck* in der gerade skizzierten Form als Dokument einer Krise und Versuch einer Vermittlung zu lesen (B.). Erst von dieser Perspektive aus erschließt sich auch das eigentlich innovative *rechtstheoretische* Potential des *Zwecks* und weiterer Schriften aus dem Umfeld dieses Werkes (C.). Weshalb Jhering mit seinen Schriften die eingangs skizzierte Wirkung erzielen konnte, welchen Nerv des zeitgenössischen Diskurses er in seinem Scheitern also traf, ist abschließend in den Blick zu nehmen (D.).

A. Jhering: Der Durchbruch zum Zweck als Bekehrung?

Obwohl Jhering wie kaum ein anderer Rechtswissenschaftler zum Objekt der rechtsgeschichtlichen Forschung geworden ist, macht die immer noch schwierige Werk- und Rezeptionsgeschichte vorab einige Anmerkungen zur Forschungslage (I.) und zur Rolle der klassischen Probleme der Jhering-Exegese – namentlich der Frage seiner „Bekehrung“ (II.) – notwendig, um verbreitete Fehldeutungen zu vermeiden.

I. Kontinuität und Bruch im Umgang mit Jherings Werk

Jherings außergewöhnliche Popularität beruht wenigstens zum Teil auf seiner Fähigkeit zur Polarisierung. Auf der einen Seite der Rezeptionsgeschichte steht die intensive Parteinahme für Jhering. Diese reicht bis zur völligen Vereinnahmung, wie sie ihm etwa die Freirechtsbewegung angedeihen ließ.¹² Auf der anderen Seite war Jherings Werk schon im Kaiserreich und später in der Weimarer Zeit, insbesondere durch die Neuhegelianer, äußerst heftiger Kritik ausgesetzt.¹³ Polemik und Distanz erreichten im Nationalsozialismus

¹¹ Zur „Sphinx [...], deren Räthsel ich lösen musste, wenn ich meinen wissenschaftlichen Frieden wieder gewinnen wollte“, vgl. von Jhering, *Zweck* I, 1877, S. V f.

¹² Kantorowicz, *Vorgeschichte*, 1925, S. 39: „Alles was [...] in Deutschland wie im Ausland im Sinne der Freirechtslehre geleistet worden ist, steht unter Jherings beherrschendem Einfluß“.

¹³ Zur neuhegelianischen Kritik Lasson, Rezension zu *Zweck* I, *Philosophische Monatshefte* 15 (1879), S. 146 (152 f.); ders., Rezension zu *Zweck* II, *Philosophische Monatshefte* 21 (1885), S. 128 ff., der bei Jhering – trotz insgesamt positiver Würdigung seines Werkes – ein Verständnis für Sinntotalität des Staates vermisst. Stark kritisch dann Kohler, *Rechtsphilosophie*, in: von Holtzendorff/Kohler (Hrsg.), *Enzyklopädie*, Bd. 1,

ihren Höhepunkt, setzten sich aber auch noch in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg bei den mächtigen Vertretern der Wertungsjurisprudenz fort.¹⁴ Jhering wurde als Wegbereiter einer Auslieferung des Rechts an die Wirklichkeit kritisiert und sollte mit diesem Verdikt diskreditiert werden. Umgekehrt wurde in der Sozialwissenschaft der frühen Bundesrepublik versucht, Jherings „unsolides Gedankengebäude“ als moderne soziologische Großtheorie *avant la lettre* zu interpretieren.¹⁵ Alle diese Versuche eint eine entschiedene Einseitigkeit, die Jherings eigentliches, auf Vermittlung zielendes Anliegen notwendig verfehlen muss.

Die schwierige Rezeptionsgeschichte hat auch die Fragestellungen, die an Jherings Spätwerk gerichtet werden, beeinflusst. So hat beispielsweise Jherings ‚Darwinismus‘ den Charakter eines kanonischen Interpretationsproblems angenommen.¹⁶ Auch die These vom alles zersetzenden ‚Positivismus‘ Jherings gehörte lange Zeit (und gehört teils immer noch) zum Standardrepertoire polemischer Jhering-Kritik.¹⁷ Dieser Vorwurf wird dadurch nicht plausibler, dass er regelmäßig ohne Rückbezug zu Jherings Werk und mit einem analytisch unzureichenden und stark anachronistischen Positivismus-Begriff

⁷1915, S. 1 (12) (Jherings *Zweck* stehe „auf dem Stand der Metaphysik eines friesischen Landpastors“); *ders.*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, ²1917, S. 8 und 46 („sein [Jherings] ganzer Zweck geht auf Menschenbeglückung hinaus“ und enthalte nur „dilettantische Plattheiten“). – Antikritik bei *Hurwicz*, Jhering, 1911, S. VIII mit Anm. 1, und *Rümelin*, Jhering, 1922, S. 3. Auch von neohegelianischer Seite gab es im Übrigen Vereinnahmungsversuche, etwa durch *Schober*, Politische Jurisprudenz, 1933. Ausführlich zur Wirkungsgeschichte *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 ff.

¹⁴ Vgl. nur *Wolf*, Große Rechtsdenker, ²1944, S. 623: „Zum echten politischen Menschen fehlte Jhering der Glaube an die allein wertvolle, staatsgestaltende Idee.“ Deutlich schwächer dann *ders.*, Große Rechtsdenker, ⁴1963, S. 655. Näher zu dieser Rezeptionslinie, die sich in der Wertungsjurisprudenz bei Larenz fortsetzt, *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (238 mit Fn. 20).

¹⁵ Insbesondere bei *Helfer*, Jhering als Rechtssoziologe, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 20 (1968), S. 552 ff.; *Schelsky*, Das Jhering-Modell, in: Die Soziologen und das Recht, Bd. 3, 1980, S. 147 ff.; in der Tendenz ähnlich *Gromitsaris*, Rechtsnormen, 1989, S. 71, der etwa Jherings Entwicklungstheorie als zwar „primitive“ Variante aber doch in einer Geistestradiation mit der Luhmann’schen Evolutionstheorie sieht.

¹⁶ Zum „Darwinismus“ s. unten § 3 Fn. 86 und 87.

¹⁷ Zum Positivismus-Vorwurf nur aus jüngerer Zeit besonders deutlich *Nörr*, Eher Kant als Hegel, 1991, S. 41 f. (der *Zweck* sei Ausdruck des „krassesten Positivismus“, ein „Rechtsbegriff ohne Recht“, es sei ein Glück, „daß sich aus Jherings Zwecklehre keine teleologische Rechtsphilosophie entwickelt hat“); *Hattenhauer*, Grundlagen, ⁴1996, S. 211 (zum *Kampf um’s Recht*: „Die Brutalität des Tierreichs wurde als Rechtsethik ausgerufen“).

arbeitet.¹⁸ Gleiches gilt für die Behauptung, Jherings Zweck sei Ausdruck eines harten Materialismus.¹⁹ Unbestreitbar bedient sich Jhering einer naturwissenschaftlich inspirierten Ausdrucksweise. Dies gilt nicht erst für den Zweck, sondern prägt auch schon seine frühe „naturhistorische“ Phase.²⁰ Jedoch hat Jhering das Recht nie auf das empirische Faktum reduziert.²¹ Auch wenn Jhering die ‚Wirklichkeitsgrundlagen‘ des Rechts analysieren will, gibt er dabei doch nie die Unterscheidung von Recht und Wirklichkeit auf.²² Die normativen ebenso wie die kritisch-reflexiven Grenzen, die Jhering an vielen Stellen dem Recht zieht, lassen erkennen, dass er den „Cultus des Logischen“ nicht durch einen „Kultus des Faktischen“ ersetzen will.²³

Erst allmählich löste sich die Rechtsgeschichte von diesen zähen Kämpfen um Jherings Erbe. Zwar ist keineswegs ein Konsens über ein adäquates Jheringbild erzielt.²⁴ Doch besteht mittlerweile wenigstens über das eigentlich

¹⁸ Hierzu im Hinblick auf Jhering *Olivecrona*, Jherings Rechtspositivismus, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 165 ff.; aus der unüberschaubaren Literatur zu Positivismuskonzepten im 19. Jahrhundert s. nur *Brockmöller*, Entstehung der Rechtstheorie, 1997, S. 32 ff.; *Auer*, Normativer Positivismus, in: Heldrich/Pröls et al. (Hrsg.), FS Canaris, 2007, S. 931 ff.; *Haferkamp*, Positivismen als Ordnungsbegriffe, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), Wieacker, 2010, S. 181 ff. Jhering selbst sah im Übrigen im Positivismus den Todfeind der (Rechts-)Wissenschaft: *von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, 1998, S. 52; *ders.*, Besitzwille, 1889, S. 197 (mit einer Kritik der Willenstheorie des Besitzes als Theorie eines „nackten, dünnen Positivismus“).

¹⁹ In diese Richtung aber *Jenkins*, Jhering, *Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (180); *Wieacker*, Jhering, *ZRG RA* 86 (1969), S. 1 (34): Jherings Zweck als „Verrat der Wirklichkeit selbst an eine unkritische Theorie der Wirklichkeit, d. h. an eine Ideologie“; *von Hippel*, Rechtsgesetz und Naturgesetz, 1942, S. 83 f.; *Wolf*, Große Rechtsdenker, ⁴1963, S. 623 f., 640 f.; *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 25, 27.

²⁰ Vgl. *Klemann*, Jherings Wandlung, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte, 1991, S. 130 (147 ff.); jüngst ausführlich *Mecke*, Objektivität bei Puchta und Jhering, *ARSP* 94 (2008), S. 147 (159 ff.), der in dem Bestreben Jherings nach Wissenschaftlichkeit die Annahme von Kirchmanns Herausforderung erkennen will (ebd., S. 160).

²¹ Dazu aus jüngerer Zeit *Mecke*, Objektivität bei Puchta und Jhering, *ARSP* 94 (2008), S. 147 (163) (der unter Hinweis u. a. auf *von Jhering*, *Geist I*, ¹1852, S. 54, den Glauben Jherings an einen gemeinsamen (göttlichen) Ursprung von Natur und Geist herausarbeitet); ähnlich ordnet auch *Rückert*, *Geist I*, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (141), Jhering in den „Hauptstrom der zeitgenössischen Philosophiehaltung gebildeter Wissenschaftler in Deutschland“ ein und betont (ebd., S. 146): „Für seine Grundsatzsuche benutzte Jhering also eine *kausalistische* und dabei *zugleich geistbetonte Struktur* und die entsprechende *philosophische Sicherung*. Beides ist uns fremd geworden.“ Rein metaphorisch interpretiert Jherings Naturalismus etwa *Pleister*, *Persönlichkeit*, 1982, S. 24, 176 f. m. w. N.

²² Vgl. hierzu auch *Diederichsen*, *Rechtseinstitute*, in: Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 37 (56 f. mit Fn. 77).

²³ Vgl. *Rückert*, *Geist I*, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (135), in Anspielung auf *von Jhering*, *Geist III*, ¹1865, S. 302.

²⁴ Vgl. nur die umstrittene Deutung Jherings als Vollender Savignys durch *Behrends*, *Evolutionstheorie*, in: *ders.* (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 7 (14), wonach Jhering als

Selbstverständliche Einigkeit, nämlich dass Jherings Ansatz aus seinen Texten heraus zu rekonstruieren ist, deren Lektüre nicht durch Spekulationen über vermeintliche ideologische oder politische Positionen des Autors konditioniert sein darf. Auch hier stehen daher die Texte Jherings ganz im Vordergrund, auf deren Unklarheiten und Widersprüche sich die Untersuchung einlassen muss.

II. Kontinuität und Bruch im Werk Jherings: Jherings Bekehrung?

Insbesondere zwei verbreitete Missverständnisse sind einer unbefangenen Annäherung an Jhering konkret im Weg. Erstens ist es für das Verständnis Jherings zentral, ihn nicht als einsamen Innovator, sondern im Dialog mit seinen Zeitgenossen wahrzunehmen. Oben wurde schon darauf hingewiesen, dass Jherings *Zweck* kein Solitär in der Forschungslandschaft ist. Neben Jhering stehen vergleichbare, wenn auch nicht so ausgreifende Ansätze.²⁵ Die Attraktivität von Jherings Werk ist daher vor dem Hintergrund eines zeitgenössischen Rechtsdiskurses zu erklären, von dem es sich nicht in der Deutlichkeit abhebt, wie dies vielfach unterstellt wird.

Ebenso wichtig ist die Erkenntnis, dass Jhering den Zweckbegriff nicht erst im Spätwerk entdeckt hat, um damit zu kategorial neuen, gültigeren Einsichten zu gelangen. Vielmehr widmete Jhering dem Begriff schon früh Aufmerksamkeit. Zu Recht hat die Forschung das lange verbreitete Bild einer „Bekehrung“ Jherings durch ein differenzierteres Modell der Kontinuität seines Denkens im Wandel einer sich verändernden Wissenschaft ersetzt.²⁶

„Hauptrepräsentant [...] der realistisch, kulturanthropologisch-rechtssoziologisch denkenden Schlußphase der Historischen Schule“ fungiert; und die Kritik hieran bei *Klippel*, Juristischer Begriffshimmel, in: ders. (Hrsg.), FS Schwab, 2000, S. 116 (130). *Behrends* baut – worauf *Somek*, Kaserne des Egoismus, in: Luf (Hrsg.), Kampf ums Recht, 1995, S. 57 (59), zu Recht hinweist – seine in zahlreichen Beiträgen entwickelte Deutung Jherings ganz auf den Teilen des Werkes auf, die eine aufklärerisch-theistische Daseinsbejahung ausstrahlen (s. etwa *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (261 f.)); die naturalistischen und relativistischen Äußerungen aus dem Spätwerk – insbesondere aus *Zweck II* – finden demgegenüber bei *Behrends* kaum Beachtung.

²⁵ Zu zeitgenössischen Überlegungen in der Rechtswissenschaft, die sich mit dem Zweckbegriff beschäftigen, etwa bei *Hartmann* oder *Müller* vgl. § 2 Fn. 4 und 5, sowie ausführlich § 2 A.

²⁶ Die Formulierung von der „Bekehrung“ erstmals wohl bei *Kantorowicz*, Jherings Bekehrung, Deutsche Richterzeitung 1914, Sp. 84–87; in der Sache ähnlich schon *Kantorowicz*’ Gesinnungsgenosse *Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, in: Foulkes (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1973, S. 13 (68 ff.); später dann etwa *Wolf*, Große Rechtsdenker, ⁴1963, S. 643–645; *Wieacker*, Gründer und Bewahrer, 1959, S. 202 f. Zur Bewertung der „Bekehrung“ wie hier u. a. *Hurwicz*, Jhering, 1911, S. 68 f.; *Wieacker*, Jhering, ZRG RA 86 (1969), S. 1 (23 f. mit Fn. 94 unter Aufgabe der früheren Ansicht); *Fikentscher*, Methoden, Bd. 3, 1976, S. 101, 200–202, 250, 276; *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 18, 221 ff.

Diese Kontinuitäten zeigen sich gerade an der Beschäftigung mit dem Zweckbegriff. So nimmt Jhering auf den Begriff des Zwecks seit seiner Studienzeit in allen Schaffensstadien Bezug.²⁷ Bereits 1851 formuliert Jhering die einleitend zitierte Kompromissposition zur Rolle des Zwecks in der juristischen Begriffsbildung, die ihn bis in sein Alterswerk begleiten wird.²⁸

Auch die ersten Bände des *Geistes* sind von dem Gedanken geprägt, dass die Funktion des Rechts darin bestehe, sich zu „verwirklichen“²⁹; diese Verwirklichung sieht Jhering nun vor allem durch die Einbeziehung von Zwecken in die Begriffsbildung gewährleistet.³⁰ Die Darstellung der Entwicklung des römischen Rechts aus der „Idee der Zweckmäßigkeit“ nimmt in der Schilderung des römischen Charakters den *Zweck* in vielen Punkten vorweg, indem die Zweckmäßigkeit hier als Grundlage und Voraussetzung der Formalisierung des römischen Rechts gesehen wird.³¹ Im dritten Band des *Geistes* von 1865 hält Jhering fest, dass alle Rechte den „Interessen, Bedürfnissen und Zwecken“ zu dienen hätten; der Zweck ist hier eines von mehreren Momenten, die die Dynamik des Rechts garantieren.³² Schließlich beginnen auch

und passim; *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (255). Jüngst dann *Rückert*, Geist I, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (134, 146); *ders.*, Geist II, Rechtsgeschichte 6 (2005), S. 122 (127 ff.); *Duxbury*, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 ff.; *Mecke*, Objektivität bei Puchta und Jhering, ARSP 94 (2008), S. 147 (166) (der plausibel Kontinuität im Wissenschaftsverständnis bei einem Wandel des Verhältnisses des Rechts zur Gerechtigkeit diagnostiziert); *Seinecke*, Rudolf von Jhering anno 1858, ZRG GA 130 (2013), S. 238 ff. Überzeugende Thesen zur Geschichte der „Bekehrung“ bei *Kunze*, Jherings Universalrechtsgeschichte, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte, 1991, S. 151 mit Fn. 1–4; *Klemann*, Jherings Wandlung, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte, 1991, S. 130 ff.

²⁷ Schon in der Studienzeit formuliert Jhering ein bei *Kunze*, Jherings Universalrechtsgeschichte, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte, 1991, S. 151 (182 f.), zitiertes rechtstheoretisches Programm, wonach alles darauf ankäme „Zweck, Geist u(nd) Vernunft in d(er) Geschichte“ zu suchen (UB Göttingen, Nachlass Jhering, Kasten 2 Nr. 1, loser Zettel in Heft „Allgemeine Ideen“). Zum Zweck im Frühwerk – etwa in *von Jhering*, Geist I, ¹1852, S. 40 f. – ausführlich *Kunze*, a. a. O., S. 151 ff.; ferner *Belvisi*, Positivität, in: Atienza/Pattaro et al. (Hrsg.), FS Krawietz, 2003, S. 429 ff.; *Mecke*, Objektivität bei Puchta und Jhering, ARSP 94 (2008), S. 147 (158 ff.).

²⁸ Vgl. zum Zusatz von Jhering in der von ihm besorgen Neuauflage von *Falck*, Encyklopädie, ⁵1851, S. 288, oben § 3 Fn. 1.

²⁹ *von Jhering*, Geist I, ¹1852, S. 41; ebenso *ders.*, Geist II/2, ¹1858, S. 334.

³⁰ S. hierzu unten § 3 C. II. 1. Zur Rolle des Zweckbegriffs im Geist: *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 51; *Coing*, Systembegriff, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Philosophie, 1969, S. 149 (161); *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 58 ff., der den Geist vom teleologischen Evolutionsbegriff Herders geprägt sieht; *Duxbury*, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 (31 f.).

³¹ *von Jhering*, Geist I, ¹1852, S. 295 ff.

³² *von Jhering*, Geist III, ¹1865, S. 316; dazu *Rückert*, Geist I, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (139).

die ersten Auflagen des wirkungsmächtigen *Kampf um's Recht* von 1872 mit der Formel:

„Der Begriff des Rechts ist bekanntlich ein praktischer, d. h., ein Zweckbegriff, jeder Zweckbegriff aber ist seiner Natur nach ein dualistisch gestalteter, denn er schliesst den Gegensatz von Zweck und Mittel in sich – es reicht nicht aus, bloss den Zweck namhaft zu machen, sondern es muss zugleich das Mittel angegeben werden, wie er erreicht werden kann.“³³

Selbstverständlich entwickelt sich Jherings Auffassung über die Jahre erheblich. So finden sich in seinen Schriften zahlreiche Aussagen, die zumindest bei oberflächlicher Betrachtung nur schwer miteinander zu vereinbaren sind.³⁴ Jede Interpretation muss Schneisen in ein Theoriedickicht schlagen, dessen zentrale Weichenstellungen von einer Vielzahl widersprüchlicher Stellungnahmen überwuchert sind. So hat denn auch der Zweckbegriff in unterschiedlichen Texten zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedliche Bedeutungen. Diese Diskrepanzen lassen sich aber nicht, wie lange geglaubt, durch die schematische Unterscheidung eines vorkritischen, formalistischen, begriffsjuristischen und eines aufgeklärten, rechtsrealistischen, am Zweck orientierten Autors erklären. Zwar hat Jhering selbst erheblich zu diesem Mythos beigetragen.³⁵ Dabei handelte es sich aber um strategische Selbststilisierung: Während *Bernhard Windscheid* die Vergangenheit des Faches umarmte und seine Thesen in die Texte *Friedrich Carl von Savignys* und *Gustav Hugos* rückprojizierte³⁶, bediente sich Jhering des rhetorischen Bruchs mit dem Früheren, um die Rechtswissenschaft auf die Herausforderungen der Gegenwart auszurichten³⁷. Welche Rolle der Zweckbegriff in diesem Zusammenhang spielt, ist nun näher zu untersuchen.

³³ von Jhering, *Kampf um's Recht*, 1872, S. 7; dieser Anfang wurde von Jhering ab der 7. Aufl. von 1884 gestrichen, da – so Jhering – die Formel in ihrer Kürze „nicht recht verständlich“ sei, vgl. etwa *ders.*, *Kampf um's Recht*, ²¹1925, S. VII.

³⁴ Die Widersprüche sind auch in der Arbeitstechnik Jherings begründet. Dass die von Jhering in Neuauflagen vertretenen Ansichten teilweise nicht mehr mit dem Stand seines andernorts veröffentlichten Denkens übereinstimmten, weisen nach: *Behrends*, *Durchbruch*, in: Loos (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 229 (256); *Klemann*, *Jherings Wandlung*, in: Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte*, 1991, S. 130 (131 f. mit Fn. 7). Vgl. auch den Brief von Jhering an Gerber vom 13. Juni 1851, bei *Losano*, *Briefwechsel*, Bd. 1, 1984, S. 22 f.

³⁵ S. zu den insoweit schwankenden Selbstzeugnissen Jherings den Brief an Gerber vom 6. Januar 1859, in: *von Jhering*, *Briefe*, 1971, S. 108 f.; und andererseits *ders.*, *Besitzwille*, 1889, S. IX f. Durch die Geschichte seiner „Bekehrung“ machte Jhering die Frage nach der Methode erzählbar: Seine Abkehr vom Formalismus sollte nicht nur den Streit zugunsten der „modernen“ Richtung entscheiden, sie bürgte zugleich für die Existenz der überwundenen Position, der reinen Begriffsjurisprudenz.

³⁶ Zur Strategie Windscheids *Falk*, *Windscheid*, 1989, S. 175 ff.

³⁷ Zum relativistisch-konstruktiven Bild, das Jhering von der Geschichtsschreibung hatte, vgl. *von Jhering*, *Rechtsgeschichtsschreibung*, in: *Ausgewählte Schriften*, 1965, S. 401:

B. Jherings „Zweck“ als Dokument einer Krise des Rechtsdenkens und als Versuch einer Vermittlung

Das Urteil über die intellektuelle Qualität des *Zwecks* fällt eindeutig aus.³⁸ Ohne weiteres ist zuzugeben, dass der *Zweck* über weite Strecken eher Ausdruck einer philosophischen Weltanschauung als Philosophie ist.³⁹ Der Komplexitätsgrad, auf dem im *Zweck* gesellschaftstheoretische Probleme verhandelt werden, kann angesichts der historischen und auch der zeitgenössischen Alternativentwürfe kaum als gegenstandsadäquat bezeichnet werden.⁴⁰ So berechtigt daher jede Kritik an dem im *Zweck* aufgetürmten „Gedankenmassen“⁴¹ ist – sie verfehlt doch den Kern von Jherings Werk und damit auch den Grund für seine Popularität, wenn sie sich bloß an dessen Defiziten abarbeitet. Um zu diesem Kern vorstoßen zu können, sind an das Buch zwei sehr elementare Fragen heranzutragen, die in der Forschung gewöhnlich übersprungen werden: Was ist das Ziel des *Zwecks* (I.)? Und was versteht Jhering unter dem Begriff des ‚Zwecks‘ (II.)? Erst vor diesem Hintergrund lässt sich das nach wie vor Relevante in Jherings Scheitern erkennen (III.). So zeigt Jherings Versuch, unterschiedliche Gesellschaftsentwürfe und Ordnungsmodelle über das Prinzip des *Zwecks* zu integrieren, letztlich vor allem die Grenzen eines monistischen Zugangs zum Zweckbegriff und einer rein begrifflichen Synthese (IV.).

I. Jherings Anliegen im „Zweck im Recht“: Der „Zweck“ als Theorie der Gesellschaft

Die Frage, wovon der *Zweck* handelt, erscheint trivial. Doch ließen sich zahlreiche Fehldeutungen des Werkes vermeiden, wenn diese einfache Frage gestellt würde. Wenig hilfreich ist insoweit Jherings eigene Charakterisierung des Untersuchungsgegenstandes, wonach der *Zweck* das „teleologische Sys-

„Alles, was in der Welt geschehen ist, muß, um berichtet zu werden, erst durch den menschlichen Geist hindurch und empfängt damit den Stempel des Subjektiven. In dem Berichten steckt ein Richten [...]“ Zu Strategien im Umgang mit juristischer Vergangenheit s. auch Rückert, „Große“ Erzählungen, in: Chiusi/Gergen/Jung (Hrsg.), FS Wadler, 2008, S. 963 ff.

³⁸ S. insofern schon die hellsichtige Selbstkritik Jherings oben § 3 Fn. 8.

³⁹ Wieacker, Jhering, ZRG RA 86 (1969), S. 1 (8): „Was er zuversichtlich seine Philosophie nennt, sind eher die Reaktionen eines helläugigen, aber naiven Realismus auf die äußeren Wirklichkeiten der Gesellschaft“.

⁴⁰ Vgl. etwa die Bemerkung von *Mitteis*, „Jhering“, in: ADB, Bd. 50, 1905, S. 652 (658), wonach der *Zweck* als soziologisches Buch 200 Jahre zu spät gekommen sei und angesichts von Spencer und Marx eher beschämend wirke.

⁴¹ Wieacker, Darwinismus, in: Paulus/Canaris/Diederichsen (Hrsg.), FS Larenz, 1973, S. 63 (76).

tem der sittlichen Weltordnung“ darstelle.⁴² Klarheit bringt dagegen ein Überblick über die Themen der beiden von Jhering vollendeten Bände: Jhering beschreibt, wie aus der Verfolgung egoistischer Zwecke im Rahmen der Selbstbehauptung soziale Beziehungen entstehen, wie diese durch das Instrument des Lohns in der Wirtschaft sowie durch das Instrument des Zwangs in Recht und Staat konditioniert werden, um schließlich in einem unvollendet gebliebenen Sittlichkeitskonzept aufzugehen. All dies hätte – so der ursprüngliche Plan Jherings – um eine Theorie des Pflichtgefühls und der Liebe ergänzt werden sollen; erst damit wäre die eigentliche Definition der Ausgangskategorien des Werks möglich gewesen: des menschlichen Willens, des Interesses und eben des Zwecks.⁴³

Das Programm des *Zwecks* bilden also schlicht klassische Themen aus Gesellschaftstheorie, Rechtsphilosophie und Ethik. In der Privatrechtswissenschaft wurden einzelne dieser Fragen seit der Jahrhundertmitte verstärkt diskutiert. Im Streit um das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft und im Gegensatz von römischer und germanischer Rechtsidee ist viel von dem angelegt, was Jhering später im *Zweck* aufgreift.⁴⁴ Jherings Anspruch geht jedoch weiter. Seine Intention, die Idee und das Werden des Rechts zu erklären, sucht Anschluss an die in der Jahrhundertmitte abgerissene (rechts-)philosophische Tradition.⁴⁵ In gewissem Sinne sieht sich das Werk in der Tradition von Kants *Metaphysik der Sitten* oder Hegels *Rechtsphilosophie*. Die Intensität und Ausdauer, mit der Jhering sich dem Zweckbegriff widmet, übertrifft daher auch die Bemühungen seiner rechtswissenschaftli-

⁴² So über den *Zweck*: von Jhering, *Besitzwille*, 1889, S. X.

⁴³ Vgl. zu Jherings Arbeitsplänen *Losano*, *Studien*, Bd. 2, 1984, S. 81. S. zu weiteren Arbeitsplänen auch unten § 3 Fn. 97.

⁴⁴ Vgl. die programmatische Schrift von *Schmitt*, *Der principielle Unterschied*, 1853, S. VII, der zum 1852 erschienenen ersten Band von Jherings *Geist* Stellung nimmt und diesen wie folgt kritisiert: „Jhering steht ganz auf dem römischen Standpunkt“. Schmitts Theorie des germanischen Rechts weist dabei starke Parallelen zur späteren Darstellung in Jherings *Zweck* auf. Auch der Debattenbeitrag von *Röder*, *Grundgedanken*, 1855, nimmt kritisch zu Jherings *Geist* Stellung. Zu dieser Debatte sehr instruktiv *Luig*, *Rechtsanschauung*, in: Rückert/Willoweit (Hrsg.), *Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit*, 1995, S. 95 ff.; *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001, S. 49 ff.; zur Weiterentwicklung der Debatte bis zum BGB, die dann durch Gierke wesentliche Impulse empfing, siehe ebd., S. 132 ff.; sowie ausführlich *Reppen*, *Soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2001.

⁴⁵ In diesem Sinne ordnet sich der *Zweck* in die Bemühungen um die Revitalisierung und Reorganisation der Rechtsphilosophie ein, die – wie die Universitätsphilosophie im Ganzen – nach einer längeren Dürrezeit um die Jahrhundertmitte ab 1870 wieder langsam an Fahrt aufnimmt. Zu den politisch wie inhaltlich begründeten Ursachen für die Krise der deutschen Universitätsphilosophie zwischen 1850 und 1870 vgl. *Köhnke*, *Neukantianismus*, 1986, S. 121 ff., 302 ff. und passim. Zur Renaissance der Rechtsphilosophie: *Klenner*, *Rechtsphilosophie*, ARSP Beiheft 43 (1991), S. 11 (14 f.); und umfassend: *Brockmöller*, *Entstehung der Rechtstheorie*, 1997.

chen Zeitgenossen – ebenso wie das gesellschaftstheoretische Erklärungspotential, das er dem Begriff zumisst, alle sonst in diesen gesetzten Hoffnungen bei weitem übersteigt.

II. Jherings Zweckbegriff (I): Zwecke als Ziele von Handlungen

Schlüssel für ein Verständnis von Jherings Zweckbegriff ist eine Untersuchung der unterschiedlichen Zweckrelationen, die Jhering in einer „streng logischen Gliederung“⁴⁶ mit zunehmender Ausführlichkeit abarbeitet.⁴⁷ In der Art einer dialektischen Darstellung diskutiert Jhering nacheinander die Aktivität ganz verschiedener Urheber von Zwecken, der Zweckssubjekte, und knüpft daran entsprechende Zweckbegriffe.⁴⁸ Dementsprechend sind die einzelnen Abschnitte des *Zwecks* vor allem dem Verhältnis dieser Zweckssubjekte gewidmet, also dem Verhältnis von Individuum, Gesellschaft und „höheren Mächten“ zueinander. Stets scheint dabei im Gebrauch des Zweckbegriffs die eingangs skizzierte Spannung von kontingenter Setzung und einer den menschlichen Handlungen entzogenen Ordnung auf.

1. Das handelnde Individuum als idealistischer Ausgangspunkt

Jhering bestimmt den Begriff des Zwecks zunächst ganz einfach von der menschlichen Handlung her. Zwecksetzung wird mit den intentionalen Vorstellungen des Individuums, mit seinem Willen, verknüpft.⁴⁹ Der Zweck des Willens ist die in der Zukunft liegende „Befriedigung, welche der Willende sich von der Handlung verspricht“.⁵⁰ Wollen, Vorstellung und Zwecke werden dabei in einer (idealen) Sphäre der Freiheit gleichgesetzt.⁵¹ Der Mensch kann frei Zwecke setzen, indem in seinem „inneren Stadium des Willens“ Vorstellungen auftauchen, die durch den Willen in psychologische Motive

⁴⁶ von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. X.

⁴⁷ Jherings Zweckbegriff ist daher weder unklar noch unbestimmt, wenn man erkennt, dass sich dahinter nicht *ein* Begriff oder *eine* Relation, sondern ganz unterschiedliche Konzepte, die je begrifflich auf den Zweck Bezug nehmen, verbergen.

⁴⁸ Nicht zutreffend daher *Wieacker*, Jhering, ZRG RA 86 (1969), S. 1 (29), der kritisiert, Jhering stelle nicht klar, wer das Zweckssubjekt sei. Jhering stellt vielmehr mehrfach klar, wer Zweckssubjekt ist, bestimmt dies jedoch je unterschiedlich. Zu Jherings „Dialektik“ näher § 3 Fn. 85 und 93.

⁴⁹ Zum Folgenden von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. 1 ff.

⁵⁰ von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. 13. Vgl. auch ebd., S. 26: Zwecke als „Richtung des Willens auf ein Zukünftiges, das er zu realisieren gedenkt“.

⁵¹ Eingehend zum Freiheitsbegriff Jherings *Wieacker*, *Darwinismus*, in: Paulus/Canaris/Diederichsen (Hrsg.), FS Larenz, 1973, S. 63 (80); *Pleister*, *Persönlichkeit*, 1982, S. 227 mit Fn. 21: Danach versteht Jhering unter Freiheit keine „freie sittliche Entscheidung“, sondern die bloße Unabhängigkeit gegenüber dem Naturmechanismus, d. h. das willentliche Handeln nach Motiven wird dem nach mechanischen Gesetzen gegenübergestellt.

umgesetzt werden und den Entschluss einer Handlung herbeiführen.⁵² Das *Zweckdenken* ist insoweit von der kausalen Notwendigkeit abgekoppelt und kann sich an der Zukunft orientieren. Im „äußeren Stadium des Willens“, d. h. in der äußeren Realität, werden diese Zwecke dann eben über den Willen, der „das Vermögen der eigenen Causalität gegenüber der Aussenwelt“ bezeichnet, kausal verwirklicht.⁵³ Bis zu diesem Punkt bewegt sich Jhering ganz auf dem Boden der nach-kantischen Theorie, auch wenn er, anders als später der Neukantianismus, die Realität und nicht nur die Perspektive auf sie verdoppelt.

Der zunächst unspektakuläre Dualismus von autonomer Freiheit des Individuums und kausaler Notwendigkeit der Natur wird nun aber schon auf den ersten Seiten des *Zwecks* durch eine Wendung des Zweckbegriffs ins aristotelisch-trendelenburgische konterkariert, indem plötzlich ein monistisches Zweckgesetz der mechanischen Welt und der Natur übergeordnet wird. „Zweck“ steht dann gleichzeitig für die „wahrhaft schöpferische, d. h. aus sich selber gestaltende Kraft in der Welt – so in Gott, so nachbildlich auch im Menschen“.⁵⁴ Der Begriff bezeichnet nunmehr eine Ordnung, in der Kausalität und Freiheit in einem gemeinsamen willensgetragenen Bezugssystem

⁵² Insofern bleibt die Darstellung des Zwecks noch der Willenskonzeption des Geistes verpflichtet, vgl. *von Jhering*, *Geist I*, 1852, S. 305: „Nur der Wille vermag dem Recht das zu geben, worin das Wesen desselben beruht – die Wirklichkeit, nur er hat eine real gestaltende, schöpferische Kraft.“; *ders.*, *Geist II/1*, 1854, S. 123 ff. Stärker als im *Geist* betont Jhering im *Zweck* jedoch die Nähe des Willens zum Interesse und lehnt unter Bezugnahme auf *Schopenhauer* die „interessenlosen“ Theorie der Pflicht und der Sittlichkeit Kants und Fichtes mit folgender Argumentation ab, *ders.*, *Zweck I*, 1877, S. 57 (Zusatz in der 4. Aufl. (1904), S. 38): „Wäre der Wille eine logische Potenz, so würde er dem Begriffszwange nachgeben müssen, aber er ist ein sehr reales Wesen, das man mit Begriffsentwicklungen eben so wenig aus der Stelle bringt wie den Lastwagen; es gehört ein realer Druck dazu, ihn in Bewegung zu versetzen. Dieser reale Drücker ist [für den menschlichen Willen] das Interesse.“ Hieran wieder anknüpfend, jedoch unter bewusst anachronistischer Parallelisierung der Theorie Jherings mit den empirisch-anthropologisch inspirierten Auffassungen *Max Schelers*, *Arnold Gehlens* und *Helmut Pleßners*: *Schelsky*, *Das Jhering-Modell*, in: *Die Soziologen und das Recht*, Bd. 3, 1980, S. 147 (153 ff.); zum Menschen als rationalem Zweckwesen, das „bewußt, planend und erfahrungsgesteuert unter Zielvorstellungen der Zukunft“ handeln kann, vgl. *ebd.*, S. 157. In eine ähnlich einseitige Richtung – „Zukunftsbezogenheit des Zweckgesetzes“ – geht die Interpretation bei *Schwind*, *Zukunftsgestaltende Elemente*, 2008, S. 147 ff.

⁵³ *von Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. 24. Umfassend zu den geistesgeschichtlichen Wurzeln der Willenstheorie Jherings *Pleister*, *Persönlichkeit*, 1982, S. 226 ff. Vgl. auch *Duxbury*, *Jhering*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (35).

⁵⁴ *von Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. 25, wo es dann weiter heißt: „In dem Zweck steckt der Mensch, die Menschheit, die Geschichte“.

vereint sein sollen.⁵⁵ Im so verstandenen Zweck liegt nach Jhering eine Überwindung der dualistischen Antinomie von Freiheit und Notwendigkeit.⁵⁶

Hier zeigt sich erstmals die Spannung in Jherings Gebrauch des Zweckbegriffs, die auf beide oben voneinander unterschiedene Begriffsverständnisse Bezug nimmt, ohne die Differenzen kenntlich zu machen. Zwecke sind zum einen Resultate einer freien Setzung; das Zwecksobjekt ist frei und damit Rechtssubjekt.⁵⁷ Gleichzeitig ist das Individuum aber eingebettet in eine sittliche Weltordnung, die durch ‚den Zweck‘ regiert wird, in der es sich nicht autonom entfalten kann; vielmehr findet es sich immer schon als rechtlich und ethisch konstituiertes Subjekt wieder.⁵⁸ Jhering selbst bietet keine Auflösung an; seine dann noch getroffene Bestimmung des Individuums als „Selbstzweck“ lässt nochmals beide Bezüge anklingen, ohne eine kohärente Deutung zu entwickeln.⁵⁹

⁵⁵ Hier weist die Theorie Jherings durchaus vitalistische Züge auf. Zum Vitalismus Jherings: *Helfer*, Jherings Gesellschaftsanalyse, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 79 ff.; *Wieacker*, Darwinismus, in: Paulus/Canaris/Diederichsen (Hrsg.), FS Larenz, 1973, S. 63 (92 mit Fn. 95) (unter Aufgabe seiner früheren Ansicht); *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 230 ff.; ausführlich zur Beziehung zu Nietzsche *Somek*, Kaserne des Egoismus, in: Luf (Hrsg.), Kampf ums Recht, 1995, S. 57 (78 ff., 90 ff.). Insbesondere im zweiten Band des *Zwecks* gewinnen das Leben und die Lebensbedürfnisse der Gesellschaft für Jhering eine immer stärkere Bedeutung (vgl. etwa von Jhering, Zweck II, ³1898, S. 196: „Die ganze Menschenwelt ist aus einem Gedanken zu begreifen: Behauptung, Förderung des Lebens“). Zum philosophischen Hintergrund *Schnädelbach*, Philosophie, 1983, S. 175 f.

⁵⁶ Diese Lösung der Antinomie ist nun – entgegen Jhering – nicht originell, sondern verweist stark auf das Vorbild Trendelenburgs und entspricht in Terminologie und Argumentation Ansätzen der frühen empirischen Psychologie und der philosophischen Anthropologie. Sofern von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. VI, ausführt, er habe eigenständig eine philosophische Herleitung des Zweckbegriffs etablieren müssen, da außer den Darstellungen Trendelenburgs und Schopenhauers „nichts befriedigendes“ vorliege, zeigt dies seine Unkenntnis der zeitgenössischen philosophischen Debatten (zur intensiven Diskussion dieser Fragen in der seinerzeitigen Philosophie vgl. die Nachweise in § 2 B.). Vgl. auch *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 249 ff., zur sehr problematischen, von Selbstüberschätzung nicht freien Kant-, Schopenhauer- und Lotze-Interpretation Jherings.

⁵⁷ In diese Richtung auch *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 78, der in der Trennung von Zweck als Gesetz des Rechts und Kausalität als Gesetz der Natur eine Parallele zu Kelsens Kategorien von Kausalität und Zurechnung sehen will.

⁵⁸ Zu dieser durch die Auseinandersetzung mit *Friedrich Julius Stahl* geprägten Persönlichkeitstheorie Jherings, die mit ihrer Betonung der freien Persönlichkeit und des schöpferischen, kraftvollen Willens dem zweiten Band des *Geistes* (insbes. von Jhering, Geist II/1, ¹1854, § 30) zugrunde lag, vgl. *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 181 ff. Im *Zweck* ist diese Theorie in einen Rahmen umfassender Sittlichkeitsvorstellungen eingebettet, mit dem die idealistischen freiheitlichen Momente auffallend kontrastieren.

⁵⁹ Zur Herleitung elementarer Rechtsprinzipien zum Schutz des Menschen als rechtlicher Person (Recht der „Persönlichkeit“) und zur Bestimmung des Menschen als eines ethischen „Selbstzwecks“, vgl. von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 71. Vgl. auch zur Stellung

2. Das Problem kollektiven Handelns: Die Gesellschaft als Zweckssubjekt

Nun will der *Zweck* nicht nur eine Theorie der individuellen Handlung vorlegen, sondern das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft klären. Jhering widmet diesem Verhältnis den Großteil seiner restlichen Darstellung und entwirft eine Theorie des Individuums in der Gesellschaft und deren Institutionalisierung im Staat, die sich weitgehend in ganz konventionellen Bahnen hält.⁶⁰ Charakteristisch ist nur, dass Jhering erneut zwei sich gegenseitig ausschließende Konzepte durch den Zweckbegriff koppeln will und dabei doch unvermittelt nebeneinander stehen lässt.

Jhering setzt in der Tradition des *Geistes* an und schildert die Entstehung von Gesellschaft aus der Aggregation von Individualinteressen.⁶¹ Gesellschaft beruhe auf der „Verknüpfung des eigenen Zwecks mit dem fremden Interesse“.⁶² Die Notwendigkeit der Existenz von Gemeinschaften begründet Jhering mit dem Problem des Schutzes der Selbsterhaltung des Menschen.⁶³ Kooperative Formen des Zusammenlebens werden durch zweckgerichtete Bündelung von Einzelinteressen möglich. Diese einem methodischen Individualismus verpflichtete Interpretation gesellschaftlicher Organisation als Ergebnis der Koordination von „Zwecken der egoistischen Selbstbehauptung“⁶⁴ leitet auch die historisch-genealogischen Einkleidungen zu den Erörterungen der „sozialen Zwecke“ des „Lohnes“ (Kapitel VII) und des „Zwanges“ (Kapitel VIII) ein. So enthält Kapitel VII zunächst eine in sich schlüssige, wenn auch stark vereinfachte Theorie der Wirtschaft als Theorie eines ‚freien Handelsstaates‘ in der Tradition *Adam Smiths* oder *Johann Gottlieb Fichtes*: Wirtschaftsverkehr entsteht für Jhering im Rahmen einer arbeitsteiligen, marktwirtschaftlichen Gesellschaft aus der Verwirklichung je individueller Zwecke.⁶⁵ Dann aber ändert sich unter der Hand die Argumentation:

der Person in der Welt ebd., S. 73 (leichte Modifikationen in *von Jhering*, Zweck I, ⁴1904, S. 50).

⁶⁰ Zur Relevanz dieser Fragen für das seinerzeitige Zivilrecht s. oben § 3 Fn. 44.

⁶¹ Siehe hierzu *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 58. Zum Verhältnis von Zweck und Interesse vgl. unten § 3 Fn. 122. Zur Position Jherings im *Geist: ders.*, Geist III, ¹1865, S. 331: „Die juristische Person als solche ist völlig genußunfähig, sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also auch keine Rechte haben [...]“.

⁶² *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 42.

⁶³ Entwickelt wird die Kritik am subjektiven Zweckbegriff weitgehend am tierpsychologischen Modell, vgl. *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 26 ff. Dazu auch *Duxbury*, *Jhering*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (33 f.), unter Hinweis auf die Kritik hieran bei *Roscoe Pound*.

⁶⁴ So das V. Kapitel in *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 67 ff.

⁶⁵ Diese Diskussion ist für das Recht bereits ganz parallel angelegt in *von Jhering*, Geist I, ¹1852, S. 295 ff., wo Jhering die Entwicklung des formalen römischen Rechts als eine streng am Prinzip der Zweckmäßigkeit orientierte Koordinierung kollektiver Handlungen beschreibt.

Plötzlich betont Jhering, dass alle individuellen, egoistischen Handlungen im Rahmen des gesellschaftlichen Kontextes notwendig sein sollen. Die Gesellschaft erscheint nicht mehr nur als die dem individuellen Zweckssubjekt komplementäre und verschiedene individuelle Interessen aggregierende Instanz, sondern als ein reifiziertes, dem Individuum übergeordnetes, selbst werthaltiges und willensfähiges Zweckssubjekt.⁶⁶ Sie gewinnt die Berechtigung, eigenständige, „objektive“ Zwecke setzen zu können.⁶⁷

Ein paralleler Umschlag vom Individuum zum Kollektiv als Zweckssubjekt findet sich im ausufernden Kapitel VIII, das eine allgemeine Theorie gesellschaftlicher Organisation enthält. Erscheint die Gesellschaft zunächst als bloßes Instrument subjektiver Einzelinteressen, wird sie im Verlauf der Darstellung zu einem eigenständigen, dem Individuum übergeordneten Zweckssubjekt, dessen Telos der Staat darstellt.⁶⁸ Das Recht fungiert dabei als Instrument staatlicher Autorität und staatlichen Zwanges und dient der „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“.⁶⁹ Hieraus folgert Jhering:

„Wenn alle Rechtssätze die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft zum Zweck haben, so heißt das: die Gesellschaft ist das *Zwecksu*bject derselben. Ein wunderliches Subject, wird man mir einwenden, eine blosser Abstraction; das wirkliche Zwecksuobject ist der Mensch, der Einzelne, ihm kommt schließlich jeder Rechtssatz zu gute. Vollkommen richtig! Alle Rechtssätze [...] haben den Menschen zum *Zweck*. Aber das gesellschaftliche Leben, indem es den Menschen durch die Gemeinsamkeit dauernder Zwecke zu höheren Bildungen zusammenfügt, erweitert eben damit die Formen des menschlichen Daseins.“⁷⁰

⁶⁶ Der radikale Bruch, den das Verhältnis der Gesellschaft zum zuvor noch als „Selbstzweck“ beschriebenen Individuum erfährt und den Jhering nicht weiter kommentiert, kommt in folgender Aussage zum Ausdruck, *von Jhering, Zweck I*, ⁴1904, S. 62: „Der Werthbegriff ist bekanntlich ein relativer, er ist die Tauglichkeit eines Dinges für irgend einen Zweck. In Anwendung auf das menschliche Leben bedeutet die Frage nach dem Werth: was ist von demselben der Gesellschaft zu gute gekommen? Darnach allein bemisst sie den Wert desselben.“ In der ersten Auflage, S. 88 f., hieß es an dieser Stelle noch etwas weniger deutlich: „wie ist dasselbe der Menschheit zu gute gekommen? Darnach allein bemisst die Gesellschaft und die Geschichte den Werth desselben.“ Kurzzeitig taucht in diesem Zusammenhang neben der Gesellschaft auch die Vorstellung einer dem Individuum übergeordneten, personal gedachten Natur auf, in die das Individuum eingegliedert ist. Hierzu: *von Jhering, Zweck I*, ¹1877, S. 38: „Die Natur will, daß die Menschheit bestehe. [...] Wie erreicht sie diesen Zweck? Dadurch, dass sie den Egoismus bei demselben interessirt.“ Ebd., S. 40: „Durch Lust und Schmerz weiss die Natur uns in die Bahnen zu leiten, die wir gehen sollen, durch beide verbindet sie unsere Interessen mit ihren Zwecken“.

⁶⁷ *von Jhering, Zweck I*, ¹1877, S. 42 ff.

⁶⁸ Zum Etatismus Jherings vgl. unten § 3 Fn. 150.

⁶⁹ *von Jhering, Zweck I*, ¹1877, S. 434 und passim. Hierzu näher *Duxbury, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 ff.

⁷⁰ *von Jhering, Zweck I*, ¹1877, S. 453.

Die Antinomie der Zweckssubjekte Individuum und Gesellschaft, die hier noch ansatzweise erkennbar ist, verschwimmt in den sich anschließenden Ausführungen zur Rechtsstellung des Individuums jedoch völlig.⁷¹ Im zweiten Band des *Zwecks* wird sie schließlich einseitig zugunsten der Gesellschaft aufgelöst.⁷² Der methodische Individualismus, der den Beginn des *Zwecks*

⁷¹ Vgl. einerseits von *Jhering*, *Zweck* I, ⁴1904, S. 399 (in der Erstauflage so nicht erhalten): die „Gesellschaft ist nichts als die Summe der Individuen“; und andererseits die Geißelung des von *Humboldt* und *Mill* begangenen „Grundirrthum[s] der naturrechtlichen Doctrin des vorigen Jahrhunderts, als liesse der Staat und die Gesellschaft sich aufbauen vom Standpunkte des Individuums aus“ (*ders.*, *Zweck* I, ¹1877, S. 523) – eine „Irrlehre“ (ebd., S. 529), die „glänzende[n] Schiffbruch“ (ebd., S. 536) erlitten habe.

Spätestens hier enden die oft beschworenen Parallelen Jherings zum Werk Benthams. Bentham wird zwar im *Zweck* mehrfach zitiert (vgl. etwa *ders.*, *Zweck* II, ³1898, S. 137 ff., dort aber kritisch gegenüber Benthams Theorie, das subjektiv Nützliche zum Maßstab und Kriterium des objektiv oder gesellschaftlich Guten zu erheben). Oberflächliche Anlehnungen an Bentham finden sich auch in der – konzeptionell nicht tragenden – Rede von der Natur als Spenderin von „Lust“ und „Schmerz“ (*ders.*, *Zweck* I, ¹1877, S. 39). Jhering teilt mit Bentham das Dilemma, eine robuste Theorie des psychologischen Egoismus mit einem sozialen Nützlichkeitsprinzip in Einklang bringen zu müssen – bei Jhering im Spannungsverhältnis der einander entgegengesetzten Zweckssubjekte ausgedrückt. Die ihm vorschwebende Lösung einer Hypostasierung des Zwecks, der jenseits allen Individuellen verortet wird, ebenso wie sein Unwillen, aus der individuellen Nützlichkeit normative Kriterien eines stattdessen am Maßstab sozialer Selbsterhaltung geformten Sittlichkeitsprinzips abzuleiten, finden jedoch keinen Anhaltspunkt bei Bentham. Dennoch öffnete die Bezugnahme auf Bentham Jhering offenbar die Türen in den amerikanischen Diskurs. Zur Bentham-Rezeption Jherings aus der englischsprachigen Literatur differenzierend: *Smith*, *Four German Jurists*, *Political Science Quarterly* 11 (1896), S. 278 (294); ähnlich *Friedmann*, *Legal Theory*, ⁵1967, S. 315 f. (der darauf hinweist, dass Jhering wie Bentham Befürworter eines ökonomischen laissez-faire-Liberalismus war, aber immer auch aktiv sozialreformerische Positionen vertreten hat). Skeptisch bzgl. etwaiger Parallelen insbesondere *Hart*, *Essays*, 1983, S. 271; *Duxbury*, *Jhering*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (34). Vorsichtig auch *Helfer*, *Jherings Gesellschaftsanalyse*, in: *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 79 (84, 85 mit Fn. 5 unter Hinweis auf den nur wenige englische Bücher umfassenden Katalog der Bibliothek Jherings). Die These von *Coing*, *Benthams Bedeutung*, *ARSP* 54 (1968), S. 69 (75), der *Zweck* sei „ganz im Geiste Benthams geschrieben“, kann daher wohl nicht aufrechterhalten werden.

⁷² Vgl. nur von *Jhering*, *Zweck* II, ¹1883, S. 80 f. („Das Sittliche ist historisch nicht vom Individuum, sondern von der Gesellschaft aus gewonnen worden. [...] Gegenüber dem Sirengesang einer ungesunden Theorie, welche das Individuum mit seiner sittlichen Autonomie zu bethören sucht, halte ich es für geboten, ihm einmal die nüchterne Wahrheit ins Ohr zu rufen: du bist nur Glied des Ganzen und erhältst von ihm deine Gesetze, eigne sie dir so an, dass das äussere Gesetz dein eigenes, und dass damit die äussere Nothwendigkeit innere Freiheit werde, aber gib dich nicht dem Wahne hin, dass die Zügel, weil du sie subjectiv nicht fühlst, objectiv nicht existiren und dass du selber dein eigener Gesetzgeber seist.“); sowie ebd., S. 94 („Was ist die Quelle der sittlichen Normen? Die Gesellschaft. Was ist der Zweck derselben? Die Gesellschaft.“).

gekennzeichnet hatte, tritt hinter ein organisches Konzept von Gemeinschaft zurück.⁷³

III. Jherings Zweckbegriff (II): Der Zweck als Manifestation einer objektiven Ordnung

Offenbar ist Jhering selbst mit dieser – auch den heutigen Leser wenig überzeugenden – ‚Auflösung‘ der Antinomie von Individuum und Gesellschaft unzufrieden. Jedenfalls setzt er noch einmal ganz neu zur Bestimmung dieses Verhältnisses an. Dabei dient ihm wieder der Zweckbegriff als Maßstab, der nun aber noch konsequenter unabhängig von jedem individuellen Setzungsakt gedacht wird.⁷⁴

1. Zwecke als Produkte eines göttlichen Willens: Gott als Zweckssubjekt?

Weitgehend unausgeführt bleibt dabei der Versuch, die Spannung durch den Rekurs auf ein überirdisches Zweckssubjekt aufzulösen – den göttlichen Willen.⁷⁵ Zwar sieht Jhering in der Vorrede zu *Zweck I* in Gottes Willen noch den zentralen Schlussstein seines Gebäudes.⁷⁶ Die von Gott gelenkte Natur ver-

Was die Erzeugerin des sittlichen Willens? Die Gesellschaft.“). Ebs. die Kurzfassung des zweiten Bandes bei *von Jhering*, *Grundlagen der Ethik*, *SchmJb* 6 (1882), S. 1 ff.

⁷³ Auf diese Textteile kann sich die Kritik, Jhering lasse den Einzelnen vollständig hinter der Gesellschaft zurücktreten, berufen (vgl. zu entsprechenden Ausführungen in *Zweck II* die Hinweise bei *Pleister*, *Persönlichkeit*, 1982, S. 265, der dies sogar als „strukturbildenden Topos des theoretischen Alterswerks Jherings“ sieht, differenzierter dann aber ebd., S. 380 ff.; ähnlich *Somek*, *Kaserne des Egoismus*, in: *Luf* (Hrsg.), *Kampf ums Recht*, 1995, S. 57 (82 ff.), der in Jherings Ansicht, der Wert des Einzelnen ergebe sich aus dem Beitrag, den er zum Ganzen leiste, ein modifiziertes Organismuskonzept erkennt und kritisiert). Ein totales Primat der Gesellschaft stößt aber bei Jhering an die Grenzen des auch die Gesellschaft lenkenden Zwecks, vgl. § 3 B. III. 2. und § 3 C. III.

⁷⁴ Kritisch hierzu *Wieacker*, *Darwinismus*, in: *Paulus/Canaris/Diederichsen* (Hrsg.), *FS Larenz*, 1973, S. 63 (80 f.): „Vollends entschwindet jeder bestimmbare Sinn von ‚Zweck‘, wenn als zwecksetzende Instanz nun gar allen Ernstes ein transpersonaler Daseinssinn erscheint, wie der heraklitische Logos, *Hegels* ‚Vernunft‘, *Schopenhauers* ‚Wille‘, *Marx* ‚Geschichtsgesetz‘ oder – mit *Jherings* einfacher und verwegener Rede – ein (unbekannter) ‚Gott‘“.

⁷⁵ Zu Jherings Religiosität *Pleister*, *Persönlichkeit*, 1982, S. 269 f. (insbes. Fn. 128 m. w. N.), der im gesamten Zweck eine „theistische“ Konzeption angelegt sieht und eine entsprechende Deutung anbietet. Dagegen ist *Wieacker*, *Jhering*, *ZRG RA* 86 (1969), S. 1 (4), von der religiösen Indifferenz Jherings überzeugt („in seinem späteren Werk ist ‚Gott‘ nur eine der vielen Unbekannten in der krausen Algebra seiner Gesellschaftstheorie“).

⁷⁶ *von Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. X f.: „[D]ie Annahme eines Zweckes in der Welt, was für mich, der ich beschränkt genug bin, mir den Zweck nicht ohne einen bewussten Willen denken zu können, gleich bedeutend ist mit der Annahme von Gott – also die An-

wirkliche die Zwecke, die das Auftreten des Menschen als Zwecksetzer ermöglichten, der sich seinerseits in einer zwecksetzenden sittlichen Gesellschaft organisierte.⁷⁷ Doch revidiert Jhering im späteren Verlauf dieses Werkes seine theistische Konzeption – ohne den Widerspruch zu seinen früheren Aussagen aufzudecken – und entlastet in *Zweck II* Gott von seiner Rolle als „Zwecksubject“ mit dem alten Argument, die Erreichung göttlicher Zwecke könne nicht vom menschlichen Handeln abhängen.⁷⁸ Für die Bestimmung des Zweckbegriffs enthält dieser Versuch nichts Neues, weist jedoch auf den immer präsenten ‚metaphysischen‘ Erbteil Jherings hin.⁷⁹ Die Bezugnahme auf den göttlichen Willen überbrückt so die Kluft zwischen einem an der menschlichen Handlung orientierten Verständnis des Zweckbegriffs und der funktionalen Logik der „socialen Mechanik“.

2. Die „sociale Mechanik“

Mit der „socialen Mechanik“ erhebt Jhering schließlich den Anspruch, die innere Dynamik und die Widersprüche des gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungsprozesses einer Lösung zuzuführen.⁸⁰ Dabei tritt das Konzept

nahme eines von Gott gesetzten Zweckes in der Welt oder des göttlichen Zweckgedankens [...]“.

⁷⁷ Vgl. Pleister, *Persönlichkeit*, 1982, S. 18–23.

⁷⁸ von Jhering, *Zweck II*, ³1898, S. 90: Dort sieht Jhering, der schon in der Vorrede (ebd., S. XXI) seine Angst artikuliert hat, aufgrund seiner Schrift für einen „abgestandenen, öden Utilitaristen“ gehalten zu werden, für Gott die Rolle als „letzter Grund des Sittengesetzes“ vor, deren Ausarbeitung „an richtiger Stelle“, d. h. wohl im nicht mehr vorgelegten dritten Band des *Zwecks*, erfolgen sollte. Jhering schwebte hier möglicherweise eine Lösung vor, wie sie bei *Descartes*, *Prinzipien der Philosophie*, 2007, Teil I, § 28, aufscheint: „Wir wollen uns nicht dabei aufhalten, die Zwecke zu untersuchen, die Gott sich bei der Schaffung der Welt gesetzt hat, und wollen die Untersuchung der Zweckursachen gänzlich aus unserer Philosophie verbannen. Denn wir können uns nicht anmaßen, Gottes Absichten dabei zu wissen, sondern wir werden ihn nur als wirkende Ursache aller Dinge betrachten“.

⁷⁹ Vgl. den von Jhering in der zweiten Auflage des *Zwecks* eingefügten Zusatz (von Jhering, *Zweck II*, ²1886, S. 161), in dem er – im Ergebnis zweifelhaft – starke Parallelen seiner Konzeption zu der *Thomas von Aquins* zu erkennen glaubte. Dazu auch *Luig*, *Jherings Evolutionstheorie*, in: Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 161 (175 ff.); *Rückert*, *Geist I*, *Rechtsgeschichte* 5 (2004), S. 128 (135).

⁸⁰ Die Bedeutung, die Jhering dieser Dimension des Zwecks beimisst, schwankt zwischen der ersten und den Folgeauflagen des *Zwecks*. Weder existiert bisher eine Konkordanz der verschiedenen Auflagen des *Zwecks*, noch ist diese Frage in der Literatur untersucht (ein entsprechendes Desiderat meldet bereits *Losano*, *Studien*, Bd. 2, 1984, S. 77, an). Ein genauer Vergleich der Auflagen kann hier nicht geliefert werden. Die vorliegende Darstellung orientiert sich an den späteren Auflagen, die die „objektive“ Dimension des Zwecks tendenziell stärker betonen. Abweichende Formulierungen der Voraufgaben sind gekennzeichnet.

der gesellschaftlichen Entwicklung an die Stelle des Organismusbegriffs des Frühwerks.⁸¹ Jhering versteht „sociale Mechanik“ als dynamischen Prozess der Vermittlung des Besonderen und des Allgemeinen in einem Modell, das sich im Kern als teleologischer Monismus, d. h. als (angeblich) alles erklärende Herrschaft des Zweckbegriffs, entpuppt:

„Das ist das Bild der Gesellschaft, wie die Wirklichkeit es uns täglich vor Augen führt. Rastlos bewegen sich wie in einer gewaltigen Maschine tausende von Walzen, Rädern, Messern, die einen in dieser, die anderen in jener Richtung, scheinbar völlig unabhängig von einander [...] – und doch wirken alle schliesslich harmonisch zu einem Zweck zusammen, und ein einziger Plan regiert das Ganze.“⁸²

In diesem Sinne taucht der Zweckbegriff durch das Werk als eigenständige, sich aus sich selbst heraus schaffende Instanz auf – eben als eine „weltbildende Größe“.⁸³ Dieser eine Zweck steht über Individuum und Gesellschaft.⁸⁴

Jhering entwickelt diesen Gedanken nun nicht im Sinne einer funktionalistischen Theorie, die die Gesellschaft von ihren Strukturen her denken würde. Vielmehr macht er theoriearchitektonisch einen Schritt rückwärts in Richtung Trendelenburg: Nach Jhering erfolgen „Genesis“ und Werden von Staat und Recht aufgrund der „praktischen Triebkraft des Zweckbegriffs mit Notwendigkeit“.⁸⁵ Das „Zweckgesetz“ lenkt die Gesellschaft, die sich damit in ein Ordnungsmodell eingebunden sieht, dessen Logik sie nicht entkommen kann. Der Gesellschaft, deren Zweckssubjektqualität Jhering gerade begründet hatte, wird die Freiheit der Zwecksetzung wieder genommen; sie wird zur notwendigen Vollstreckerin des ihr nun als Prinzip übergeordneten Zwecks degradiert. Ähnlich wie die Gesellschaft den Einzelnen, so mediatisiert der als Prinzip verstandene Zweck die Gesellschaft.

⁸¹ Zu Jherings Organismusbegriff (insbesondere in *von Jhering*, Geist I, ¹1852) vgl. die Nachweise bei *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 118 ff.; erste Absetzungsbewegungen vom Organismusbegriff dann bereits in *von Jhering*, Geist II/2, ¹1858, S. 325; zu alldem ausführlich *Gaudemet*, Organicisme et évolution, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 29 ff.

⁸² *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 100 f.; ebd., S. 102, heißt es auch, „die Gesellschaft besitzt eine zwingende Kraft über den menschlichen Willen, es gibt eben so gut eine sociale Mechanik, um den menschlichen Willen, wie eine physische, um die Maschine zu zwingen“.

⁸³ Mit dieser Formel wollte sich Jhering eigentlich gerade gegen einen derartigen Ansatz, den er zu Recht mit Trendelenburg verband, verwahren, vgl. *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. VI f.

⁸⁴ Vgl. nur den Leitspruch des Werkes: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.“ Scharfe Kritik bei *Preuss*, Organpersönlichkeit, SchmJb 26 (1902), S. 557 (567).

⁸⁵ So *von Jhering*, Zweck I, ⁴1904, S. 183 (charakteristisch anders noch die Formulierung bei *von Jhering*, Zweck I, ¹1877, S. 241: „wie sie sich aus der Dialektik des Zweckbegriffs mit Nothwendigkeit ergibt“). Zur Tilgung von Hegelianismen in den späteren Auflagen des *Zwecks* s. *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 77.

Vor diesem Hintergrund scheitern alle Versuche, Jherings Zweck (sozial-)darwinistisch zu lesen.⁸⁶ Jherings ‚Darwinismus‘ geht nicht über oberflächliche terminologische Anleihen hinaus.⁸⁷ Denn Jhering geht den entscheidenden Schritt hin zur totalen Kontingenz der Welt weder im *Zweck* noch in seinen letzten, zunehmend historisch orientierten Schriften, etwa im Einleitungskapitel der nicht mehr zur Veröffentlichung gebrachten *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*.⁸⁸ Viel näher sind ihm Ideen einer teleologischen Gestaltung der Welt in der – im weitesten Sinne – aristotelischen Tradition.⁸⁹

⁸⁶ Die (häufig polemisch geführte) Diskussion zum Darwinismus Jherings ist ausufernd. Für eine frühe Fassung des Vorwurfs vgl. die vielzitierte Notiz *Diltheys* bei *Rothacker* (Hrsg.), Briefwechsel Dilthey, 1923, S. 3 (zu Jhering auch *Dilthey*, System der Ethik, Bd. X, ⁴1981, S. 115, 120). Zu entsprechenden Selbstzeugnissen Jherings, auf seinem Gebiet „Darwinianer“ zu sein, vgl. *Helfer*, Jherings Gesellschaftsanalyse, in: *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 79 (81). Zur Deutung Jherings als Sozialdarwinist vgl. die bei Karl Larenz verfasste Dissertation von *Walder*, Wesen der Gesellschaft bei Smith und Jhering, 1943, S. 66. Dagegen zu Recht u. a. *Behrends*, Durchbruch, in: *Loos* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (259 f.); *Behrends*, Evolutionstheorie, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 7 (19 f.), unter Hinweis auf die antideterministischen Ausführungen bei *von Jhering*, Vorgeschichte der Indoeuropäer, 1894, S. 93 ff.

⁸⁷ Die dieser Frage gewidmete Untersuchung von *Wieacker*, Darwinismus, in: *Paulus/Canaris/Diederichsen* (Hrsg.), FS Larenz, 1973, S. 63 ff., stellt zwar „gravierende Annäherungen“ Jherings an Darwin fest, kommt aber ebd., S. 91, zu dem Schluss: „Darwins Wirkungen auf *Jhering* sind schlecht dokumentiert und hinterlassen in den allzu unfesten Gedankenmassen *Jherings* keinen konturierten Abdruck.“ Noch schwächer schätzt den Einfluss Darwins ein: *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 237 mit Fn. 53, 359 ff., insbes. 361: „Jhering hingegen blieb zeitlebens ein theistischer Teleologe von altem Schrot und Korn, der die Schwierigkeiten, welchen sich ein Darwin und ein F. A. Lange gegenübergestellt sahen, mit einigen eleganten Formulierungen gelöst zu haben glaubte.“ Ebenso *Rückert*, Geist I, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 128 (132, 135); *Rückert*, Geist II, Rechtsgeschichte 6 (2005), S. 122 (131 f.). Allgemein hierzu *Haferkamp*, Darwinrezeptionen, in: *Siep* (Hrsg.), Evolution, 2011, S. 35 ff.

⁸⁸ *von Jhering*, Entwicklungsgeschichte, 1894 (posthum). Auch dort wird das Recht und seine Entwicklung zunächst als Produkt bewusster Entscheidungen von Individuen definiert (ebd., S. 13 ff., 28). Gleichzeitig will Jhering aber in Anlehnung an das Vorbild der Naturwissenschaften die Geschichte des Rechts allein aus ihren „äußeren Impulsen“ und völlig abgelöst von den „inneren Vorgängen“ der Subjekte erzählen (ebd., S. 37). Damit verbunden ist eine Neuorientierung hin zum Kausalbegriff und die Re-Interpretation des Zwecks als die äußerlich determinierte Ursache von Handlungen (ebd., S. 37). Im Ergebnis führt das zur Aufgabe des Zwecks als Kategorie (ebd., S. 29, 37 f.).

⁸⁹ Dazu oben § 2 B. I. Zum Aristoteles-Bezug bei Jhering s. *Pleister*, Persönlichkeit, 1982, S. 246 Anm. 86.

IV. Der Zweck im „Zweck“: Jherings Verdoppelungen des Zweckbegriffs

Reduziert man die vielfältigen Verwendungsformen des Zwecks bei Jhering auf ihre wesentlichen Varianten, zeigt sich, dass der *Zweck* von zwei grundlegenden Dichotomien durchzogen ist. Die eine betrifft das mit dem Zweck verbundene Erklärungspotential. So meint Jhering einerseits, im Zweck den „Schöpfer des gesamten Rechts“ finden zu können.⁹⁰ Diese kühne These, die Jhering keineswegs rein metaphorisch meint, formuliert eine ungeheure Erwartung: Alle Antinomien der praktischen Philosophie sollen in einem einzigen Prinzip aufgehoben werden. Das komplexe Verhältnis von Gesellschaft und Individuen soll sich auf eine Schlussform reduzieren lassen: den Zweck. Obwohl ausgesprochener Gegner der materialistischen Strömungen seiner Zeit, bedient sich Jhering doch mit seinem alles-erklärenden Monismus einer weitgehend identischen Methode.⁹¹ Aus einem Begriff wird die Welt abgeleitet. Andererseits ist Jhering selbst zu sehr liberaler Skeptiker, um wirklich an sein Welterklärungsprogramm glauben zu können. In klarem Widerspruch zum Gedanken des Zwecks als „Schöpfer“ formuliert er denn auch unmittelbar im Anschluss daran in der Vorrede des *Zwecks*, der Zweck solle für ihn kein „weltbildendes Prinzip“ sein.⁹²

Diese Spannung setzt sich im Verständnis dessen fort, was Zweck nach Jhering bedeutet oder als Begriff referenziert. Jhering beginnt mit einem Begriff des Zwecks, der diesen als Resultat einer (individuellen oder kollektiven) Handlung versteht. Ohne hinreichende Abgrenzung verwendet Jhering den Zweckbegriff gleichzeitig aber auch in der Tradition Trendelenburgs als Ausdruck für eine übergreifende objektive Ordnung, die die Einheit von Gesellschaft und Individuum begründet. Schon Jherings Beschreibung der individuellen Handlung ist von dieser objektiven Dimension überlagert. So werden die individuellen Vorstellungen ebenso wie das die Willenstätigkeit steuernde Prinzip gleichzeitig und unterschiedslos als „Zweck“ bezeichnet. Im Bereich der Gesellschaft wiederholt sich diese Verdoppelung, wenn der Zweck zum Prinzip von Jherings „socialer Mechanik“ wird. Auch hier sind erst die kontingenten Ziele der transpersonal gedachten Gesellschaft als Zwecke gesetzt; dann wird diese Zweckverwirklichung in einen als „sociale Mechanik“ bezeichneten Ordnungszusammenhang eingebunden, für notwendig erklärt und das diesen Prozess strukturierende Gesetz ebenfalls als „Zweck“ definiert.

Die unterschiedlichen Verwendungsformen des Zweckbegriffs stehen bei Jhering unvermittelt nebeneinander. Jhering entwickelt trotz oberflächlicher

⁹⁰ von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. VI.

⁹¹ S. zum Einfluss des philosophischen Materialismus auf Jhering: *Viehweg*, *Rechtsdogmatik und Rechtszmetik*, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 211 (212).

⁹² von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. VI f.

Ähnlichkeit und terminologischer Anleihen („Zweckdialektik“) kein der Hegelschen Philosophie entsprechendes, die Spannungen in einem Dritten aufhebendes Modell.⁹³ Zwar teilt Jhering mit Hegel den Anspruch, eine universelle Erklärung des Menschen und der Gesellschaft in ihrem geschichtlichen Werden zu liefern.⁹⁴ Auch ähnelt Jherings Theorie der Sozialisierung des Individuums in der Erzählstruktur der Hegelschen Anerkennungstheorie in der *Phänomenologie des Geistes*. Jherings Theorie verharret aber im Ergebnis in einer mechanistischen Gegenüberstellung von Individuum und Gesellschaft.

Damit liegt der Verdacht nahe, dass Jhering im *Zweck* den Zweckbegriff als Leerformel verwendet, um die disparaten Versatzstücke seiner Gesellschaftstheorie wenigstens oberflächlich in einen Zusammenhang zu bringen. Je nach Argumentationskontext wird der Zweckbegriff metaphysisch, naturalistisch, idealistisch oder utilitaristisch aufgeladen.⁹⁵ Jhering überfordert den Begriff, indem er nicht zwischen seiner Theorie und dem Zweckbegriff trennt, sondern vorgibt, seine Theorie aus dem Zweckbegriff ableiten zu können.⁹⁶ Seinen Anspruch, die Koevolution von Gesellschaft und Recht in einem dynamischen, wirklichkeitsorientierten Entwicklungsmodell unter dem Begriff des „Zwecks“ darstellen zu können, kann er damit nicht einlösen. Die

⁹³ Zur Zweckdialektik: von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. 104 f., dort jedoch schon gegen die „logische“ Dialektik abgegrenzt; weitere Nachweise zur Verwendung des Begriffs „Zweckdialektik“ bei Pleister, *Persönlichkeit*, 1982, Kapitel 3 mit Anm. 596. Zum Verhältnis Jherings zu Hegel vgl. ebd., S. 150 ff., 316 ff., 329 ff. Pleister weist schon ebd., S. 181 ff., für von Jhering, *Geist* II/1, ¹1854, § 30, nach, dass Jhering hier vor allem von Stahls Hegel-Kritik rezipiert hat. Inwieweit auch Jherings Zweck-Begriff auf Stahls *Philosophie des Rechts* zurückgeht, muss hier dahinstehen (Stahl nahm ähnlich wie Jhering an, dass dem Recht „Tatsachencomplexe“ zugrunde lägen, die durch die „Einheit ihres erzeugenden Triebes ein unauflösliches Ganzes bildeten“; diesem Trieb käme eine „rechtsbildende Kraft, ein „inneres Streben“ und ein „Telos“ zu: Stahl, *Philosophie des Rechts*, Bd. II/1, 1833, S. 146).

⁹⁴ Vgl. von Jhering, *Zweck* II, ¹1883, S. 88: „Der Zweck hat in Wirklichkeit die Fähigkeit, welche Hegel in seiner dialektischen Methode fälschlich dem Begriff beilegte: er entlässt stets einen Neuen aus sich, er ist das Perpetuum mobile der Weltgeschichte“.

⁹⁵ Die Frage, welche gesellschaftstheoretische Tendenz Jherings Werk zugrunde liegen, wird häufig als Frage nach den Inhalten des Zwecks formuliert (so etwa bei Seagle, Jhering, *University of Chicago L. Rev.* 13 (1945), S. 71 (85)); dabei bleibt aber immer unklar, wie die Interpreten die ihrerseits Jhering unterstellten Theorien (etwa Egoismus vs. Altruismus, Idealismus vs. Realismus, Benthamismus und Sozialutilitarismus, Individualismus vs. Sozialismus, Nationalismus vs. Internationalismus) zur Zweckarchitektur Jherings in Beziehung setzen. Jherings Werk, das Elemente *all* dieser Strömungen enthält, lädt zu solchen Missverständnissen ein. Streng genommen äußert sich Jhering zur Frage des Zweckinhalts aber gar nicht, sondern will das dem dynamischen Spiel der Kräfte überlassen.

⁹⁶ Vgl. Somek, *Kaserne des Egoismus*, in: Luf (Hrsg.), *Kampf ums Recht*, 1995, S. 57 (60 f.).

gesellschaftstheoretische Bedeutung seines Werkes liegt daher im wesentlichen darin, das Scheitern des Zwecks als eines Vermittlungsbegriffs zu dokumentieren.

C. Das Recht im „Zweck“ und seine Akteure

Was folgt aus alledem für das Verständnis des Rechts – bei Jhering und allgemein? Jhering hat bekanntlich den dritten Band des *Zwecks*, der zu den Auswirkungen seiner Theorie auf das Recht Stellung nehmen sollte, nie geschrieben.⁹⁷ Doch enthalten seine Schriften, vor allem das späte Werk *Der Besitzwille* von 1889, genügend Anhaltspunkte, um Jherings Thesen zur Rolle des Rechts unter den Bedingungen einer Herrschaft des Zwecks verlässlich rekonstruieren zu können. Jherings Ausführungen zum Recht sind nun vom gleichen charakteristischen Changieren zwischen dem Primat subjektiver Setzung und objektiver Ordnung geprägt wie sein Gesellschaftsverständnis. Jherings Ansatz erschließt sich am Ehesten, wenn man – wie Jhering selbst das stets getan hat – zwischen den verschiedenen am Rechtserzeugungs- und -interpretationsprozess Beteiligten unterscheidet. Dabei zeigt sich, dass das innovatorische Potential seines Spätwerks weniger in seiner Haltung zur Rechtsanwendung (I.) oder zur rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung (II.) liegt. Vielmehr demonstriert Jhering vor allem dort Modernität, wo er eine Neubewertung der Rolle des positiven Gesetzgebers vornimmt und die Rechtsordnung als ein System zur Koordination unterschiedlicher zwecksetzender Akteure entwirft (III.).

I. Rechtspraxis: Konventionelle und innovative Aspekte von Jherings Theorie der Rechtsanwendung im Spätwerk

Oben wurde im Anschluss an *Regina Ogorek* darauf hingewiesen, dass die Rechtsanwendungslehren im 19. Jahrhundert nach einem ausgewogenen Ver-

⁹⁷ In *von Jhering*, *Besitzwille*, 1889, S. X, findet sich folgende Ankündigung: „In dem letzten Abschnitt desselben [= des *Zwecks*] habe ich mir vorgenommen, die Tragweite des Zweckgedankens, nachdem ich ihn an der Hand der Geschichte principiell begründet, in besonderer Anwendung auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts darzulegen, sowohl für die allgemeineren Lehren, als für die wichtigsten einzelnen Rechtsinstitute.“ Ebd., S. X f. in Fn. 2, findet sich folgender Themenüberriss: „Beispielsweise nenne ich: den Zweck als Interpretationsprincip – als die wahre Gestalt der s.g. Natur der Sache – als Gränze der praktischen Tragweite der Rechtsbegriffe (S. 515 Anm. 1) und der Ausübung des Rechts (Chikane) – als sekundäres wissenschaftliches Klassifikationsprincip, insbesondere im Obligationenrecht (z.B. für die Endigungsarten der Obligationen) u. a. m.“.

hältnis von Freiheit und Bindung suchten.⁹⁸ Dies spiegelt sich auch in den Arbeiten Jherings. Während seiner ganzen Wissenschaftskarriere teilt Jhering den methodologischen Grundkonsens seiner Generation, um in verschiedenen Schaffensphasen unterschiedliche Schwerpunkte zu setzen und bereichsweise Verschiebungen vorzunehmen.⁹⁹ Jhering entwickelt, wie es bei Ogorek heißt, hier wie dort „ein recht differenziertes Bild von Richterfreiheit und Richterbindung“.¹⁰⁰ Durchgängig betont Jhering die Notwendigkeit der Orientierung des Rechts an der Wirklichkeit¹⁰¹ und der Rückführung rechtlicher Regelungen auf deren „praktisches Motiv“¹⁰², sowie das mit ihnen verbundene „Interesse“¹⁰³ oder eben ihre „Zwecke“¹⁰⁴ und qualifiziert sie schließlich als Akte des „Willens“¹⁰⁵. „Technik“ – d. h. Form – und Inhalt des Rechtssatzes sind in Jherings Rechtsverständnis untrennbar miteinander verbunden; adäquate Auslegung muss stets diese beiden Dimensionen des Rechts verwirklichen.¹⁰⁶

Auch im *Zweck* wird diese Auffassung keineswegs im Sinne einer proto-freirechtlichen Entgrenzung der Rechtsprechung fortentwickelt. Im Gegenteil wirken Jherings dortige Ausführungen zur „Rechtspflege“ und zum Problem des Richterrechts¹⁰⁷ sowohl vor dem Hintergrund seines eigenen Werkes als

⁹⁸ Hierzu oben § 2 A. I.

⁹⁹ Zur „natur-historischen“ Methode des Frühwerks und der dortigen Betonung der schöpferischen Funktion der Jurisprudenz insbesondere *Ogorek, Richterkönig*,² 2008, S. 221 ff. Aus den zahlreichen Stellungnahmen Jherings, die dies belegen, vgl. nur *von Jhering, Geist II/2*,¹ 1858, S. 491 („auch die Logik fügt sich dem Interesse“); *ders.*, *Geist III*,¹ 1865, S. 302 f. („Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein.“); *ders.*, *Geist II/2*,¹ 1858, S. 336 f.; vgl. auch die Nachweise zur Verwendung des Zweckbegriffs im Frühwerk oben § 3 A. II. Vgl. ferner *Jenkins, Jhering, Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (184 f.); *Behrends, Durchbruch*, in: Loos (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 229 (256); *Schmidt, Jherings Geist*, in: Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 77 (106 ff.); *Klemann, Jherings Wandlung*, in: Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte*, 1991, S. 130 ff.; *Rückert, Geist II, Rechtsgeschichte* 6 (2005), S. 122 (136 ff.). Zur heutigen Anschlussfähigkeit der im *Geist* entwickelten Überlegungen s. *Mecke, Puchtas und Jherings Beiträge*, *ARSP* 95 (2009), S. 540 (552 m. w. N.).

¹⁰⁰ *Ogorek, Richterkönig*,² 2008, S. 228.

¹⁰¹ *von Jhering, Geist I*,¹ 1852, S. 41 („Die Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin, sich zu verwirklichen.“); ebs. *ders.*, *Geist II/2*,¹ 1858, S. 334.

¹⁰² *von Jhering, Geist III*,¹ 1865, S. 14: „[A]lle seine Begriffe [finden] in einem praktischen Motiv ihre Rechtfertigung“.

¹⁰³ Zum Interessenbegriff vgl. § 3 C. II. 1.

¹⁰⁴ *von Jhering, Geist I*,¹ 1852, S. 40, 41. Auch sind die Bände des *Geistes* voll von juristischen Argumentationen, die auf den Zweck des je untersuchten Rechtsinstituts Bezug nehmen.

¹⁰⁵ *von Jhering, Geist I*,¹ 1852, S. 305.

¹⁰⁶ Ausführlich hierzu *von Jhering, Geist II/2*,¹ 1858, S. 339. S. auch unten § 3 Fn. 129.

¹⁰⁷ *von Jhering, Zweck I*,¹ 1877, S. 377 ff.

auch im Kontext der zeitgenössischen Methodendiskussion fast schon konservativ.¹⁰⁸ Einerseits werden, wie seinerzeit allgemein, ein mechanistisches Richterbild und eine gesetzgeberische Voldeterminierung abgelehnt: „Der Kopf des Richters lässt sich durch das Gesetz nicht ersetzen, höchstens schwächen!“¹⁰⁹ Dementsprechend wäre die „ausschließliche Herrschaft des Gesetzes [...] gleichbedeutend mit dem Verzicht der Gesellschaft auf den freien Gebrauch ihrer Hände“.¹¹⁰ Andererseits betont Jhering die Bindung des Richters, der nicht aufgrund freier Folgenabwägung entscheiden dürfe.¹¹¹ Für den Richter gilt: „das Recht ist nichts als das Recht“; er „soll gewissermaßen nichts sein als das lebendig gewordene, personifizierte Gesetz“.¹¹² Jherings Zweck ist also ebenso weit davon entfernt, die Möglichkeit zur Rechtsfortbildung gänzlich auszuschließen¹¹³, wie für eine begriffsferne (Frei-)Recht-

¹⁰⁸ Eine Zusammenfassung des Diskussionsstandes etwa zur Zeit der Veröffentlichung des Zweck bei Ogorek, *Richterkönig*, ²2008, S. 221 ff.; Henne/Kretschmann, *Mythos*, *Ius Commune* 26 (1999), S. 211 ff. Wesentlich progressiver als Jherings Ansatz sind etwa die Thesen des Proto-Freirechtlers Schloßmann, *Der Vertrag*, 1876, S. 169 ff., wonach der Richter, das „gerechte“ Recht im Gegensatz zum bloßen Gesetzesrecht zur Geltung zu bringen habe. Scharfe Kritik hieran bei von Jhering, Scherz und Ernst, 1964, S. 326: „Solchen wissenschaftlichen Umsturzversuchen gegenüber ist meines Erachtens kein Wort zu scharf“. Zu der wesentlich aufgeschlosseneren Reaktion Windscheids s. Falk, Windscheid, 1989, S. 153 f.

¹⁰⁹ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 386; ebd. auch der beliebte Vergleich: „Man wird an die von Vaucanson construierte Ente erinnert, welche auf mechanischem Wege den Verdauungsprocess besorgte – vorn wird der Fall in die Urtheilsmaschine hineingeschoben, hinten kommt es als Urtheil wieder heraus.“ (hier in der verbesserten Fassung der 3. Aufl., S. 394).

¹¹⁰ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 414. Ähnlich auch ebd., S. 378: „[M]it der Idee der Gerechtigkeit ist die absolute Gleichheit und die dadurch geforderte Gebundenheit des richterlichen Urtheils so wenig unverträglich, dass sie im Gegentheil das höchste Ziel desselben bildet. Der Idee der Zweckmäßigkeit dagegen widerstreitet diese Gebundenheit durch ein für alle Mal festbestimmte detaillirte Normen in dem Masse, dass die gänzliche Ungebundenheit durch irgend welche Norm immerhin noch vorteilhafter wäre als jene Gebundenheit“.

¹¹¹ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 377 f. Zur Bedeutung des Begriffs auch für den späten Jhering vgl. die differenzierte Stellungnahme in: *ders.*, Scherz und Ernst, ⁵1892, S. 9 f. („Die Betonung des hohen Werts der formal technischen Seite des Rechts, der juristischen Technik, verträgt sich vollkommen mit der Erkenntnis, an der es mir nie gefehlt hat, daß das Endziel der Jurisprudenz und damit aller theoretisch-dogmatischer Untersuchung ein praktisches ist.“).

¹¹² von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 378.

¹¹³ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 385: Rechtsfortbildung ist gewährleistet und durch die Notwendigkeit zur Entscheidungsbegründung abgesichert, die den Richter verpflichtet, sein Ergebnis „objectiv zu rechtfertigen, ohne ihn dabei auf den unmittelbaren Inhalt des Gesetzes zu beschränken“. Zur Problematik der Rechtsfortbildung im Zweck ausführlich Rückert, *Geist II*, *Rechtsgeschichte* 6 (2005), S. 122 (137 f.).

sprechung zu optieren¹¹⁴. Auf die daraus resultierenden Schwierigkeiten, wie denn nun ein Ausgleich im Einzelfall herzustellen und etwa der Zweck einer Norm zu bestimmen ist, geht Jhering nicht ein, sondern behauptet sogar: „Nirgends ist der Zweck so sicher zu entdecken wie auf dem Gebiete des Rechts.“¹¹⁵ Dagegen wirkt selbst Windscheids Methodenlehre problem- und praxisorientiert.¹¹⁶

Das innovatorische Potential der Rechtsanwendungstheorie des Spätwerks erschließt sich erst, wenn man sich davon löst, im *Zweck* das Fundament einer freirechtlichen Theorie der Richtermacht zu suchen.¹¹⁷ Jherings Leistung liegt gerade darin, Zweckverwirklichung in und durch Recht nicht allein der richterlichen Tätigkeit anzuvertrauen, sondern in einen Prozess einzubinden, der von der Gewalt zur Norm führt, d. h. vom Machtspruch zum Gesetz des modernen Rechtsstaats, das dann in einem weiteren Schritt von der Rechtspflege aufgenommen wird.¹¹⁸ Der von Jhering überschaut Verwirklichungszusammenhang überschreitet also die im 19. Jahrhundert so verbreitete justizorientierte Perspektive und analysiert Rechtsprechung als einen Teil des Rechtssystems. Wissenschaftlich wird Rechtsprechung so einer funktionalen Analyse zugänglich.¹¹⁹ Institutionell muss sie mit der herausgehobenen Stel-

¹¹⁴ Fehl geht daher die Lesart von *Larenz*, Jhering, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 135 (137 ff.), der Jhering eine Auslegungstheorie unterstellt, die zu einer „Auslieferung des Rechtsgedankens an die jeweils in einer Gesellschaft vorherrschenden Vorstellungen von dem, was ihr oder denjenigen, die im Namen dieser Gesellschaft sprechen, als nützlich erscheint“, führe.

¹¹⁵ von *Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. 433.

¹¹⁶ Vgl. *Falk*, *Windscheid*, 1989, S. 144 ff., der – unter Hinweis u. a. auf die Ausführungen bei *Windscheid*, *Pandektenrecht*, Bd. 1, 1862, § 21 – nicht nur Parallelen zwischen beiden aufzeigt (etwa die auch für *Windscheid* wichtige „Freiheit der Bewegung“ des Richters), sondern auch Jherings Angriffe gegen die Begriffsjurisprudenz bei *von Jhering*, *Besitzwille*, 1889, S. V, entsprechend einordnet.

¹¹⁷ Die Bezüge von Jherings Theorie der Gesetzgebung zu seiner Methodenlehre werden regelmäßig übersehen, vgl. aber *Jenkins*, *Jhering*, *Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (184 f.).

¹¹⁸ von *Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. 426: „Diese drei Momente zusammengefasst [von der Gewalt zur Norm zur Rechtsprechung], stellt sich das Bild, welches wir im Bisherigen vom Recht gewonnen haben, dar als staatlicher Mechanismus zum Zwecke der Verwirklichung der von der Staatsgewalt schlechthin (d. h. auch für sie selber) als verbindlich anerkannten Zwangsnormen“.

¹¹⁹ Danach ermöglichen die organisatorische Selbständigkeit der Gerichte und die überlegene Stellung des Berufsrichters die Wahrung relativer Entscheidungskonstanz bei Offenheit für dynamisch-funktionale Verarbeitung der sozialen Realität. Zum Richterbild: von *Jhering*, *Zweck I*, 1877, S. 404. *Losano*, *Studien*, Bd. 2, 1984, S. 66 ff., berichtet über eine Stellungnahme Jherings zur Reform des Urheberrechts von 1887, in der er *de lege ferenda* zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Gerichten und Verwaltung Stellung nimmt. Seine Empfehlungen dort decken sich mit den im *Zweck* entwickelten Gedanken; Jhering rät zur Übertragung der Aufgabe an eine Behörde, da ein Richter angesichts der Neuheit

lung, die Jhering Gesetzgebung und Verwaltung im Rechtssystem zuschreibt, konkurrieren.¹²⁰ Die wesentliche Innovation des *Zwecks* liegt damit in der terminologischen Einbettung der schon im *Geist* angedachten Überlegungen zur Vermittlung von juristischer Logik und Lebenswirklichkeit in einem System des Rechts, das als Rahmen zur Koordination unterschiedlicher zwecksetzender Akteure verstanden wird. Ähnliches begegnet auch in Jherings Bestimmung der Rolle der Rechtswissenschaft.

II. Die Rolle der Rechtswissenschaft im Spätwerk

Jherings Nachdenken über die Rolle der Rechtswissenschaft fällt in eine Zeit, die durch *Julius von Kirchmanns* Kritik am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz nachhaltig in ihrem Selbstverständnis erschüttert war.¹²¹ Vielleicht ist dies der Grund dafür, dass sich Jherings Auffassungen über die Rechtswissenschaft stärker ändern als die über Rechtsanwendung. Zwei Aspekte sind zu unterscheiden. Relativ konstant betont Jhering in seinem Werk die Möglichkeit, juristische Begriffe unter Berücksichtigung der damit verfolgten Zwecke zu definieren. Dagegen verändert sich sein Verständnis von der Bedeutung der Rechtswissenschaft für das Rechtssystem im Ganzen.

1. Der Zweck in der juristischen Begriffsbildung: Hin zu einer teleologischen Methode?

Wie von der Rechtsprechung verlangt Jhering auch von der Wissenschaft seit seinem Frühwerk die Analyse des „praktischen Motivs“, des „Interesses“ oder eben des „Zwecks“ der je untersuchten Regelungen.¹²² Da alle Rechte

der Regelungsmaterie seine Entscheidungen zu sehr an den ihm wesensfremden Kriterien der Zweckmäßigkeit ausrichten müsse.

¹²⁰ Neben die Differenzierung von Gesetzgeber und Gericht tritt zudem als zweite Differenzierung die oben schon ausführlich analysierte Differenz zwischen Gerichten, die das Recht wahren, und Verwaltungsbehörden, die zweckmäßige Lösungen implementieren (von Jhering, *Zweck* I, ¹1877, S. 388). Zu diesen Begriffen und der ihnen unterliegenden Strategie ausführlich oben § 2 A. II.

¹²¹ von Kirchmann, *Werthlosigkeit*, 1848. Kritische Angriffe auf die Rechtswissenschaft in der Folgezeit auch bei Knapp, *System der Rechtsphilosophie*, 1857, S. 238 ff.; Dühring, *Cursus der Philosophie*, 1875, S. 220 ff. Auch im 20. Jahrhundert ist die Herausforderung durch Kirchmanns Thesen noch präsent, s. nur Larenz, *Unentbehrlichkeit*, 1966, mit umfangreichen Nachweisen zu den Reaktionen auf Kirchmann.

¹²² S. dazu die Nachweise oben § 3 A. II. Eine klare Unterscheidung der Begriffe findet sich nicht (Duxbury, Jhering, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (35 mit Fn. 68)); vielfach scheinen sie austauschbar, wobei tendenziell im Spätwerk der Zweckbegriff in den Vordergrund tritt. Größere Bedeutung hat der Interessenbegriff allerdings bei von Jhering, *Rechtsschutz*, *JheringsJb* 23 (1885), S. 155 (242 ff.); *ders.*, *Besitz*, *JheringsJb* 32 (1893), S. 41 (66 f.). Jhering selbst hielt seinen Interessenbegriff und dessen Abgrenzung zum Zweckbegriff für unzureichend durchdacht und hatte sich die Klärung dieses

„Interessen, Bedürfnissen und Zwecken“ dienen, ist diese Dimension stets in die rechtswissenschaftliche Tätigkeit zu integrieren.¹²³ Denn „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“ und „mit den Interessen wechseln daher auch die Rechte“.¹²⁴

Inwieweit diese Analysen auch in die rechtswissenschaftlich-dogmatische Begriffsbildung integriert werden können oder müssen, scheint dagegen auf den ersten Blick Veränderungen zu unterliegen.¹²⁵ Sehr skeptisch klingen insbesondere die Überlegungen, die Jhering in *Geist II/2* zum „juristischen Körper“, also dem Begriff, und zur „juristischen Construction“, also der Begriffsbildung, im Rahmen der „naturhistorischen Anschauungsweise des älteren Rechts“ anstellt. Dort heißt es:

„Der Begriff also erfährt den Körper in dem, was er ist, allein worin liegt dies ‚Ist‘? Man könnte meinen, in dem Zweckmoment, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existiere, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch-juristische) Verständniß des Instituts höchstwichtig, ja unerläßlich ist; was ich bestreite, ist nur, daß man darnach definieren darf.“¹²⁶

Hieran schließt sich eine Kritik des Zwecks als eines juristischen Grundbegriffs an, die in Jherings Werk eine Ausnahmestellung einnimmt. Danach soll gelten, dass:

„eine Bestimmung derselben [= der Rechtsbegriffe] nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen absolut unausführbar sein würde. Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes, und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln, ohne daß mit dem Institut selbst die geringste Veränderung vor sich geht, sondern es gibt auch eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überall gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht

Verhältnisses zur Aufgabe für den dritten Teil des *Zwecks* gemacht (von Jhering, *Besitzwille*, 1889, S. 25 Fn. 1.).

¹²³ von Jhering, *Geist III*, 1865, S. 316; vgl. auch ebd., §§ 60, 61.

¹²⁴ von Jhering, *Geist III*, 1865, S. 317, 320. Ähnlich *ders.*, *Rechtsgutachten*, *JheringsJb* 18 (1880), S. 1 ff. (96). Jhering betont mehrfach, dass das „Interesse“ nicht auf einen rein ökonomischen Maßstab reduziert werden dürfe, sondern auch psychologische, praktische, ethische und historische Motive beinhalte (vgl. von Jhering, *Geist III*, 1865, S. 317; *ders.*, *Zweck I*, 1877, S. 58; *ders.*, *Rechtsgutachten*, *JheringsJb* 18 (1880), S. 1 (36, 95 f.); *ders.*, *Besitzwille*, 1889, S. 25 Fn. 1). Vgl. auch *Diederichsen*, *Rechtsinstitute*, in: Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 37 (55 f.).

¹²⁵ S. aber bereits von Jhering, *Geist I*, 1852, S. 40 f.: „[i]n der That [ist] die ganze logische Gliederung des Rechts, und sei sie noch so vollendet, nur das Sekundäre, das Produkt der Zwecke [...]. Daß die Begriffe so und so gestaltet sind, hat seinen Grund eben darin, daß sie nur in dieser Gestalt den Bedürfnissen des Lebens genügen, [...]. In den Zwecken und Bedürfnissen dieser bestimmten Zeit liegt der Grund, warum dieses Institut vorhanden ist oder diese bestimmte Gestalt trägt [...]“.

¹²⁶ von Jhering, *Geist II/2*, 1858, S. 391 f.

einem praktischen Bedürfnis (utilitas), sondern nur der juristischen Konsequenz oder Nothwendigkeit (ratio juris) ihren Ursprung verdanken, nur existieren, weil sie nicht nicht-existieren können“.¹²⁷

Diese Textstelle darf jedoch nicht aus ihrem historischen Kontext gerissen werden. Schon bei der Rechtsanwendungstheorie hat sich gezeigt, wie überschießend programmatische Aussagen zur Methode im 19. Jahrhundert formuliert werden.¹²⁸ Selbstverständlich will auch Jhering, dass sich bei der Begriffsbildung „ratio“ und „utilitas“ die Waage halten.¹²⁹ Recht ist nie nur Form, sondern lebt auch vom „sinnlichen Element“.¹³⁰ Teleologische Konstruktion steht daher nicht im Widerspruch zum formalen Anspruch des Rechts.¹³¹ Richtig verstanden ist es bei Jhering eine Frage der Praktikabilität und nicht der rechtstheoretischen Richtigkeit, ob juristische Begriffe auf eher ‚formal-objektive‘ Kriterien abstellen oder vom Rechtsanwender die Würdigung ‚materiell-subjektiver‘ Gesichtspunkte verlangen, d. h. insbesondere nach der konkreten Absicht von Rechtssubjekten fragen lassen.¹³²

Jherings Position lässt sich am Beispiel seiner Kritik der Willenstheorie von Hegel und Savigny näher erläutern. In den Auseinandersetzungen über die Natur subjektiver Rechte und über das Besitzrecht spricht sich Jhering besonders deutlich zugunsten ‚formal-objektiver‘ Positionen aus.¹³³ Jhering

¹²⁷ von Jhering, Geist II/2, ¹1858, S. 392. Die Art, auf die Jhering hier „Zweck“ gebraucht, entspricht dem Begriff des „Motivs“ in *ders.*, Geist III, ¹1865, S. 199 f., ohne dass sich seine Argumentation in der Sache ändert.

¹²⁸ S. dazu oben § 2 A. I. sowie unten § 5 A. I.

¹²⁹ von Jhering, Geist II/2, ²1869, S. 370 Anm. 528a [nummeriert als 529a]: „Auch das meine ich nicht, als ob [...] die ‚utilitas‘ vor der ‚ratio juris‘ verstummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich stets fest, daß die Jurisprudenz an Hand der ratio juris überall so weit vorschreiten soll, bis die utilitas in den Weg tritt und Protest einlegt.“ Diese Koppelung von formalem und substantiellem – teleologischem – Moment ist auch für Jherings Definition des subjektiven Rechts charakteristisch: *Wagner*, Jherings Theorie des subjektiven Rechts, AcP 193 (1993), S. 319 (328 ff.).

¹³⁰ von Jhering, Geist II/2, ¹1858, S. 446 ff.; *ders.*, Geist III, ¹1865, S. 14 (zum „alten Recht“).

¹³¹ Ein willkürlich herausgegriffenes Beispiel für teleologische Argumentation in *Geist* II/2 ist Jherings Erörterung der Formvorschriften: von Jhering, Geist II/2, ¹1858, S. 501 ff.

¹³² von Jhering, Geist II/2, ¹1858, S. 347 f. Zur Einbeziehung von Zwecken in die Begriffsbildung auch schon *ders.*, Geist I, ¹1852, S. 40: „Daß die Begriffe so und so gestaltet sind, hat seinen Grund eben darin, daß sie nur in dieser Gestalt den Bedürfnissen des Lebens genügen, und sehr häufig ist aus dieser Rücksicht die freie logische Entwicklung derselben unterbrochen oder gehemmt. Ohne solche Eingriffe würde oft der logische Kunstwerth des Rechts ein höherer, die praktische Brauchbarkeit desselben aber eine geringere sein“.

¹³³ Zum Besitz zuletzt ausführlich von Jhering, Besitzwille, 1889, passim. Zum subjektiven Recht vgl. *ders.*, Geist III, ¹1865, S. 307 ff. Hierzu *Wagner*, Jherings Theorie des subjektiven Rechts, AcP 193 (1993), S. 319 ff. In der Struktur ähnlich auch die Ausführungen zum Prozessrecht bei von Jhering, Geist III, ¹1865, S. 20, 120, 125.

fürchtet die Beliebigkeit, zu der es seiner Ansicht nach führe, wenn man in idealistischer Manier an den Willen oder das „Motiv“ der Rechtssubjekte Rechtsfolgen knüpfe.¹³⁴ Statt auf den konkreten ‚subjektiven‘ Willen des einzelnen Individuums müsse auf die ‚objektiven‘, d. h. gesellschaftlichen, Auffassungen über die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit einer bestimmten Auslegungsvariante abgestellt werden.¹³⁵ Der Rechtsanwender hat daher nicht den tatsächlichen Willen der am Rechtsgeschäft Beteiligten, der wegen zahlreicher Irritationsmöglichkeiten immer ephemere sein muss, sondern den als Interesse oder Zweck typisierten Willen zu erforschen, der in einer Art funktionaler Betrachtung zu ergründen ist.¹³⁶ Dahinter steht kein grundsätzlich neues rechtstheoretisches oder -methodisches Konzept, sondern ein Perspektivwechsel – von einer rein wissenschaftsimmanent operierenden Dogmatik zu einer Dogmatik, die ihre Verwirklichungsbedingungen in den Institutionen und Verfahren der Rechtsanwendung mit in den Blick nimmt. Hier kann nach Jhering nur das ‚objektivere‘ Interessen- oder Zweckkonzept die „processualistische“ und die „legislativ-politische Probe“ bestehen, weil es allein Rechtssicherheit gewährleistet und zudem besonders praktikabel ist.¹³⁷ Jherings vermeintlich epochale Neuerung einer teleologischen Rechtswissenschaft ist also im Kern ein Plädoyer für bestimmte, typisierte Rechtsbegriffe,

¹³⁴ von Jhering, Geist III, ¹1865, S. 199.

¹³⁵ Die Distanz des Rechts zum konkreten Interesse betont auch von Jhering, Besitz, JheringsJb 32 (1893), S. 41 (68): „Ob das Interesse, das der Gesetzgeber im Rechte als schutzwürdig und schutzbedürftig anerkennt, im einzelnen Fall vorliegt (konkreter Interessenmaßstab), darauf kommt es regelmäßig gar nicht an [...] – die Rechtsfrage *ist im konkreten Fall von der Interessenfrage gänzlich unabhängig*“.

¹³⁶ von Jhering, Geist III, ¹1865, S. 199: „Der Zweck oder Grund, dessentwegen sie [die Eigentumsübertragung] erfolgt, ist nicht bloßes Motiv, etwas in der subjectiven Innerlichkeit Beschlossenes, was jede Parthei für sich behalten kann, sondern es ist ein Element des Geschäfts selbst, über das beide Partheien einverstanden sind, eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen spezifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u. s. w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal“. Als Beispiel für eine derartige funktionale entwicklungsgeschichtliche Analyse s. nur ebd., S. 208 (zum Wechsel).

¹³⁷ von Jhering, Besitzwille, 1889, S. 144 ff., 197 ff. Jhering selbst hält im Übrigen diesen ‚objektiven‘ Ansatz nicht durch. So soll es nach Jhering etwa in der Abgrenzung von Reflexwirkung und Berechtigung primär auf den (intentional verstandenen) Zweck des Handelnden ankommen. Jhering definiert nämlich die Reflexbegünstigung als „*Folge* der rechtserzeugenden Thatsache, nicht *Zweck* derselben, d. h. der Absicht des Handelnden ist diese Wirkung fremd“: von Jhering, Reflexwirkungen, JheringsJb 10 (1871), S. 245 (388). Hier muss der Rechtsanwender also die von Jhering eigentlich abgelehnte Motivforschung betreiben. Daneben tritt – darauf weist Wagner, Jherings Theorie des subjektiven Rechts, AcP 193 (1993), S. 319 (340), zu Recht hin – als „formales“ Erfordernis eine Anerkennung dieses Zwecks durch das Recht, insbesondere in Form einer Klagemöglichkeit, so dass kein wesentlicher Unterschied zur später sog. Kombinationslehre besteht.

die dem Rechtsanwender wenig ‚subjektiven‘ Beurteilungsspielraum lassen. Jherings Formalismus versteht sich nicht als Gegenentwurf zu einer materiellen Betrachtungsweise, sondern ist vielmehr selbst Ausdruck von Praktikabilitätsabwägungen. Eine entsprechende Auffassung wird uns bei *Paul Laband* wieder begegnet.¹³⁸ Damit erscheint Jherings Programm deutlich nachvollziehbarer, wenn auch weniger spektakulär, als es die These suggeriert, Jhering habe das Recht als ein „political action program“ re-interpretiert.¹³⁹

2. Die Rolle der Rechtswissenschaft im Rechtssystem

Sind Jherings Ausführungen zur Begriffsbildung wenig innovativ, gilt dies nicht unbedingt für seine Theorie zur Rolle der Rechtswissenschaft im Rechtssystem. Diese hat im Verlauf seines Werkes erhebliche Veränderungen erfahren. In der „natur-historischen Methode“ des Frühwerks artikuliert sich noch ein rechtswissenschaftlicher Machtanspruch. So erblickt Jhering im „rein receptive[n] Verhalten zu den Quellen [...] die absolut niedrigste Stufe aller wissenschaftlichen Tätigkeit“ und setzte dagegen ein selbstbewusstes, vom positiven Rechtsmaterial freigestelltes Modell rechtswissenschaftlicher Systembildung.¹⁴⁰ Wie die Rechtsprechung verliert jedoch auch die Rechtswissenschaft beim späten Jhering die produktive Rolle, die ihr der frühe zumindest in Grenzen zugeschrieben hatte.¹⁴¹ Die Entwicklung des Rechts wird nunmehr vor allem mittels Gesetzen betrieben und ist nur noch bedingt durch die Rechtswissenschaft angeleitet.¹⁴² Die Rechtswissenschaft wird im Zuge der Aufgabendifferenzierung von der Mitwirkung an der Rechtspraxis entlas-

¹³⁸ Vgl. dazu § 4 A. II. 2.

¹³⁹ So aber *Joerges*, German Perspectives, German L. J. 12 (2011), S. 10 (16).

¹⁴⁰ *von Jhering*, Unsere Aufgabe, *JheringsJb* 1 (1857), S. 1 (7 f., 10 f.); *ders.*, Geist II/2, ¹1858, S. 33 ff., 397 (juristische Konstruktion als „bildende Kunst der Jurisprudenz“; hier wird allerdings auch schon die inhaltliche Bindung des Rechtswissenschaftlers durch das Gesetz betont), 412 f. („Jede Jurisprudenz producirt, selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist und wohl gar sich in der Theorie das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht.“). In diesem Sinne ist auch der bekannte Satz aus *ders.*, Geist I, ¹1852, S. 29, zu verstehen: „Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue.“ Zur „natur-historischen“ Methode, die für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gleichermaßen maßgeblich ist, vgl. auch die Nachweise oben § 3 Fn. 99. Zum Verhältnis der beiden Institutionen s. noch *von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, 1998. Umfassend hierzu auch *Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung, 1983. Vgl. dazu die zutreffende Kritik von *Ogorek*, Richterking, ²2008, S. 224, an *Wilhelm*, Methodenlehre, 1958, S. 114 ff.

¹⁴¹ *Gromitsaris*, Rechtsnormen, 1989, S. 134.

¹⁴² So stellt *von Jhering*, Entwicklungsgeschichte, 1894, S. 23 ff., dem Savigny’schen „brütenden, träumenden Volksgeist“ das moderne Recht als ein Resultat „des zielbewussten Denkens und der menschlichen Thatkraft“ gegenüber. Ähnlich schon *von Jhering*, Savigny, *JheringsJb* 5 (1861), S. 354 (368 f.).

tet. Dadurch kann sie erst einen autonomen, eigentlich wissenschaftlichen Standpunkt gewinnen.¹⁴³ Insbesondere aber kommt der Rechtswissenschaft die Analyse funktionaler – zweckmäßiger – Strukturen zu. Sie denkt Recht unter der Perspektive der sozialen Verwirklichung fort.¹⁴⁴ In anderen Worten obliegt ihr der rechtspolitische Appell an den Gesetzgeber.¹⁴⁵ Durch ihre Beschränkung auf die reflexive Aufbereitung der Wirkungsbedingungen des Rechts, die Mitwirkung an der „Kritik des Rechts durch sich selber“ und das kritische Weiterdenken juristischer Probleme wird die Eigenständigkeit der Sphären von Wissenschaft und Rechtsetzung gewahrt.¹⁴⁶ Doch ist mit der Unterordnung der Rechtswissenschaft unter das Gesetz eine wesentliche Weichenstellung genommen.

III. Rechtsetzung zwischen Zwecksetzung und Zweckverwirklichung: Positivität des Rechts und Rechtskritik

Wenn sich also bei Jhering eine „Bekehrung“ feststellen lässt, betrifft dies seine Bewertung der positiven Rechtsetzung.¹⁴⁷ So feiert der erste Band des *Geistes* in der Tradition Savignys¹⁴⁸ noch die Überwindung einer Definition des Rechts, das als „äußerliches Aggregat willkürlicher Bestimmungen [...] der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt“¹⁴⁹. Dagegen nimmt das Gesetz im Spätwerk Jherings die zentrale Rolle im Rechtssystem ein. Dabei wird der positive Gesetzgeber zunächst als organisierter Akteur ver-

¹⁴³ Zur Autonomie der Rechtsgeschichte als historischer Disziplin vgl. von Jhering, *Entwicklungsgeschichte*, 1894, S. 12, 37; hierzu insbesondere Pleister, *Persönlichkeit*, 1982, S. 341 f.

¹⁴⁴ Hierzu Rückert, *Autonomie*, 1988, S. 82, 85 ff., 93 f., 96 f.; ders., *Geist II*, *Rechtsgeschichte* 6 (2005), S. 122 (137 f.); Mecke, Puchtas und Jherings Beiträge, ARSP 95 (2009), S. 540 (557, 560).

¹⁴⁵ Vgl. etwa nur die Kritik des BGB-Entwurfs zum Besitzschutz bei von Jhering, *Besitzwille*, 1889, S. 470 ff. Zu dieser Funktion auch Luig, *Jherings Evolutionstheorie*, in: Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 161 (165); Gromitsaris, *Rechtsnormen*, 1989, S. 132 ff.; Mecke, *Objektivität bei Puchta und Jhering*, ARSP 94 (2008), S. 147 (167).

¹⁴⁶ Mecke, Puchtas und Jherings Beiträge, ARSP 95 (2009), S. 540 (560 f.), weist auf die wissenschaftspolitischen (nicht etwa demokratietheoretischen) Gründe dieser Auffassung hin und zitiert aus dem im Nachlass befindlichen, unvollendeten Manuskript zu *Geist III/2*, § 62, S. 18 f.: danach müsse sich der Gesetzgeber „stets durch den Satz leiten [...] lassen: dem Kaiser, was des Kaisers, der Schule, was der Schule ist“, er dürfe also seine Rolle nicht „mit der des Systematikers auf dem Thron“ vertauschen.

¹⁴⁷ Hierzu umfassend Gromitsaris, *Rechtsnormen*, 1989, S. 128 ff.

¹⁴⁸ Auch Savigny hielt den Staat zwar für die Quelle des Rechts, sah in der Gesetzgebung jedoch nur eine – mindere – Form der Rechtserkenntnis (dazu und zur wieder anderen Theorie Hugos: Brockmöller, *Entstehung der Rechtstheorie*, 1997, S. 55 ff., 90 ff.). Umfassend zu dieser komplexen Problematik: Landau, *Rechtsquellenlehre*, *Rättshistoriska Studier XIX* (1993), S. 69 ff., sowie ausführlich unter § 5 A. II. (insbes. § 5 Fn. 25).

¹⁴⁹ von Jhering, *Geist I*, 1852, S. 12 f.

standen, dem rechtsförmige Äußerungen als gewillkürte und zweckorientierte Akte zugerechnet werden können. Organisatorisch wird die Gesetzgebung im Staat verortet.¹⁵⁰ Der Staat wird zur einzigen Instanz, die gesellschaftliche Zwecke positivieren kann, seine Aktivität ist alleiniger Geltungsgrund des Rechts.¹⁵¹ Nur die an das Gesetz gebundene staatliche Willensmacht hebt sich für ihn von der „Willkür“ ab.¹⁵² Die „Herrschaft von Recht und Gesetz“ und die „Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze“ sind für Jhering zentrale Gehalte seines „Rechtsstaats“.¹⁵³ Gleichzeitig wird das Recht für den gesetzgebenden Staat disponibel. Staatliche Organe gewinnen ein absolutes Monopol auf die Schaffung von Rechtssätzen. Volksgeistlehren und Vernunftrecht liegen für den späten Jhering in weiter Vergangenheit.¹⁵⁴ Jhering eröffnet dem Staat durch die Möglichkeit der Gesetzgebung weite Gestaltungsmöglichkeiten. Dem Recht kommt so die zentrale Rolle bei der Steuerung des Staates und der Gesellschaft zu.¹⁵⁵ Jherings Aus-

¹⁵⁰ Die von *Behrends* vertretene These, Jhering sei kein Etatist gewesen (*Behrends*, Rechtspositivist, in: ders. (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 131 (132 f.)), ist mit dem Textbefund kaum in Einklang zu bringen. *Behrends*, a.a.O., weist allerdings mit Recht auf einzelne nicht-etatistische Stellen im Spätwerk Jherings hin, die aber den Gesamteindruck nicht relativieren können. Wie hier: *Dreier*, Jherings Rechtslehre, in: *Behrends* (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 111 (125 f.); *Duxbury*, Jhering, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (38 f.); *Hofmann*, Rechtspositivismus, in: *Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller* (Hrsg.), *FS Behrends*, 2009, S. 217 (218 ff.).

¹⁵¹ Vgl. etwa von *Jhering*, *Zweck I*, ¹1877, S. 48 („Die Organisation des Zweckes erreicht ihren höchsten Gipfelpunkt im Staat.“); ebd., S. 81, 304 f. (der Staat als „höchste und universellste Form“ der Gesellschaft; deutlich dann noch in der 4. Aufl., 1904, S. 239, wo der Staat als „endgültige Form der Verwendung der Gewalt für die menschlichen Zwecke, die soziale Organisation der Zwangsgewalt“ erscheint); ebd., S. 318 f. (wonach der Staat „die einzige Quelle des Rechts ist“). Sehr kritisch dazu *Preuss*, *Organpersonalität*, *SchmJb* 26 (1902), S. 557 (568).

¹⁵² von *Jhering*, *Zweck I*, ¹1877, S. 346. Vgl. dort auch S. 350: „Im juristischen Sinn kann die Gesetzgebung daher nie eine Willkür begehen, das würde heissen, dass ihr nicht das Recht zustände, die bestehenden Gesetze zu ändern – ein Widerspruch der gesetzgebenden Gewalt mit sich selber! Aber so wie der Vater wenn auch nicht rechtlich, so doch sittlich verbunden ist, die ihm anvertraute Gewalt der Bestimmung des Verhältnisses gemäss zu gebrauchen, ebenso der Gesetzgeber die ihm zustehende Gewalt im Interesse der Gesellschaft“.

¹⁵³ Vgl. von *Jhering*, *Zweck I*, ¹1877, S. 344 f.

¹⁵⁴ Vgl. § 3 Fn. 142.

¹⁵⁵ Dies entsprach auch den Überzeugungen der kathedersozialistischen Schule (insbesondere denen *Schmollers*), die für eine Verbindung von Ökonomie, Recht und Politik plädierte (dazu *Winkel*, *Grundlagen nationalökonomischen Denkens*, *ARSP Beiheft* 43 (1991), S. 18 (23 ff.)), sowie der Realität der sich ankündigenden Bismarck'schen Sozialreformen der 1880er Jahre. In diesen Kontext ist die These von *Schelsky*, *Das Jhering-Modell*, in: *Die Soziologen und das Recht*, Bd. 3, 1980, S. 147 (155), einzuordnen, wonach Jhering Wegbereiter einer Theorie des sozialen Wandels durch Gesetzgebung gewesen sein soll.

führungen zur ausgleichenden Rolle der Gesetzgebung im Wirtschaftsverkehr bei Gefahren für die Stabilität der Gesellschaft lassen Ansätze zu einer sozialstaatlich-legislativen Überformung des Privatrechts erkennen, die sich in die zeitgenössische Debatte um das Verhältnis von Freiheit und Gemeinschaft in den Entwürfen zum BGB einordnen.¹⁵⁶

Mit seiner Betonung des Gesetzes als Rechtsquelle schließt sich Jhering einer im 19. Jahrhundert immer breiter werdenden, im Privatrecht allerdings erst allmählich konsensfähigen Strömung an.¹⁵⁷ Doch trotz der Bedeutung, die Jhering dem Gesetz zuschreibt, bleibt sein Gesetzesbegriff weitgehend unausgeführt. Vor dem Hintergrund seiner Bestimmung der Gesellschaft als Zwecksobjekt hätte nahegelegen, Gesetzgebung als gesellschaftliche Handlung zu konzipieren. Doch Jhering wäre nicht Jhering, wenn sich seine Theorie der Gesetzgebung von den Ambivalenzen seines Zweckbegriffs lösen könnte. So ist bei ihm auch der zweckverwirklichende Gesetzgebungsstaat in die Logik des Zwecks eingebunden. Rechtsetzung soll nur im Rahmen objektiver Zweckmäßigkeit möglich sein und unterliegt damit der Kontrolle einer sich allmählich durchsetzenden teleologischen Vernunft, in der der Zweck sein eigener Schöpfer ist.¹⁵⁸ Wenn der Gesetzgeber nach Jhering verpflichtet ist, seine Macht im Interesse der Gesellschaft zu verwenden, ist jedoch die im Gesetzgebungsakt zum Ausdruck kommende Dynamik des Rechts wieder in ein statisches Raster gefasst.¹⁵⁹ Diese Spannung bleibt bei Jhering ohne Auflösung.

¹⁵⁶ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 146 f. Vgl. hierzu die Nachweise § 3 Fn. 44, sowie Losano, Studien, Bd. 2, 1984, S. 87; Bobbio, Promotion of Action, in: Hughes (Hrsg.), Law, Reason and Justice, 1969, S. 189 ff. (im modernen Leistungsstaat hätten sich die Bestrebungen Jherings verwirklicht). Umgekehrt verschärft die Möglichkeit staatlicher Regulierung natürlich die Gefährdung der Rechtstellung des Einzelnen eben durch das Recht, vgl. die Beispiele bei Pleister, Persönlichkeit, 1982, S. 312 f. m. w. N.; so auch schon Hurwicz, Jhering, 1911, S. 41, der Jherings Ansatz als „staatssozialistisch“ bezeichnet.

¹⁵⁷ Zur Entwicklung des Gesetzesbegriffs vgl. unten § 5 A. II. und § 7 B.

¹⁵⁸ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 432 f.: „Wie wenig sie [scil. die Rechtswissenschaft] dies beachtet hat, werde ich in der zweiten Abtheilung des Werkes Gelegenheit haben nachzuweisen, das ‚Rechtmässige‘ das sie als das eigentlich Wahre, weil ewig Bleibende, im Recht im Gegensatz zum ‚Zweckmässigen‘ als dem Vergänglichen und Vorübergehenden stellt, wird sich dort als eine Form des letzteren ergeben – das zur festen Gestalt Niedergeschlagene, Verdichtete im Gegensatz zu dem noch Flüssigen. Alles, was auf dem Boden des Rechts sich findet, ist durch den Zweck ins Leben gerufen und um eines Zweckes willen da. Das ganze Recht ist nichts als eine einzige Zweckschöpfung, ein gewaltiger Rechtspolyp mit unzähligen Fangarmen, Rechtssätze genannt, von denen jeder etwas will, bezweckt, erstrebt“.

¹⁵⁹ Vgl. von Jhering, Zweck I, ⁴1904, S. 344: „Alles, was auf dem Boden des Rechts sich findet, ist durch den Zweck ins Leben gerufen und um eines Zweckes willen da, das ganze Recht ist nichts als eine einzige Zweckschöpfung, bei der nur die meisten einzelnen

Dabei ist der Hintergrund von Jherings Argumentation an sich durchaus nachvollziehbar. Jhering will wohl weniger tatsächlich bestehende Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers bestreiten; vielmehr soll die ergänzende ‚objektive‘ Perspektive ein kritisches Potential gegenüber der gesetzgeberischen Entscheidung freisetzen, die in einer Rechtsordnung ohne funktionierende Gewaltenteilung essentiell erscheint. Hier klingt die Juristenrechtskonzeption seiner organischen Frühphase noch nach. Ganz in dieser Tradition bewegt sich der *Zweck*, wenn er davon ausgeht, dass punktuell ein übergeordneter, rechtsexterner Gerechtigkeitsgedanke das (positive) Recht korrigieren kann.¹⁶⁰ Dementsprechend schreibt Jhering dem Recht neben anderem auch die Funktion der „Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit“ zu, die sich in Form einer Billigkeitsjustiz, institutionalisiert in einem „Gerechtigkeitshofs“, über positives Recht hinwegsetzen können soll.¹⁶¹ Wenn die hierin zum Ausdruck kommende „Idee der Gerechtigkeit“ dann wiederum als „Zweck des Rechts“ gefasst wird, geht dem „Zweck“ jedoch letztlich jeder eigenständige begriffliche Gehalt verloren.¹⁶²

Daneben tritt, und das macht die Verwirrung komplett, ein weiterer Modus der Rechtskritik, der auf Praktikabilitätserwägungen Bezug nimmt.¹⁶³ Selbstreferentieller Maßstab, vor dem das Recht bestehen muss und inhaltlich bewertet werden kann, ist nach Jhering nämlich auch seine Eignung zur „Siche-

schöpferischen Akte in eine so ferne Vergangenheit zurückreichen, daß der Menschheit die Erinnerung daran verloren gegangen ist.“ Offener formuliert hier noch *ders.*, *Zweck I*,¹ 1877, S. 433. *Duxbury*, *Jhering*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (41), weist auf die parallele Argumentation bei *Austin*, *Plea for the Constitution*, 1859, hin.

¹⁶⁰ Dieser Gedanke zieht sich von Jherings idealistischer Frühphase bis ins Spätwerk: vgl. etwa die Bedeutung, die Jhering den neuzeitlichen menschenrechtlichen Freiheitsgarantien, insbesondere der Abschaffung von Sklaverei und Leibeigenschaft, zuspricht: *von Jhering*, *Geist I*,¹ 1852, S. 99 ff.; *ders.*, *Zweck I*,² 1884, S. 551 ff.; *ders.*, *Rechtsgefühl*, in: *Ausgewählte Schriften*, 1965, S. 275 (301 f.); dazu auch: *Behrends*, *Durchbruch*, in: *Loos* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 229 (262 f.); weitere Nachweise bei *Diederichsen*, *Rechtsinstitute*, in: *Behrends* (Hrsg.), *Privatrecht heute*, 1993, S. 37 (50 ff.).

¹⁶¹ *von Jhering*, *Zweck I*,¹ 1877, S. 354, 421 ff. (die Durchbrechung des Rechts durch die Gerechtigkeit kann auch zu Lasten des Individuums gehen, da dem perfekten Rechtsstaat die „Lebensfähigkeit“ fehle; so kann etwa vom Grundsatz „nulla poena sine lege“ abgewichen werden: *ebd.*, S. 414). Zur Entwicklung von Jherings „Gerechtigkeitsverständnis“ s. *Mecke*, *Objektivität bei Puchta und Jhering*, *ARSP* 94 (2008), S. 147 (166), der in diesem Punkt den wesentlichen Unterschied des Spät- zum Frühwerk sieht; sowie *ders.*, *Puchtas und Jherings Beiträge*, *ARSP* 95 (2009), S. 540 (545 f.). Vgl. zu Vorbildern Jherings in diesem Punkt *Rückert*, *Geist II*, *Rechtsgeschichte* 6 (2005), S. 122 (137 f.).

¹⁶² *von Jhering*, *Zweck I*,¹ 1877, S. 422.

¹⁶³ Jhering versteht den Zweck damit nicht allein als „Kürzel einer auf Gerechtigkeit hinstrebenden Weltordnung“, so aber *Behrends*, *Rechtsgefühl*, in: *ders.* (Hrsg.), *Jhering, Entstehung des Rechtsgefühls*, 1986, S. 57 (87 f.); ähnlich auch *Fikentscher*, *Methoden*, Bd. 3, 1976, S. 276, nach dem der Titel des Werkes lauten müsste: „Der gerechte Zweck ist der Schöpfer des Rechts“.

nung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“.¹⁶⁴ Im Wege einer funktionalen Analyse wird so das positive Recht an die Wirklichkeit als Adäquanzbedingung zurückgebunden.¹⁶⁵ Jherings Formel für diese „Selbstkritik“ lautet: „Kritik des Rechts durch sich selber“.¹⁶⁶ Das Verhältnis dieser beiden Modi der Rechtskritik zueinander bleibt in einer für die zwischen Faktizität und Normativität changierende Begriffsbildung des Spätwerkes fast schon charakteristischen Weise unklar.¹⁶⁷ Jhering reduziert also das Rechtmäßige nicht auf das im modernen Sinne Zweckmäßige. Vielmehr versucht er, Probleme, die die Dominanz des staatlichen Gesetzgebers für ein an Gerechtigkeit und Praktikabilität gewöhntes Rechtsverständnis mit sich bringen, über den Zweckbegriff zu lösen. An diesem Verzicht auf analytische Klarheit überzeugt allenfalls die rechts- und sozialpolitische Beweglichkeit, die Jhering dadurch, wie beschrieben, für die Wissenschaft gewinnt.¹⁶⁸

D. Jherings Erbe

Jherings Werk löste eine erstaunliche Resonanz aus und wird vielfach als Beginn der modernen Rechtswissenschaft gefeiert.¹⁶⁹ Jhering gilt, zu Recht

¹⁶⁴ von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 434 und passim.

¹⁶⁵ Hierzu ausführlich Behrends, Rechtspositivist, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 131 (139 ff.), der dort aber die andere Form einer rechtsexternen Rechtskritik ignoriert; ähnlich ders., Evolutionstheorie, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 7 (21), der von „intrasystemischer Selbstkorrektur“ spricht; vgl. auch Duxbury, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 (36).

¹⁶⁶ von Jhering, Entwicklungsgeschichte, 1894, S. 26.

¹⁶⁷ Vgl. etwa die unterschiedlichen Versuche, die Humboldt'sche Frage nach den „Gränzen der Staatsgewalt“ einer Lösung zuzuführen, bei von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 434, 523, und bei ders., Zweck I, ⁴1904, S. 430. Offen bleibt etwa, ob der Einzelne konkrete Rechte gegen unzweckmäßiges Recht herleiten kann; wenig deutet jedoch darauf hin, dass Jhering solche Konsequenzen gezogen hätte. Er rekurriert ja in beiden Fällen nicht etwa auf subjektive oder organschaftliche Rechte, die er dem Zweck entgegensetzt. Insbesondere nimmt er keinen Rückgriff mehr auf den Persönlichkeitsbegriff des Frühwerks, obwohl die Herleitung subjektiver Rechte aus dieser Quelle im 19. Jahrhundert keineswegs ungewöhnlich gewesen wäre, vgl. nur Brockmöller, Entstehung der Rechtstheorie, 1997, S. 37 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Hofmann, Rechtspositivismus, in: Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hrsg.), FS Behrends, 2009, S. 217 (221 f.); s. auch Behrends, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (264 f.); Dreier, Jherings Rechtstheorie, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 111 ff. Diese Form der Rechtskritik erfasst entgegen Duxbury, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 (39), auch die Rechtsetzung und ist von der Frage der „Willkür“ des Gesetzgebers zu unterscheiden (vgl. von Jhering, Zweck I, ¹1877, S. 350).

¹⁶⁹ Vgl. etwa schon: Mitteis, „Jhering“, in: ADB, Bd. 50, 1905, S. 652 (664) („einer der größten aller Zeiten“); Zitelmann, Jhering, in: Allgemeinen Zeitung, 1892, S. 1; de Jonge,

oder zu Unrecht, als „Vater der Freirechtslehre, der Rechtstatsachenforschung und Interessenjurisprudenz“.¹⁷⁰ Sicher ist, dass er den rechtswissenschaftlichen Diskurs in einem kritischen Moment stimulierte und den Zweckbegriff besetzte, bevor dieser – teils wegen, teils trotz seiner Thesen – in der Rechtswissenschaft und in den Nachbarwissenschaften Karriere machte. Die Rezeption von Jherings Werk war dabei, wie schon angedeutet, sehr divers.¹⁷¹ Auf Ausschnitte aus diesem Rezeptionsprozess wird in den folgenden Kapiteln zurückzukommen sein. Zur Vorbereitung ist hier in vier Punkten herauszuarbeiten, worauf die Wirkung von Jherings Bestimmung des Zweckbegriffs beruhen konnte. Dadurch kann zugleich noch einmal das Profil seiner Theorie akzentuiert werden.

Vorab ist *erstens* klarzustellen, dass sich Jherings Rechtsdenken nicht mit einer ‚progressiven‘ Rechtspolitik gleichsetzen lässt.¹⁷² Jhering plädiert zwar für umfassende Rechtsgleichheit¹⁷³ und ein sozialstaatlich begrenztes liberalistisches Wirtschaftsmodell. Im Übrigen changieren seine Beiträge jedoch zwischen quietistischem Konservatismus und pragmatischem Optimismus.

Jhering und die Jurisprudenz, Allgemeine Konservative Monatsschrift 1 (1893), S. 63 (S. 67) („Jhering ist der Kant der Jurisprudenz“); Hurwicz, Jhering, 1911, S. 2. Vgl. auch oben § 3 Fn. 2.

¹⁷⁰ Zweigert, Jherings Bedeutung, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 240 (242, 246).

¹⁷¹ Hierzu näher § 5 B. Den vielfältigen Einflüssen der Theorie Jhering kann hier nicht weiter nachgegangen werden. Vgl. nur schlaglichtartig: Nussbaum, Rechtstatsachenforschung, 1914, S. 8 (für die Rechtssoziologie); Langemeijer, Wertlehren, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 127 ff. (für die neukantianische Rechtstheorie); Zweigert, Jherings Bedeutung, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 240 ff. (für die Rechtsvergleichung); Losano, Studien, Bd. 2, 1984, S. 157 ff. (für die marxistische Rechtstheorie).

¹⁷² Zur ausufernden Diskussion um Jherings rechtspolitische Verortung – unter Hinweis auf entsprechende Selbstezeugnisse Jherings – s. nur Fikentscher, Methoden, Bd. 3, 1976, S. 157 ff.; Pleister, Persönlichkeit, 1982, S. 241 ff., 304 ff.; Luig, Jherings Evolutionstheorie, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 161 (172 ff.); Duxbury, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 (37 ff.), je m. w. N. Die Einschätzungen reichen vom „ehrlichen Konservatismus ohne Schuldkomplex“ (Losano, Studien, Bd. 2, 1984, S. 156) über die Zuordnung zu klassisch liberalistischen Positionen (Wieacker, Jhering, ZRG RA 86 (1969), S. 1 (9); Helfer, Jherings Gesellschaftsanalyse, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 79 (84)), zum sozialistischen Monarchismus oder zur Sozialdemokratie (Diederichsen, Rechtsinstitute, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 37 ff.; Schelsky, Das Jhering-Modell, in: Die Soziologen und das Recht, Bd. 3, 1980, S. 147 (166), will Jhering für „das politische Handlungsprogramm des sozial-aktivistischen Liberalismus“ in Anspruch nehmen) bis zur Interpretation als sittlichkeitsorientierter Naturrechtstheoretiker (Luig, Jherings Evolutionstheorie, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 161 (183)).

¹⁷³ Vgl. dazu noch Behrends, Evolutionstheorie, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 7 (21 ff.).

Bei nüchterner Betrachtung sind auch seine oft als progressiv beschriebenen Forderungen zur Einschränkung ökonomischer Freiheit und zur Rolle des Staates in der Wirtschaft weder neu noch besonders radikal.¹⁷⁴ So entwickeln etwa *Otto von Gierke* und *Anton Menger*, angeregt durch die ab circa 1870 im Umlauf befindlichen kathedersozialistischen Theorien, Ideen, die bald weit über Jherings Vorschläge hinausgehen.¹⁷⁵ Wenn seiner Theorie später (sozial-)reformerisches Potential zugeschrieben wurde, war dies von Jhering zumindest nicht intendiert. Rechtspolitisch wie rechtswissenschaftlich zeichnet sich Jhering vielmehr in geradezu klassischer Weise dadurch aus, progressive Konzepte auf konservativer Grundlage zu vermitteln.¹⁷⁶ Der *Zweck* ist also ebenso wenig eine sozialpolitische Programmschrift wie sich die Berücksichtigung von Zwecken im Recht pauschal mit progressivem Rechtsdenken gleichsetzen ließe.

Allerdings führt *zweitens* die im *Zweck* anzutreffende Beschreibung des Rechts als Resultat zweckorientierter Handlungen insofern zu einer Dynamisierung, Vitalisierung und verstärkten Wirklichkeitsorientierung des Rechts, als sie den Blick auf den Prozess und die Akteure der Rechtsetzung lenkt. Ein Recht, das seinen Interpreten nicht als gewordene, sondern als gemachte Ordnung entgegentritt, nötigt zur Reflexion über dessen Herstellung im politischen System und öffnet damit die rechtliche Analyse einer gestalterischen Perspektive. Rechtsinhalte und dogmatische Figuren sind akteurs- und zeitgebunden. Jherings Theorie demonstriert die Komplexität und Interdependenz eines *Rechtssystems als System der Koordination von Zwecken*. Indem Jhering seine Theorie auf den Zweckbegriff ausrichtet, gibt er der Rechtswissenschaft ein neues Zentrum.¹⁷⁷ Im Gegensatz zu überkommenen Begriffen wie ‚Natur‘, ‚System‘ oder ‚Geist‘, die diese einheitsstiftende Funktion zuvor wahrgenommen haben, bildet Zweckorientierung das rechtstheoretische Korrelat zu einer nun am Primat des Gesetzgebers orientierten Rechtswissenschaft, wie sie sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Abgrenzung zur Historischen Rechtsschule herausbildete. Allerdings vertraut Jhering die Ausgestaltung des von ihm beschriebenen dynamischen Systems einem institutionell unterbestimmten Zweckbegriff an. Der Zweckbegriff muss auffangen, dass Jhering kein adäquates Konzept subjektiver Rechte, richterlicher Rechtsfortbildung oder parlamentarischer Gestaltung entwickelt. Im Primat

¹⁷⁴ Zur Bedeutung der Diskussion um die „soziale Frage“ für die Rechtswissenschaft um die Jahrhundertwende s. etwa *Falk*, Windscheid, 1989, S. 5; *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001.

¹⁷⁵ Vgl. *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2001, S. 107 ff., 130 ff. Vgl. etwa auch *Diederichsen*, Rechtsinstitute, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute, 1993, S. 37 (64 f.), zu Jherings „konservativer“, gegenüber der Rechtswirklichkeit ignoranten Position in der Frage des Verschuldensprinzips, einem „der drängendsten politischen Probleme der Zeit“.

¹⁷⁶ Vgl. *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 155 ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Brockmüller*, Entstehung der Rechtstheorie, 1997, S. 192 f. mit Fn. 43.

der Gesetzgebung als Produkt der im Staat organisierten Willensäußerung ist eine normative und auch funktionale Vorrangregel allenfalls in Umrissen erkennbar. Auch das Konzept der „Kritik des Rechts durch das Recht“ bleibt unscharf.¹⁷⁸

Noch problematischer ist allerdings *drittens*, dass Jhering sich den Konsequenzen seiner Theorie nicht wirklich stellen will. Jhering changiert ständig zwischen der handlungsorientierten Perspektive und davon abgelösten, objektivistischen Erwägungen, ohne diese Spannung in seinem Zweckbegriff aufzufangen zu können. Jherings ‚Zweck‘ lässt sich immer auch als Erstickung jeder Dynamik interpretieren, wenn Zwecksetzungsakte zu ephemeren Momenten der Sedimentierung eines funktionalistisch verstandenen Rechtssystems herabsinken. Der zweckorientierte Rechtsetzungsakt droht dann in der Kategorie des objektiven Zwecks zu verschwinden. Jhering verlässt seine handlungstheoretische Perspektive, teils um weiter Gerechtigkeitsansprüche erheben zu können, teils aus einer Faszination für die funktionalen Strukturen der Gesellschaft, ohne aber insoweit ein befriedigendes Gesamtkonzept anbieten zu können.

Viertens bildet der Zweckbegriff schlicht die begriffliche Klammer für eine Vielzahl gegenläufiger gesellschaftstheoretischer Entwürfe. Oberflächlich scheint der Zweckbegriff auf dem weiten Feld der zeitgenössischen philosophischen Strömungen tatsächlich multipel anschlussfähig und damit als idealer Vermittlungsbegriff. Doch führt die begriffliche Gemeinsamkeit nicht zu einer inhaltlichen Vermittlung. Bei Jhering zeigt sich, wie die abstrakte Natur des Zweckbegriffs strategisch dazu verwendet werden kann, tiefe innere Widersprüche zu verdecken¹⁷⁹ Die Zweckformel fungiert bei Jhering als ambivalenter Stellvertreterbegriff. Gerade in dieser Funktion ist Jherings *Zweck* paradigmatisch für seine Zeit. Gerade in dieser Form begegnet der Zweckbegriff aber auch noch heute.

¹⁷⁸ Es trifft wohl zu, dass sich sein Rechtsdenken zu sehr im Raum und in den Formen des Privatrechts bewegte, so dass ihm das staatsrechtliche Potential seiner Thesen weitgehend verborgen blieb, vgl. *Wolf*, Große Rechtsdenker, ⁴1963, S. 650.

¹⁷⁹ Vgl. *Seagle*, Jhering, University of Chicago L. Rev. 13 (1945), S. 71 (86).

§ 4 Der Zweck als Handlungsbegriff. Jellineks neue methodische Grundlegung

„[...] an Stelle der auf Natur-, Geistes- oder Weltgesetze begründeten objektiven Teleologie und Kontemplation des Gesamtverlaufes der Menschheit tritt die vom Subjekt her zu schaffende gegenwärtige Kultursynthese [...]“¹

Georg Jellinek hat seine intellektuelle Schuld gegenüber *Jhering* als dem „führenden Meister vertiefter Erforschung der Rechtsidee“ offen bekannt.² Jellineks intensive inhaltliche Auseinandersetzung mit Jherings rechtstheoretischem Werk hält allerdings stets kritische Distanz.³ Insbesondere die anfechtbare Originalität von Jherings *Zweck* vermochte Jellinek nicht zu überzeugen. Nur vier Jahre nach Erscheinen von dessen zweitem Band hielt Jelli-

¹ *Troeltsch*, *Der Historismus und seine Probleme*, 1922, S. VII f.

² Vgl. die Widmung in *Jellinek*, *System*, ¹1892, S. III, V. Persönliche Verbindungen zum Haushalt Jherings bestanden etwa über die Freundschaft zu Victor Ehrenberg, den Schwiegersohn Jherings (dazu zahlreiche Nachweise bei *Keller*, *Briefwechsel Ehrenberg*, 2005). Ausführlich zur Person Jellineks zuletzt *Kempton*, *Die Jellineks*, 1998; *ders.*, *Judentum, Liberalismus, Nationalismus*, in: *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 53 ff.; *Keller*, *Biographische Ansichten*, in: ebd., S. 87 ff. Zum Werk Jellineks aus jüngerer Zeit vgl. *Kersten*, *Jellinek*, 2000; *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 12 ff.; sowie die Beiträge in *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000; *Anter* (Hrsg.), *Staatsverständnis*, 2004, und – anlässlich des 150. Todesjahres 2011 – *Brugger*, *Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist*, *Der Staat* 49 (2010), S. 405 ff.; *ders.*, *Jellineks Statuslehre*, *AöR* 136 (2011), S. 1 ff.

³ Vgl. etwa die schon in der Habilitationsschrift geübte Kritik an Jherings Definition des Rechts im *Zweck* (*Jellinek*, *Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, S. 50 f. mit Fn. 7), die Kritik an Jherings Rechtsgeltungslehre aus dem *Zweck* (*Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 370 mit Fn. 1) sowie die Kritik an einer „reinen“ Interessentheorie des Rechts (*Jellinek*, *System*, ¹1892, S. 42, mit Verweis auf *Bernatzik*, *Kritische Studien*, *AöR* 5 (1890), S. 169 (232 ff.), der „die Einseitigkeit des reinen Willens- und des reinen Interessendogmas für die Erfassung des subjektiven Rechtes“ nachgewiesen habe). Jherings Gesellschaftsbegriff aus dem *Zweck* (vgl. den Verweis in *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 84 mit Fn. 2) und vor allem Jherings kritische Leistungen, insbesondere seine Kritik des Willensdogmas (vgl. *Jellinek*, *System*, ¹1892, S. 42 f.), finden dagegen zustimmende Erwähnung. Zum Verhältnis beider Denker auch *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 255.

nek fest: „Der Zweck ist gewiss der ‚Schöpfer des Rechts‘. Aber es ist ein methodisch logischer Fehler, den Schöpfer mit dem Geschöpf zu confundieren.“⁴ Jellinek zieht aus diesem „Fehler“ Jherings jedoch nicht die Konsequenz, den Zweck als Kategorie rechtswissenschaftlichen Denkens zu verabschieden. Im Gegenteil nimmt der Zweckbegriff, wenn auch in einer ganz anderen Form, auch in Jellineks Werk eine Schlüsselstellung ein.⁵

Die Veränderungen im Verständnis des Zweckbegriffs zwischen Jhering und Jellinek spiegeln dabei die rapiden Entwicklungen der Geistes- und Sozialwissenschaften im ausgehenden 19. Jahrhundert.⁶ Der philosophisch beschlagene Jellinek⁷ verstand sich als Mitstreiter einer Bewegung, die ab etwa 1880 gegen einen als plump empfundenen Naturalismus und gegen eine sich obskur gerierende Metaphysik antrat und ein neues Methodenparadigma der Geistes- bzw. Kulturwissenschaften zu entwerfen suchte.⁸ In Heidelberg,

⁴ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 192 mit Fn. 4.

⁵ Zu dieser Schlüsselstellung schon Preuss, Organpersönlichkeit, SchmJb 26 (1902), S. 557 (565). Später etwa auch Roellecke, Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 170 (Zweck bei Jellinek als „erkenntnistheoretischer Zentralbegriff“); Albert, Der Staat als „Handlungssubjekt“, 1988, S. 126 („Der Zweckbegriff bildet die zentrale Kategorie in Jellineks Staatstheoriekonzept.“); Anter, Jellineks wissenschaftliche Politik, PVS 39 (1998), S. 503 (509 ff.); Kersten, Jellinek, 2000, S. 309 ff.

⁶ Zu den methodischen Erschütterungen dieser Zeit vgl. Troeltsch, Rezension Ritschl, in: Graf (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. 4, 2004, S. 213 (214): „So stehen heute der alte theologische Supranaturalismus mit seiner singulären Construction religiöser und ethischer Normen, die Reste der Hegel’schen idealistisch-teleologischen Entwicklungslehre, die positivistische Sociologie und die fachmäßige, mit ausgebildeten Methoden arbeitende und aphoristische Gesamtbetrachtungen einstreuende Spezial-Historie als die um das Interesse werbenden Hauptideen dar“. Allmählich bilde sich zwar ein neues Methodenbewusstsein aus – doch, so Troeltsch, a. a. O., S. 216: „Es ist hier eben noch alles im Fluß.“ Ähnlich auch die Wertung bei Jellinek, Posthumes Notizbuch, in: ders., Ausgewählte Schriften, 1911, S. 164 (167): die Theorieentwicklung im 19. Jahrhundert gleiche einem „Bengel, der in die Flegeljahre gekommen ist“. Vgl. dazu auch Duve, Normativität und Empirie, 1998, S. 21 ff.; Koriath, Erschütterungen, AöR 117 (1992), S. 212 ff.; Stolleis, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 348 ff.; Pauly, Methodenwandel, 1993, S. 219 ff., 228 ff.

⁷ Vgl. insbesondere die philosophische Dissertation über ein zeitgenössisches Modethema (Jellinek, Weltanschauungen (1872), in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 1, 1911, S. 3 ff.) sowie spätere Gelegenheitsreden und -schriften (etwa Jellinek, An der Bahre Kuno Fischers (1907), in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 1, 1911, S. 362 ff.). Hierzu ausführlich Jouanjan, Philosophische Verwicklungen, ZRG GA 125 (2008), S. 367 ff., mit dem Hinweis, dass dagegen die Ausbildung Gerbers und Labands – wie die Jherings – in die Zeit der „Unphilosophie“ und der naiven Übertragung naturwissenschaftlicher Begriffe auf die Geisteswissenschaften gefallen war; sowie ders., Une histoire de la pensée juridique, 2005, S. 283–337. Zum philosophiehistorischen Hintergrund s. oben § 3 Fn. 91.

⁸ Zu Jellineks ausgeprägtem Methodenbewusstsein s. Jellinek, System, ²1905, S. 13, 19 f. mit Fn. 2; ders., Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 25 (Betonung des Desiderats einer „Logik der Sozialwissenschaften“). Nach Albert, Der Staat als „Handlungssubjekt“, 1988, S. 45, beschäftigen sich 150 der 800 Seiten der *Allgemeinen Staatslehre* mit Problemen der

einem der Zentren der Reform⁹, arbeitete Jellinek mit Autoren wie *Max Weber* und *Ernst Troeltsch* an der Begründung einer sozialwissenschaftlichen Methodologie für das 20. Jahrhundert.¹⁰ Daneben war Jellinek aber auch tief in der staatsrechtlich-publizistischen Tradition verwurzelt, der seine Themen und Fragestellungen entstammten. Welcher Anteil nun bei Jellinek überwog, der progressive oder der konservative, war schon unter seinen Zeitgenossen umstritten.¹¹ Jedenfalls stellt Jellineks Werk eine sehr eigene Melange von Tradition und Aufbruch dar.¹² Diese Ambivalenz macht eine Analyse ebenso reizvoll wie schwierig.

Jellineks Verwendung des Zweckbegriffs überspannt nun diese beiden Dimensionen seines Denkens. Seine Beschäftigung damit, was sich hinter der Frage nach dem Zweck verbirgt, reicht zurück bis zu seiner philosophischen Dissertation über den Unterschied der Weltanschauungen *Gottfried Wilhelm*

Systematik und Methodik. Zu Jellineks Verortung als Mistreiter der Reformbewegung vgl. auch die Würdigung durch seinen Freund *Windelband*, Zum Geleit, in: Jellinek, *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, 1911, S. I (VIII): Jellinek stand „von Anfang an im Gegensatz zu der materialistischen und positivistischen Zeitströmung, und er begrüßte es mit lebhafter Freude, als im letzten Jahrzehnt seines Lebens immer deutlicher der rapide Niedergang des naturalistischen Denkens und das Aufsteigen eines neuen, wenn auch seiner selbst noch nicht sicheren Idealismus zutage trat“.

⁹ Zur intellektuellen Atmosphäre Heidelbergs um 1900: *Windelband*, Zum Geleit, in: Jellinek, *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, 1911, S. I (V ff.).

¹⁰ Jellinek nahm in jeder Hinsicht eine vermittelnde Haltung innerhalb der Reformbewegung ein, vgl. u. a. die Hinweise in *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 25 ff. Jellineks Verhältnis zu den einzelnen Autoren der Reformbewegung ist komplex. Eine detaillierte Aufarbeitung kann hier nicht geleistet werden, vgl. aber zum Verhältnis von Jellinek und Max Weber *Ghosh*, *Weber and Jellinek*, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 ff.; *Anter*, *Weber und Jellinek*, in: *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 67 ff.

¹¹ Persönlich ist Jellinek sowohl mit *Laband*, der u. a. die Habilitationsschrift seines Sohnes betreute, als auch mit *Max Weber* verbunden. Inhaltlich stark dem Erbe Labands verpflichtet sehen Jellinek u. a. *Schönberger*, *Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, S. 213 (vgl. auch den ebd., S. 219, zitierten Brief von Laband an Jellinek vom 21. 10. 1894, der hervorhebt, sie stünden – bei Abweichungen im Einzelnen – „in allen Hauptfragen auf dem gleichen wissenschaftlichen Standpunkt“); *Ghosh*, *Weber and Jellinek*, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 ff. Umgekehrt betonen Jellineks methodische Innovationsleistung stärker *Schönberger*, *Ein Liberaler*, in: *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 3 (19), sowie *Jouanjan*, *Philosophische Verwicklungen*, *ZRG GA* 125 (2008), S. 367 (390 ff.). Für letztere Richtung spricht Jellineks Kritik an der Methode Labands: *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 16 f. Dazu näher unten § 4 Fn. 144.

¹² Ausführlich zu Jellineks integrierendem Wissenschaftsverständnis: *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 93 ff., 145 ff.; *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: *Paulson/Schulte* (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 ff.; *Anter*, *Modernität und Ambivalenz*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsverständnis*, 2004, S. 37 ff.; sowie näher unten § 4 B. II. Zum damit kongruenten „harmonischen“ Charakter Jellineks siehe *Camilla Jellinek*, *Lebensbild*, in: *Jellinek*, *Ausgewählte Schriften* (ND), 1970, S. 5* (40*); *Windelband*, Zum Geleit, in: ebd., S. I (IX).

Leibniz' und *Arthur Schopenhauers* und in sein strafrechtliches Frühwerk.¹³ In der Staatszwecklehre der *Allgemeinen Staatslehre* erfährt der Begriff seine ausführlichste Darstellung.¹⁴

Jellineks eigentlich innovative Weichenstellung in diesem Zusammenhang besteht darin, Recht ganz konsequent als Produkt von willensgetragenen und zweckgerichteten Handlungen zu konstruieren. Anders als Jhering will sich Jellinek damit von allen Reminiszenzen eines ‚objektiven‘ (neo-)aristotelischen Zweckverständnisses lösen. Jellinek macht sich so zu eigen, was Troeltsch wenig später als Maßstab für ein methodenangemessenes Verständnis von Welt und Geschichte ausgeben wird, nämlich dass „an Stelle der auf Natur-, Geistes- oder Weltgesetze begründeten objektiven Teleologie [...] die vom Subjekt her zu schaffende gegenwärtige Kultursynthese“ zu treten habe.¹⁵ Ausgehend von dieser theoretischen Bestimmung durchdenkt Jellinek die zentralen Probleme der Rechtswissenschaft seiner Zeit. Hierbei kommt es allerdings zu Friktionen. Gerade die begriffliche Nähe seines handlungstheoretisch fundierten Verständnisses des Zweckbegriffs zu den traditionellen Verwendungsformen des Begriffs in den Recht- und Polizeiwissenschaften ist anfällig für Unschärfen, die Jellineks methodische Einsichten latent gefährden.

In diesem Kapitel sind Jellineks Überlegungen als wiederum paradigmatische Ausprägung eines neuen Zugangs zum Zweckbegriff – in den drei oben beschriebenen Dimensionen – zu würdigen, der in vielem auch heute noch aktuell ist. Die Originalität seines Ansatzes, aber auch die der Tradition verhafteten Elemente erschließen sich jedoch erst aus dem Kontext. Daher sind in einem ersten Schritt diejenigen Überlegungen zum ‚Zweck‘ im öffentlichen Recht näher zu betrachten, mit denen sich Jellinek im Schrifttum seiner Zeit konfrontiert sah (A.). Anschließend ist die methodische Innovation Jellineks, Recht und allgemein soziale Ordnung von der Grundkategorie der Handlung her zu denken, einerseits gegen das von *Hans Kelsen* konstruierte

¹³ Vgl. etwa *Jellinek*, *Weltanschauungen* (1872), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, 1911, S. 3 (6 und passim). Hier weist Jellinek aber noch den zweckskeptischen Entwicklungsbegriff Schopenhauers zurück und verteidigt Leibniz' Teleologie gegen die Herausforderungen des modernen Pessimismus.

¹⁴ Die *Allgemeinen Staatslehre* wird im Folgenden, wenn nicht anders angegeben, nach der dritten Auflage von 1914 zitiert, auch wenn einzelne Zusätze nicht mehr vom 1911 verstorbenen Georg Jellinek, sondern von seinem Sohn Walter Jellinek verfasst wurden (vgl. *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 797; dazu *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 45). Im Übrigen ist Jellineks Gedankenführung bereits im Wesentlichen mit der ersten Auflage seines *Systems der öffentlichen Rechte* von 1892 abgeschlossen. Späteres Material nimmt Jellinek regelmäßig nur noch zur Ergänzung und Stützung seines Gedankengebäudes auf, an dem er aber keine grundsätzlichen, durch Kritik veranlassten Korrekturen mehr vornimmt.

¹⁵ *Troeltsch*, *Der Historismus und seine Probleme*, 1922, S. VII f.

und in der Sekundärliteratur gepflegte Bild Jellineks als eines ‚halben Neukantianers‘ zu verteidigen und andererseits allgemein in seinen Auswirkungen auf das Verständnis des Zweckbegriffs im Recht zu würdigen (B.). Die Entscheidung für ein am Leitbegriff der Handlung orientiertes Rechtsverständnis lenkt für Jellinek – und damit auch für seine heutigen Interpreten – den Blick auf das die Handlung tragende (Zweck-)Subjekt. Das Problem, wie kollektive Entitäten als handlungsfähige Subjekte zu denken sind, das schon Jhering vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt hatte, kann nun aber auch Jellinek nicht überzeugend lösen (C.). Auch in den Ausführungen zur normativen Qualität von Zwecken bleibt Jellinek hinter seinen eigenen methodischen Prämissen zurück (D.). Trotz dieser Kritik beeindruckt Jellineks Werk in der Anlage – weniger in der Durchführung – als umfassender handlungstheoretischer Entwurf des Rechtssystems (E.).

A. Kontexte: Die „juristische Methode“ und die Frage nach den „Zwecken“

Wenn Jellinek sich dazu äußert, welchen Stellenwert der Verweis auf Zwecke in juristischen Auseinandersetzungen oder für die juristische Begriffsbildung haben kann, positioniert er sich in einer seinerzeit sehr brisanten Frage. Die Frage nach dem Zweck im *öffentlichen* Recht war zum einen durch die seit Ende des 18. Jahrhunderts intensiv geführte Diskussion um die Eigenständigkeit einer Wissenschaft vom Staatsrecht vorstrukturiert, die sich dazu eben der Abgrenzungsformeln von Recht- und Zweckmäßigkeit bzw. Rechts- und Polizeiwissenschaften bediente.¹⁶ Diese oben näher beschriebene Diskussion radikalisierte sich aus ganz unterschiedlichen Gründen ab etwa 1866 mit der

¹⁶ Der im 19. Jahrhundert bald allgemein akzeptierte Dualismus von Recht und Politik (s. dazu oben § 2 A. II. und III.) wollte zunächst keineswegs jede Verbindung zwischen Rechtswissenschaft und Verwaltungslehre kappen. Letzterer wurde vielmehr noch lange Zeit eine (wenn auch begrenzte) Berechtigung im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Argumentation eingeräumt. S. die Nachweise zu entsprechenden Ansätzen von *Georg Meyer*, *Hermann Schulze* und *Gerhard Anschütz* bei *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 351 ff., sowie ebd., S. 398 ff., spezifisch zum Verwaltungsrecht bei *Otto von Sarwey*, *Edgar Loening*, *Karl Freiherr von Stengel* und erneut *Georg Meyer*. Alle diese Autoren bejahen zwar die Trennung von staatswissenschaftlicher und juristischer Methode, weisen aber immer auch auf Verbindungen zwischen Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht hin. Beispielhaft etwa *Stengel*, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1886, S. 21: Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht werden „stets bis zu einem gewissen Grade vereinigt sein und sich durchdringen, und es kommt schließlich dann darauf an, ob man den Schwerpunkt mehr auf die rechtliche Seite legt, oder die wirtschaftlichen, sozialen, technischen, polizeilichen und sonstigen Gesichtspunkte hervorhebt, auf welchen die einzelnen Rechtsätze beruhen“.

Ausbildung des sogenannten staatsrechtlichen Positivismus; der Streit um die ‚juristische Methode‘ entfaltete dabei eine starke Eigendynamik.¹⁷ Fragen der Schwerpunktsetzung und der darstellerischen Form wurden zum wissenschaftstheoretischen Glaubensbekenntnis stilisiert. Gegen den ‚Methodensynkretismus‘ sollte das Proprium der Rechtswissenschaft in einer sich zunehmend diversifizierenden sozialwissenschaftlichen Forschungslandschaft gesichert werden.

Während der methodische Aufbruch nun gerade die Überwindung des alten, teleologischen Denkens suchte, führte der Erfolg von Jherings *Zweck* dazu, dass die Forderungen nach der Einbeziehung ‚des Zwecks‘ ins Recht gleichzeitig von ganz anderer Seite Nahrung erhielt. Angesichts dessen kam es in Jellineks Lehrer- und Schülergeneration zu einer stark polemischen Aufladung der Diskussionen um den Zweckbegriff. Hierzu musste sich auch Jellineks Bestimmung dieses Begriffs verhalten. Um Jellineks Argumentation nachvollziehen zu können, ist daher zunächst der zeitgenössische staatsrechtliche Diskussionsstand zu rekonstruieren.

Als Grundlage dienen zunächst die Schriften der drei Autoren, die – zu Recht oder zu Unrecht – als Hauptvertreter des hier angesprochenen ‚staatsrechtlichen Positivismus‘ gelten: *Carl Friedrich von Gerber*, *Paul Laband* und *Otto Mayer* (I. bis III.). Dabei gilt es im Blick zu behalten, dass die Wissenschaft vom öffentlichen Recht auch in der vermeintlichen Herrschaftsphase des rechtswissenschaftlichen oder Gesetzespositivismus zwischen 1866 und etwa 1900 keineswegs durch einseitige Methodendominanz, sondern vielmehr durch ein intensives Ringen um die richtige Methode gekennzeichnet war.¹⁸ Die Perspektive ist daher nochmals durch einen Blick auf einen eher dem ‚teleologischen‘ Denken zuneigenden Staatsrechtler, *Felix Stoerk*,

¹⁷ Der Prozess der Stabilisierung der juristischen Methode stellte keinen homogenen, klar abgrenzbaren Vorgang dar. Eine hilfreiche kurze Periodisierung der Diskussionsphase bei *Schönberger*, *Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, S. 194. Ebd., S. 42 ff., sowie bei *Friedrich*, *Geschichte*, 1997, S. 216 ff., für eine Kritik der Gründungsmythen des Positivismus. Zu den politischen und institutionellen Rahmenbedingungen des Positivismus vgl. nur den Überblick in *Schönberger*, *Ein Liberaler*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 3 (10 ff. m. w. N.). Zu 1866 als wissenschaftlichem Epochenjahr *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 323. Zu Vorformen des Positivismus vgl. *Kremer*, *Willensmacht des Staates*, 2008, S. 283 ff. Der Prozess erfasst das Staats- und das Verwaltungsrecht gleichermaßen und nur mit einer kurzen zeitlichen Verschiebung: *Stolleis*, a. a. O., S. 381 ff. Zur Einbettung dieser Methodenströmungen in den weiteren geisteswissenschaftlichen Kontext vgl. die Nachweise oben § 4 Fn. 6.

¹⁸ Zum Übergang der „Positivismen“ siehe *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 343; *Friedrich*, *Laband*, *AöR* 111 (1986), S. 197 (205 f.). Zur Frage, ob darin ein ‚echter‘ Methodenstreit lag, vgl. § 4 A. IV.

zu weiten (IV.).¹⁹ Wie sich zeigen wird, sind die Unterschiede zwischen diesen Diskussionspolen keineswegs derart gravierend, wie es schon damals, aber auch heute noch oft unterstellt wurde und wird (V.). Diese Analysen bilden dann die Grundlage, um die Kontinuität und Innovation Jellineks im Umgang mit dem Zweckbegriff einordnen zu können.²⁰

Im Folgenden soll der Legion von Erklärungs- und Deutungsversuchen, die die Neuerfindung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht als dogmatische Wissenschaft erfahren hat, kein weiterer hinzugefügt werden.²¹ Vielmehr ist lediglich die klassische Gleichsetzung der rechtspolitischen und methodischen Eigenheiten des Positivismus mit einer zweckskeptischen Position zu überprüfen. Darin liegt allenfalls ein indirekter Beitrag zur Aufklärung immer noch verbreiteter Missverständnisse über diese wissenschaftsgeschichtliche Sattelzeit.

I. Gerbers Staatsrecht: Zwischen Handlung und Ordnung

Gerbers Werk kann als erstes Beispiel dafür dienen, dass ‚juristische Methode‘ und ‚Zweck‘ keineswegs schon immer als Gegenbegriffe verstanden wurden. So fordert Gerber zwar in den Ausführungen zur wissenschaftlichen Methode des Staatsrechts, die in den knappen Ergänzungen zur zweiten Auflage der *Grundzüge* ihre maßgebliche Formulierung finden, die Rechtswissenschaft solle nach Maßgabe ihres „systematischen Princips“ verfahren und „von allen nichtjuristischen, bloss der ethischen und der politischen Betrachtung angehörenden Stoffe gereinigt“ werden.²² Von einer Absage an den Zweck als Mittel wissenschaftlicher Begriffsbildung oder als rechtswissen-

¹⁹ Die Untersuchung der Position von *Hugo Preuss* ist hier noch zurückzustellen, da sich Preuss' Auffassung gleichsam im Dialog mit Jellinek ausbildet. Auf ihn ist daher im Zuge der Darstellung von Jellineks Position zurückzukommen.

²⁰ Vgl. zur Rolle des Zweckbegriffs in der Methodendiskussion auch die allerdings stark theseartige (s. oben § 2 Fn. 55) Darstellung von *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, S. 27 f. und passim.

²¹ Einen wertvollen, wenn auch keineswegs erschöpfenden, Überblick über verschiedene Interpretationsansätze des staatsrechtlichen Positivismus bieten *Friedrich*, Laband, AöR 111 (1986), S. 197 (204 ff.); *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 330 ff., 380 ff.; *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 15 ff. Folgende Deutungsvarianten haben besondere Wirkung entfaltet: (i) *Materialistische Deutung und Kritik*: Einflussreich war insoweit insbesondere *von Oertzen*, Positivismus, 1974 (zur Methode ebd., S. 57); die wesentlichen Thesen schon bei *ders.*, Gerber, in: Hesse/Reicke/Scheuner (Hrsg.), FG Smend, 1962, S. 183 ff.; ähnlich in der Methode, aber sehr unterschiedlich in der Bewertung: *Wilhelm*, Methodenlehre, 1958. (ii) *Binnenjuristische Kritik*: Derartige Gesichtspunkte werden etwa artikuliert bei *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, S. 27 f.; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, ²1981, S. 217 ff.; und schließlich bei *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 42 und passim. (iii) *Wissenschaftsstrategische Rechtfertigung*: Hierzu nur *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 330 ff. (primär für das Privatrecht), 337 ff.; *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 34.

²² *von Gerber*, Grundzüge, ²1869, S. 231 (Beilage III: Abgränzung des Staatsrechts).

schaftlichen Untersuchungsgegenstand ist nicht die Rede. Im Gegenteil nimmt Gerber, ohne eine mehr als rudimentäre Theorie der Gesetzesinterpretation vorzulegen, bei der Auslegung von Rechtsnormen regelmäßig auf die von diesen verfolgten Zwecke Bezug.²³

Die Differenzierung zwischen Recht- und Zweckmäßigkeit erscheint bei Gerber explizit nur im Rahmen der Darstellung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Hier bestimmt er den Tätigkeitskreis der Justiz wie folgt: „Das zu entscheidende Verhältniss will nicht nach relativen Gesichtspunkten, etwa nach Rücksichten auf das allgemeine Wohl, Rücksichten der Zweckmässigkeit, der Moral beurtheilt sein, sondern in völliger Isolirung allein nach den Principien des Rechts.“²⁴ Speziell für den Bereich des Verwaltungsrechtsschutzes wird diese Grenze des richterlichen Prüfungsrechts noch einmal bestätigt.²⁵ Diese Trennung steht nun ganz in der Tradition der Debatte um den Justizstaat und gibt zu Gerbers Zeit lediglich die Rechtslage wieder.²⁶ Darüber hinaus lässt sich aus dieser Gegenüberstellung nichts ableiten.

Umgekehrt spielt der Zweckbegriff für Gerbers Konstruktion des Staates eine entscheidende Rolle. Gerber baut sein Staatsrecht im Spätwerk bekanntlich ganz auf dem Grundbegriff des Staatswillens und – ab 1865 – dem Konzept der juristischen Person auf.²⁷ Er modelliert diesen Willen und dessen Konkretisierung, den Willen des Gesetzgebers, nach dem Vorbild der individuellen Handlung. Dieser kollektive Wille ist eben ein gestalterischer, konkrete Zwecke setzender Wille.²⁸

Diese Grundbestimmung hindert Gerber nun offenbar daran, das Konzept des Staatszwecks, Ursprung zahlreicher Verwirrungen und damit für Gerber als methodenbewussten Neuerer eigentlich ein Stein des Anstoßes, ganz zu

²³ Vgl. *Kremer*, Willensmacht des Staates, 2008, S. 183 ff., insbes. S. 190 mit Fn. 259.

²⁴ *von Gerber*, Grundzüge, ¹1865, S. 171 (s. auch ebd., S. 177 mit Fn. 7).

²⁵ *von Gerber*, Grundzüge, ¹1865, S. 200 f., unter Hinweis auf § 7 Abs. 3 des Königlich Sächsischen Gesetzes vom 28. Januar 1835. Dazu oben § 2 Fn. 39.

²⁶ Hierzu oben § 2 A. II.

²⁷ Vgl. insbesondere *von Gerber*, Grundzüge, ¹1865, S. 3 ff. Um eine Kritik des Organismusbegriffs, den Gerber vor 1865 noch selbst verwendete (vgl. die Nachweise bei *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 130–139), ergänzt bei *von Gerber*, Grundzüge, ²1869, S. 211 ff. (Beilage I: Der Staat als Organismus). Zum Problemkreis der Staatsmodelle vgl. ausführlich oben § 2 A. V. sowie unten § 4 C. Zu Gerbers Willensbegriff in rechtlicher und rechtspolitischer Hinsicht aus jüngerer Zeit umfassend: *Kremer*, Willensmacht des Staates, 2008, S. 219 ff.; zuvor *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 95–115, 137–167; sowie *ders.*, Art. Gerber, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Juristen*, 2001, S. 237 ff. Zu Gerber auch *Stolleis*, *Geschichte*, Bd. 2, 1992, S. 331 ff.; *Jouanjan*, *Une histoire de la pensée juridique*, 2005, S. 238 ff.; sowie die Hinweise in der Rezension von *Schmidt-Radefeldt*, *Gerber*, 2003, bei *Haferkamp*, *Pyramide*, *Rechtsgeschichte* 5 (2004), S. 259 ff.

²⁸ Beispiele bei *von Gerber*, Grundzüge, ¹1865, S. 138, 154 ff., 165 ff., 176. Fragwürdig daher die Einschätzung von *Badura*, *Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, S. 52.

verwerfen.²⁹ Gerbers Staat als willensfähige Person setzt Staatszwecke bzw. hat einen Staatszweck.³⁰ Hier kommt es allerdings zu Unsicherheiten, indem Gerber in der Tradition der Lehren von den limitierenden Staatszwecken diesen Staatszweck mit einem „sittlichen Zweck“ gleichsetzt und daraus „Gränzen der Staatsgewalt“ ableitet.³¹ Insofern changiert Gerbers Gebrauch des (Staats-)Zweckbegriffs, ähnlich dem Jherings, noch zwischen den beiden oben unterschiedenen Verständnisformen des Zweckbegriffs, d. h. zwischen Tradition und Aufbruch, Ordnung und Handlung, normativem Holismus und Kontingenz. Wie sich diese Motive in Gerbers Werk fortsetzen, kann hier nicht näher beleuchtet werden. Doch hat sich gezeigt, dass eine zu einfache Gleichsetzung von staatsrechtlichem Positivismus und ‚Zweckskepsis‘ jedenfalls an Gerber keine Nahrung findet.

II. Labands Polemik gegen teleologische Konstruktion

Im Gegensatz zu Gerber hat Laband ausdrücklich gegen die teleologische „Mode“ in der Staatsrechtslehre polemisiert und damit durchaus Anlass gegeben, seiner Einstellung zum Zweckbegriff ausführlicher nachzugehen. Laband nutzt dabei die Rezension der Schrift *Theorie der Staatenverbindungen* des Breslauer Staatsrechtlers *Siegfried Brie* zu einer seiner seltenen methodentheoretischen Äußerungen – und zu einer Art Generalabrechnung mit den neueren methodischen Entwicklungen in seinem Fach:

„Seit Ihering es für erforderlich erachtet hat ausführlich darzuthun, dass die Rechtsinstitute nicht um ihrer selbst willen oder zum Zeitvertreib der Juristen da sind, sondern praktischen Bedürfnissen entstammen und vernünftigen Zwecken dienen, scheint es zur Mode geworden zu sein, den Blick in die Ferne nach dem ‚Zweckmoment‘ schweifen zu lassen und darüber das Rechtsinstitut selbst aus den Augen zu verlieren.“³²

Früh wurde diese Aussage mit Labands andernorts formulierter Forderung verknüpft, die juristische Argumentation von den Politisierungen der poli-

²⁹ von Gerber, Grundzüge, ²1869, S. 231 mit Fn. 1. Die Skepsis Gerbers gegenüber einer traditionellen Staatszwecklehre spürt bereits von Mohl, Bemerkungen, (Aegidis) Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte 1 (1867), S. 354 (369). Zu Gerbers – auch impliziter – Staatszwecklehre ausführlich Kremer, Willensmacht des Staates, 2008, S. 292–300. S. ferner – allerdings zu pointiert (ebd., S. 296 Fn. 828) – Hesse, Staatszwecklehre, 1964, S. 52; sowie Pauly, Methodenwandel, 1993, S. 142 f.

³⁰ Beide Bedeutungsvarianten schwingen mit bei von Gerber, Grundzüge, ¹1865, s. dort insbes. S. 29 und 30 mit Fn. 4: „Die gesammte Gesetzgebung eines Volks ist der praktische Niederschlag seiner derzeitigen Vorstellung vom Staatszwecke“.

³¹ von Gerber, Grundzüge, ¹1865, S. 29 mit Fn. 1: Die Lehre vom Staatszweck führe dazu, dass „jede Erstreckung der Staatsgewalt über ihren sittlichen Zweck und über das ihr angehörende Gebiet hinaus ein Missbrauch derselben ist. Die Staatsgewalt ist zwar dynamisch die höchste Gewalt im Volke, aber rechtlich besteht sie nur innerhalb der Sphäre ihrer Zweckbestimmung“.

³² Laband, Rezension Siegfried Brie, AöR 2 (1887), S. 311 (317).

zeiwissenschaftlichen Epoche zu befreien (die im Übrigen schon lange zuvor in der Rechtswissenschaft artikuliert worden war³³).³⁴ Der Rhetorik zum Trotz unterscheidet sich Laband jedoch in der Sache kaum von Gerber. So ist Labands Kritik an bestimmten Verwendungsweisen des Zweckbegriffs keineswegs als grundsätzliche Absage an den Rückgriff auf Zwecke in der rechtswissenschaftlichen Arbeit zu verstehen.

1. Teleologische Konstruktionen bei Laband

Die These von einer grundsätzlichen Zweckskepsis Labands ist schon damit konfrontiert, dass Laband selbst umfangreich mit dem Zweckbegriff argumentiert. Laband konstruiert in seiner im engeren Sinne juristischen Arbeit freizügig teleologisch, stützt also dogmatische Abgrenzungen auf die mit ihnen verfolgten Zwecke, und legt Rechtsbegriffe und -texte teleologisch aus.³⁵ Dass Laband dabei, wie Gerber, in der Zweckmäßigkeit die Grenze der gerichtlichen Prüfungskompetenz sieht, lässt sich im Lichte der Debatte um den Justizstaat nicht als generelle Kritik an einer Zweckorientierung des Rechts, sondern nur als Stellungnahme zur Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltung und Justiz auf dem Boden des geltenden Rechts verstehen.³⁶

³³ Hierzu oben § 2 A. III.

³⁴ Vgl. insbesondere *Friedrich*, Laband, AöR 111 (1986), S. 197 (209); und dann *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 62. Zu Labands Methode, deren Prämissen – etwa von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung, der Möglichkeit der Regelbildung durch Analogie, der Orientierung am Zivilrecht und der Bedeutung der Logik – und ihrer politischen Dimension vgl. *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 344; *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 177 ff., 236 ff.; *ders.*, Paul Laband, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 301 (316 ff.); *Schönberger*, Ein Liberaler, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 3 (4 ff.).

³⁵ Vgl. nur folgende zufällig ausgewählte Beispiele: Identifikation des Beamten-Anstellungsvertrags als öffentlich-rechtlich aufgrund der in ihm getroffenen „Zweckbestimmung“ (*Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 396); Rechtfertigung einer antiindividualistischen Auslegung des Wahlrechts aufgrund des Zwecks der Vorschriften (a. a. O., S. 547 f.); Ausführungen zu den Anforderungen an die Ausfertigung von Gesetzen (*Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, ¹1878, § 60, S. 101: indem Laband einen Gesichtspunkt zum unbeachtlichen „Motiv“ erklärt, lässt er sich auf teleologische Erwägungen ein); Ausführungen zum Abschluss von Staatsverträgen nach Art. 11 Abs. 3 RV (a. a. O., § 64: „Es wäre nicht nur unzweckmäßig, sondern vernunftwidrig und sich selbst widersprechend, wenn [...]“). Zahlreiche Beispiele finden sich auch in den Ausführungen zum Finanzverfassungsrecht, vgl. nur *Laband*, Staatsrecht, Bd. 4, ¹1882, § 125, S. 373 ff. *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 181 f., 192 ff., weist auf weitere historische und teleologische Argumentationen in Labands *Budgetrecht* und *Staatsrecht* hin.

³⁶ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 380 (in der Diskussion der rudimentären Vorformen einer Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit am Beispiel des Reichs-Eisenbahnamts), und insbes. *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, ¹1878, § 68, S. 218 ff., 227.

Schon Labands Zeitgenossen erkannten, wie wenig Laband den von ihm aufgestellten Programmsätzen Folge leistete, wonach gelten sollte: „alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen – so wertvoll sie an und für sich sein mögen – sind für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang.“³⁷ So heißt es bei *Otto von Gierke*:

„So hat auch Laband die Fragen nach Grund, Wesen und Zweck von Staat und Recht nur scheinbar völlig aus seinem Gesichtsfelde zu verbannen vermocht. In Wahrheit tauchen sie überall im Hintergrunde auf und werden mindestens indirekt in einer bestimmten Richtung beantwortet. Gelegentlich vergisst sogar der Verfasser sein Programm und spricht z. B. ausdrücklich von den ‚Aufgaben des Staates‘.“³⁸

Anders als Gierkes Kritik insinuiert, arbeitet Laband keineswegs nur „im Hintergrund“ mit dem Zweckbegriff.³⁹ Der ‚Zweck‘ ist für Laband jedenfalls insofern ein Grundbegriff im dogmatischen Kategoriensystem, als er sich mit Gerber und später Jellinek darin einig ist, dass das Handeln des Reiches, der Länder oder einzelner Behörden nur als willensgetragenes, zweckorientiertes Handeln zu konzipieren ist.⁴⁰ Dementsprechend identifiziert Laband in sei-

³⁷ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. X (Vorwort zur 2. Auflage). Dort distanziert sich Laband aber auch deutlich von jeder Einseitigkeit: „Ich weiß sehr wohl, daß die ausschließliche Herrschaft der logischen Behandlungsart des Rechts eine höchst nachtheilige Einseitigkeit wäre und in gewisser Beziehung die Verkümmerng unserer Wissenschaft herbeiführen würde.“ Wissenschaftstheoretisch überformt wird Labands Konstruktivismus dann in *Laband*, Rezension Alfredo Bartolomei, AöR 19 (1905), S. 615 (616). Außerhalb der „Dogmatik“ erkennt Laband zudem ausdrücklich den Mehrwert arbeitsteiliger Forschung von Rechts- und Sozialwissenschaftlern an und würdigt die Beteiligung von Rechtswissenschaftlern an der Gesetzesvorbereitung positiv. *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 223, weist auf die befürwortende Stellungnahme Labands im Rahmen einer Enquete von Josef Kohler und anderen zur Gründung eines *Deutschen Instituts für Rechtsphilosophie und soziologische Forschung* hin (ARSP 4 (1910/11), S. 197). Zur rechtspolitischen Rolle der Rechtswissenschaft: *Laband*, Unsere Ziele, DJZ 1 (1896), S. 1.

³⁸ *von Gierke*, Labands Staatsrecht, SchmJb 7 (1883), S. 1097 (1105 und insbes. 1118 f.).

³⁹ Hierzu aus der aktuellen Forschungsliteratur nur *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 61 mit Fn. 200 (Labands Methode sei nicht nur „offen für ‚versteckte Vorentscheidungen‘ [unter Zitat von *Stolleis*, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 344], sondern stellt diese offen in Rechnung“); *Schönberger*, Parlament im Anstaltsstaat, 1997, S. 91 f., 198 ff. (zu Labands Theorie der Verfassungswandlungen). Ausführlich zum Zwecktopos in Labands frühen Schriften zum Budgetstreit: *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 177 ff.

⁴⁰ Zur Realität des Kollektivsubjekts Staat: *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, ¹1878, § 67 (Der Begriff der Verwaltung), S. 199: „Der Staat ist als Person ein handlungsfähiges Wesen. Er hat die durch seinen Zweck ihm gestellten Aufgaben durch freie Thätigkeit zu erfüllen; er vermag dies nur durch Handlungen, gerade wie der einzelne Mensch. Dieselben haben ihre Quelle in seinem Willen; nicht in einer Rechtsregel.“ Für ausgewählte Beispiele, in denen Laband staatliches Handeln als zweckorientiert beschreibt, vgl. *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 190, 201, 248, 251, 294, 346; *ders.*, Staatsrecht, Bd. 2, ¹1878, S. 115.

nem Werk regelmäßig Gesetzeszwecke und beschreibt Gesetzgebung als zweckorientierten Prozess.⁴¹

Dieser Befund scheint allerdings in Spannung zu stehen mit Labands eingangs zitierter Stellungnahme, wo er „prinzipielle“ Bedenken gegen den Zweckbegriff vorbringt:

„Prinzipiell muss nun bestritten werden, dass man das wesentliche Kriterium eines Rechtsinstituts in dem Zweck desselben erblicken kann. Der Zweck liegt ausserhalb der Einrichtung, durch welche er realisiert werden soll; er liegt jenseits der begrifflichen Grenzen des Mittels, durch welches er erreicht werden soll.“⁴²

An anderer Stelle ergänzt Laband dies durch die Bemerkung, dass Normen oder Rechtsinstitute, d. h. dogmatische Konstruktionen, nicht identisch mit den vom Staat verfolgten Zwecken sein können.⁴³ Rechtsdogmatik als „Erforschung der geltenden positiven Rechtsätze“ sei eine „rein logische Denkhätigkeit“.⁴⁴ Wie ist dies mit dem gerade Gesagten in Übereinstimmung zu bringen? Eine genauere Lektüre der entsprechenden Texte Labands zeigt jedoch, dass Labands Kritik, der Weite der Formulierung zum Trotz, allein auf zwei Dinge zielt: Auf die Optimierung des Abstraktionsgrades rechtswissenschaftlicher Begriffsbildungen und auf die Ablösung einer aus seiner Sicht

⁴¹ Prominent: *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 192 (zur Einleitung der Reichsverfassung): „Der Zweck und die Aufgabe des Reiches ist der Schutz des Bundesgebiets.“ Ausgewählte andere Beispiele etwa bei *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 204, 205, 256, 508, 510, und *Laband*, Staatsrecht, Bd. 4, ¹1882, S. 351 f., 355, 359. Zum „Gesetzespositivismus“ Labands – im Unterschied zu Gerber – *Friedrich*, *Laband*, AöR 111 (1986), S. 197 (206). Sehr instruktiv zu Labands politisch-praktischer Tätigkeit, die stark darauf fokussiert ist, am Erlass zweckmäßiger Regelungen mitzuwirken: *Schlink*, *Laband* als Politiker, *Der Staat* 31 (1992), S. 553 (557 ff.).

⁴² *Laband*, Rezension Siegfried Brie, AöR 2 (1887), S. 311 (317). Diese Formulierung wird weitgehend wortgleich übernommen in *ders.*, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. 61. Sie ist im Übrigen weitgehend parallel zur Formulierung bei *Mayer*, *Theorie*, 1886, S. 160 (vgl. unten § 4 Fn. 70), dem Buch, das Laband im selben Band des AöR rezensiert hat: Vgl. *Laband*, Rezension Otto Mayer, AöR 2 (1887), S. 149 (161), wo sich ebenfalls weitere Einlassungen zur Methode und zum Zweckbegriff finden.

⁴³ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, ¹1878, S. 4 mit Fn. 2: „Ein Gesetz enthält eine Rechtsregel, aber es ist zum Begriff eines Gesetzes nicht genügend, daß lediglich ein Rechtssatz formuliert wird. Die Constatirung, daß ein Rechtssatz bestehe, oder daß er zweckmäßig oder vernünftig sei, oder daß seine Einführung beantragt oder beschlossen sei, ist wesentlich verschieden von einem Gesetz.“ Vgl. auch *Laband*, Rezension Giacomo Grasso, AöR 14 (1899), S. 569 (572): „Die Vereinigung von Menschen zu gewissen Zwecken und diese Zwecke selbst sind keine Schöpfungen des Rechts; aber die Fähigkeit dieser Vereinigungen, zur Erreichung dieser Zwecke selbständige Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist ein vom Recht verliehenes Attribut.“

⁴⁴ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. X (Vorwort zur 2. Auflage), sowie a. a. O., S. 61 f.; *ders.*, Rezension Alfredo Bartolomei, AöR 19 (1905), S. 615 ff.

überholten Staatszwecktheorie. Die Kritik an ‚dem Zweck‘ gilt also nur ganz bestimmten Verwendungsarten.

2. Labands Ausführungen zur Bedeutung von Zwecken für die rechtsdogmatische Begriffsbildung

So ist die Brie-Rezension in der Sache zunächst vor allem ein Plädoyer für eine bestimmte Darstellungsweise des verwaltungsrechtlichen Stoffes. Dies ergibt sich aus dem einzigen Argument, das Laband zur Präzisierung seiner Kritik des Zweckbegriffs anführt:

„Es ist nicht nur möglich, dass ein und dasselbe Rechtsinstitut zu sehr verschiedenartigen Zwecken verwendet wird, sondern ebenso, dass man zur Erreichung desselben Zweckes sich verschiedener Rechtsinstitute erfolgreich bedienen kann und endlich, dass man trotz der Verwendung des geeigneten Rechtsinstitutes den Zweck nicht erreicht.“⁴⁵

Laband fordert hier also lediglich wenig spektakulär, bei der dogmatischen Konstruktion keine Tatbestandsmerkmale zu verwenden, die, wie die Zwecke konkreter Akteure, potentiell mehrdeutig sind.⁴⁶ Ferner soll an die Stelle der Gliederung der Rechtsinstitute nach konkreten Staats- und Verwaltungszwecken, die das traditionelle Verwaltungsrecht beherrschte,⁴⁷ ein Gliederungsmodell treten, das nicht an den jeweils mit dem Rechtsgebiet assoziierten Handlungsfeldern – modern in etwa: an den Referenzgebieten – orientiert ist. Denn, so Laband, Definitionen, die auf Zwecke der Rechtsbetroffenen Bezug nehmen, sind in vielen Fällen nicht hinreichend trennscharf, also vage, und wandelbar. Stattdessen stimmt Laband mit Otto Mayer darin überein, dass sich das „eigentliche Verwaltungsrecht [...] nach der rechtlichen Beschaffen-

⁴⁵ Laband, Rezension Siegfried Brie, AöR 2 (1887), S. 311 (317); die Argumentation mit der Hypothek, die eben nicht allein durch ihren Sicherungszweck bestimmt werden könne, findet sich ganz ähnlich in der klassischen (*Sintenis*) und reformorientierten Zivilrechtswissenschaft der Zeit, etwa bei dem durchaus teleologisch argumentierenden Hartmann, vgl. § 2 Fn. 4 und Fn. 16. Ähnlich auch Laband, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. 61: „Die Zwecke, welche durch Eigenthum [...] u.s.w. erreicht werden sollen, oder thatsächlich realisirt werden, sind zwar von bestimmendem Einfluß auf die juristische Gestaltung dieser Rechtsinstitute und für das Verständniß der letzteren von unschätzbarem Werth, aber sie gehören nicht zum Begriff derselben.“; sowie ebd., S. 65: „Die Zwecke, zu welchen die Staatsgewalt Verwendung findet, unterliegen einem stetigen Wechsel und sind nicht durch einen Rechtsbegriff zu bestimmen. [...] Unwandelbar feststehend und bei jedweder Abgrenzung der Zwecke und Aufgaben gleichbleibend ist dagegen der Satz, daß der Staat das Recht hat, freien Personen mit zwingender Gewalt zu befehlen, die Gemeinde dagegen nicht“.

⁴⁶ Ähnlich wie hier: Pauly, Methodenwandel, 1993, S. 190 f. Die Kritik an Pauly bei Jouanjan, Philosophische Verwicklungen, ZRG GA 125 (2008), S. 367 (387), lässt sich von Labands Rhetorik täuschen.

⁴⁷ Dazu Stolleis, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 394 f.

heit der Mittel, mit welchen der Staat seine Zwecke verfolgt“ gliedert.⁴⁸ Wo allerdings ein trennscharfes Kriterium nicht zu finden ist oder wo eine potentielle Mehrdeutigkeit seiner Ansicht nach nicht droht, etwa bei Otto Mayers Definition der Anstalt, ist in der dogmatischen Praxis Labands durchaus Platz für Definitionen, die maßgeblich auf die mit der Figur verfolgten Intentionen und Zwecke abstellen.⁴⁹ Die Ironie von Labands Kritik besteht darin, dass seine Position im Wesentlichen der an Formalisierung und Praktikabilität orientierten Position Jherings zum Einsatz des ‚Zwecks‘ in der rechtswissenschaftlich-dogmatischen Begriffsbildung entspricht, der er meint, so heftig widersprechen zu müssen.⁵⁰

Noch wichtiger ist, dass Laband keineswegs die Notwendigkeit bestreitet, bei der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung teleologische Erwägungen anzustellen, d. h. zu überlegen, wie das (zu schaffende) Rechtsinstitut möglichst gut seinem (lebensweltlichen) Zweck dienen kann; und auch der Rechtsanwendung spricht er das Recht zur teleologischen Argumentation nirgends ab. Im Zuge seiner Konzeption des staatlichen Handelns als eines zweckorientierten Handelns kommt den von der Rechtswissenschaft konstruierten Begriffen nämlich eine dienende Funktion zu, sie sind in dieser Hinsicht Mittel zum Zweck.⁵¹ Indem die Dogmatik instrumentell verstanden wird, sind juristische Begriffe immer auch teleologisch zu konstruieren. Hinreichend verallgemeinerte Begriffe lassen zwar die Notwendigkeit der Gliederung nach konkreten Verwaltungszwecken entfallen, verlieren aber nicht ihren instrumentellen Charakter.

3. Labands Staatsrecht: Zweckkritik und Staatszwecke

Labands Kritik an Brie hat eine zweite Stoßrichtung – vielleicht sogar die eigentliche –, die nicht methodisch, sondern ganz inhaltlich begründet ist.⁵² Brie definiert in seiner *Theorie der Staatenverbindungen* den Staat über die Allseitigkeit und Subsidiarität seiner Zwecke.⁵³ Laband kann dem ersten Teil von Bries Definition, der Allseitigkeit, noch zustimmen. Insofern befindet sich Bries Definition sogar im Einklang mit Labands Souveränitätsverständnis, das lautet: „Der Staat bestimmt seine Zwecke und demgemäss seine

⁴⁸ Laband, Rezension Otto Mayer, AöR 2 (1887), S. 149 (153): Diese Rezension ist im Zusammenhang mit der Brie-Rezension im gleichen Band des AöR zu lesen.

⁴⁹ Zur Anstaltsdefinition Otto Mayers: Laband, Rezension Otto Mayer, AöR 2 (1887), S. 149 (154 f.), sowie unten § 4 Fn. 75. Zu Labands teleologischen Konstruktionen vgl. soeben § 4 Fn. 35 und folgende.

⁵⁰ Hierzu oben § 3 C. II. 1.

⁵¹ Laband, Rezension Otto Mayer, AöR 2 (1887), S. 149 (153).

⁵² Ganz parallel zur im Folgenden dargestellten Kritik an Brie argumentiert Laband, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. 61 f., gegen Rosin.

⁵³ Brie, Staatenverbindungen, 1886, S. 6 f.

Kompetenz selbst.“⁵⁴ Doch am zweiten Teil der Definition, dem Subsidiaritätsgedanken, nimmt Laband Anstoß. Der souveräne Staat, der sich „[a]lles, was er will, zum Zweck setzen“ kann, könne nicht darauf verwiesen werden, dass seine Untereinheiten eigene, vom Staat nicht kontrollierte Zwecke verfolgen.⁵⁵ Laband versteht völlig zu Recht Bries Verwendung des Zweckbegriffs als Bezugnahme auf das tradierte Argument der Lehre von den limitierenden Staatszwecken.⁵⁶ Laband lässt sich nun allerdings auf die Frage nach einer apriorischen Begrenzung staatlichen Handelns gar nicht ein. Hierfür könnte er zeigen, dass sich aus dem Konzept des Staatszwecks keine Grenzen für staatliches Handeln herleiten ließen, oder aber, dass der Gedanke des Staatszwecks prinzipiell ungeeignet zur Beschreibung staatlicher Tätigkeit sei. Laband überspringt jedoch jede Argumentation und beschränkt sich darauf, seine These von der Unbeschränktheit staatlichen Handelns gegen Brie zu setzen und Brie eben die oben geschilderte Kritik des Zweckbegriffs in methodisch-dogmatischer Hinsicht vorzuhalten. Die Frage, ob Zwecke tendenziell zu unbestimmt für die juristische Begriffsbildung sind, hat allerdings keinen erkennbaren Zusammenhang mit der Frage nach limitierenden Staatszwecken. Durchschaut man dieses Manöver, fällt die überschießende Zweckkritik der Brie-Rezension in sich zusammen. Sie reduziert sich auf ein argumentativ nicht untermauertes Unbehagen, das gegen Bries Konzept der Subsidiarität artikuliert wird.

Dabei wäre für Laband eine entsprechende Kritik Bries auf dem Boden seines Rechts- und Verfassungsverständnisses durchaus möglich. Labands Haltung zu Staatszwecken, die in seinen veröffentlichten Schriften nur an sehr wenigen Stellen auftauchen, ist zwar nicht frei von Unklarheiten.⁵⁷ In seinen mittlerweile zugänglichen Vorlesungen operiert Laband allerdings recht freihändig mit dem Konzept.⁵⁸ Deutlich konsequenter noch als Gerber entwirft Laband aber insgesamt eine Konzeption des Staates, der frei über das Recht

⁵⁴ Laband, Rezension Siegfried Brie, AöR 2 (1887), S. 311 (318).

⁵⁵ Laband, Rezension Siegfried Brie, AöR 2 (1887), S. 311 (318).

⁵⁶ Brie, Staatenverbindungen, 1886, S. 6 Fn. 2, stellt selbst seinen Ansatz in diese Tradition (s. zu den entsprechenden Theorien oben § 2 A. IV., insbes. § 2 Fn. 66) und beruft sich insbesondere auf *von Mohl* und *Schulze*. Ähnlich wie Brie und beinahe zeitgleich: *Mejer*, Einleitung, ²1884, S. 3 ff.

⁵⁷ S. aber die Nachweise bei *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 82 f.

⁵⁸ Laband, Vorlesungen, 2004, S. 101 ff. Zu streng daher *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, S. 56 ff., dessen Urteil über Laband als „Nullpunkt einer Theorie des Staatszweckproblems“ (ebd., S. 60) schon angesichts der von ihm selbst angeführten Beispiele nicht haltbar ist. So wird etwa auch bei Laband, Budgetrecht, 1871, S. 77 (zitiert nach *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 184), als das „oberste Prinzip“ des Staatsrechts die „Erhaltung und gedeihliche Entwicklung des Staates“ definiert, mithin eine (recht abstrakte) Staatszweckbestimmung vorgenommen. Programmatischer ist noch Laband, Staatsrecht, Bd. 1, ¹1876, S. 192: „Der Zweck und die Aufgabe des Reiches ist der Schutz des Bundesgebiets“.

verfügt und nicht von einer dem Recht vorgängigen, zweckmäßigen Ordnung beschränkt wird. So heißt es bei Laband zum Problem staatlicher Hoheitsrechte: „Diese Hoheitsrechte sind aber nur das Spiegelbild der Aufgaben, Zwecke und Thätigkeiten des Staates und als solche einem fortwährenden Wechsel unterworfen. [...] Die Auflösung der Staatsgewalt in eine Reihe einzelner Hoheitsrechte [ist] unmöglich [...]. Jeder Katalog dieser Art ist willkürlich; die Differenzierung kann bis in das Unendliche fortgesetzt werden“.⁵⁹ Das, was Brie in traditioneller Manier über limitierende Staatszwecke erreichen möchte, nämlich die Gewährleistung minimaler individueller Freiheitsgarantien, findet sich im Übrigen wenigstens in Ansätzen auch bei Laband und in einer Form, die dort nach den herkömmlichen Stereotypen über seine Methode kaum zu vermuten ist: So ist für Laband „der Mensch [...] nicht bloßes Object der staatlichen Gewalt, nicht bloßes Mittel für den Staat, sondern er ist selbst Kraft seiner persönlichen Würde Zweck. Seine Freiheit und sein Wohlbefinden sollen erreicht werden.“⁶⁰

Nach alledem lässt sich die These, die Kritik des Zweckbegriffs sei bei Laband Teil einer Strategie zur „Entpolitisierung der grundbegrifflichen Argumentationsstruktur“, nicht belegen.⁶¹ Im Gegenteil öffnet Labands Umstellung der Grundbegrifflichkeiten des öffentlichen Rechts auf den Staat als Willensträger und zweckgerichtet handelnde Person die Wissenschaft vom öffentlichen Recht auf einer sehr viel grundsätzlicheren Ebene erst für eigentlich politische Argumente, weil nunmehr die im politischen Prozess verhandelten Ziele das Recht prägen. Laband ist daher allenfalls vorzuwerfen, diese Einsicht nicht in rechts- oder verfassungstheoretischer Hinsicht ausgearbeitet zu haben. Im Gegenteil verunklaren die methodischen Anmerkungen stark das eigentliche Programm. So konnte es zur paradoxen Situation kommen, dass Labands Rechtsdenken einerseits als logizistisch, abstrakt, politik- und lebensfremd kritisiert wurde, während andererseits die subkutane Politisierung seiner Kategorien und Begriffsbildungen angegriffen wurde.

III. Otto Mayers Verwaltungsrecht als „ödester Formalismus“?

Otto Mayers Zuordnung zum staatsrechtlichen Positivismus ist durchaus problematisch. Seine Offenheit für „staatswissenschaftliche“ Zugänge zum

⁵⁹ Laband, Vorlesungen, 2004, S. 179.

⁶⁰ Laband, Vorlesungen, 2004, S. 89. Dazu näher: *Suppé*, Grund- und Menschenrechte, 2004, S. 249 ff.

⁶¹ Kersten, Jellinek, 2000, S. 62 (der allerdings zutreffend betont, dass es Laband keineswegs um eine „materielle Entpolitisierung“ geht); so im Übrigen schon Friedrich, Laband, AöR 111 (1986), S. 197 (209). In der Tendenz wie hier Schlink, Laband als Politiker, Der Staat 31 (1992), S. 553 (555 m. w. N.).

Verwaltungsrecht⁶², seine ausdrückliche Ausrichtung des Verwaltungsrechts an den Erfordernissen der „Wirklichkeit“⁶³, die auch vor einer Kritik an Labands „entschlossener Einseitigkeit“ nicht zurückschreckt⁶⁴ und die mit seltener Offenheit die hinter der Dogmatik stehenden Probleme benennt⁶⁵, sowie das Fehlen eines klaren Methodenbekenntnisses aus seiner Feder⁶⁶ – all dies sollte vorschnelle Urteile verhindern.⁶⁷ Mayer findet hier dennoch deswegen Erwähnung, da gerade sein Name in jüngerer Zeit ausdrücklich mit einem „zweckskeptischen“ Programm assoziiert wurde.⁶⁸ Derartige Kritik hat allerdings durchaus Tradition. So bezieht bereits *Edgar Loening* seinen Vorwurf, Otto Mayer betreibe „ödesten Formalismus“⁶⁹, ausdrücklich auf Mayers angebliche (Nicht-)Verwendung des Zweckbegriffs. Die dafür von Loening als Beleg angeführte These Mayers lautet:

„Massgebend für die Eintheilung dieser Arten [= der Verwaltungsrechtsinstitute] sind der Verwaltungsrechtswissenschaft nicht die Staatszwecke, die besonderen öffentlichen Interessen, welche verfolgt werden. Der Zweck liegt außerhalb der Handlung selbst [...]. Rechtlich bedeutsam ist nur das Wie der Handlung. Unsere oberste Eintheilung wird

⁶² Mayer, Rezension Georg Meyer, AöR 11 (1896), S. 157 f.; *ders.*, Vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), S. 3 (5 mit Anm. 1 mit einer Replik auf Edgar Loening).

⁶³ Zur Notwendigkeit der Korrespondenz von Begriff und Wirklichkeit Mayer, Rezension Philipp Zorn, AöR 3 (1888), S. 475 (479 f.): „[D]enn was die Welt der Wirklichkeiten als Thatsachen aufweist, dürfen wir nicht aus dem Reich der Begriffe verbannen, sonst werden unsere Begriffe Parteiprogramme.“ Vgl. auch *ders.*, Rezension A. von Kirchheim, AöR 16 (1901), S. 479 (481); *ders.*, Rezension Karl Goetz, AöR 19 (1905), S. 590 (592); *ders.*, Die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg, 1922, S. 30; sowie Hueber, Otto Mayer, 1981, S. 26 ff.; Stolleis, Geschichte, Bd. 2, 1992, S. 405 f.

⁶⁴ Mayer, Juristische Person, in: van Calker (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen, FG Laband, Bd. 1, 1908, S. 1 (3). Ähnlich die Warnung vor der „Überschätzung der Kraft“ des „juristischen Begriffs“ bei Laband in: *ders.*, Bundesstaat, AöR 18 (1903), S. 337 (348 mit Fn. 13).

⁶⁵ Vgl. etwa Mayer, Gutachten Ehescheidungsgründe, Verhandlungen 20. DJT, Bd. 2, 1889, S. 92 (108).

⁶⁶ Zur Rekonstruktion von Mayers Methodengrundsätzen vgl. Hueber, Otto Mayer, 1981, S. 20 ff.

⁶⁷ Zur dennoch oft einseitigen Rezeption siehe nur Hueber, Otto Mayer, 1981, S. 1 ff.

⁶⁸ Vgl. Engel, Herrschaftsausübung, in: *ders./Schön* (Hrsg.), Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 (213); Fonk, Konditionale Rechtsetzung, DVBl. 2010, S. 626 ff. Siehe aber auch schon Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 10 f.; *ders.*, Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 57; Schmidt, Programmierung, AöR 96 (1971), S. 321 (322) (erforderlich sei ein „Neubau“ des Verwaltungsrechts, der „die Zwecke des Verwaltens wieder miteinbeziehen [wird] müssen, die der Formalismus Otto Mayers aus dem Recht und der Rechtsbetrachtung vertrieben hatte.“).

⁶⁹ Loening, Die konstruktive Methode, SchmJb 11 (1887), S. 541 (553).

gegeben durch gewisse allgemeine Beschaffenheit der Mittel, mit welchen der Staat seine Zwecke verfolgt.“⁷⁰

Insofern ist aber das primäre Ziel Mayers – wie auch schon das Labands –, Begriffe und Kategorien zu finden, die möglichst allgemeinen Charakter haben. Die Strukturierung („Eintheilung“) des juristischen Stoffes soll sich dann an diesen Begriffen und nicht an den im souveränen Staat immer kontingenten Politikfeldern orientieren. Die Handlungsformen bilden das Zentrum, die Handlungsziele die Peripherie des rechtswissenschaftlichen Denkens.⁷¹ Dies setzt aber wie bei Laband ein instrumentelles, zweckorientiertes Verständnis rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung gerade voraus. Die Kritik Loenings betrifft also allein die Umstellung der traditionellen Darstellungsweise des Verwaltungsrechts nach den Verwaltungszwecken auf ein Modell, das den ‚Besonderen‘ Teilen einen ‚Allgemeinen‘ Teil voranstellen will. Im Übrigen finden sich bei Mayer anders als bei Laband keine Hinweise für eine methodische Grundsatzkritik des Zweckbegriffs.⁷² Derartiges haben erst seine Kritiker Mayer zugeschrieben.⁷³

Darüber hinaus versteht Mayer (wie auch Gerber, Laband und Jellinek) Recht ausdrücklich als Produkt eines zweckorientierten Staatswillens: „Gesetzgebung, Justiz, Verwaltung sind allesamt Staatsthätigkeiten zur Verwirklichung des Staatszwecks.“⁷⁴ Dementsprechend verwehrt sich Mayer auch nicht gegen die Aufnahme von Zwecken in die juristische Begriffsbildung; vielmehr wird die konkrete Zweckbestimmung sogar zum Zentrum seiner

⁷⁰ Mayer, *Theorie*, 1886, S. 160.

⁷¹ Umgekehrt soll sich nach Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, S. 16, die Gliederung der *Verwaltungslehre* an den konkreten Zwecken der staatlichen Tätigkeit orientieren: „Ein besonderer Zweig der Staatswissenschaft, die Verwaltungslehre als die Wissenschaft von dem Inhalt der Staatsthätigkeit, ordnet sie nach ihrer stofflichen Bedeutung. Sie lehrt uns für jedes Stück, was thatsächlich geschieht, warum es geschieht und was zweckmäßiger Weise geschehen sollte“.

⁷² Mayers einflussreiche Erzählung des Übergangs vom Polizei- zum Rechtsstaat (Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, S. 284 mit Fn. 20; s. auch ebd., S. 250 f.) und der damit einhergehenden Ablösung des „Schlusses vom Zweck auf die Mittel“ durch das formalisierte Recht stellt sich vor diesem Hintergrund komplexer dar. Hierauf wird noch einmal zurückzukommen sein, vgl. unten § 7 C. III.

⁷³ Gerade Loening ist sich in seinem methodischen Anliegen – gegen eine Überschätzung der Kraft der Begriffe, für eine umfassende Kenntnis des „Objekts, das Gegenstand der Begriffsbildung ist“, und gegen jede logische Einseitigkeit (Loening, *Die konstruktive Methode*, *SchmJb* 11 (1887), S. 541 (542 ff.)) – in der Sache ganz mit Otto Mayer einig.

⁷⁴ Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, S. 5. Zur Willensorientierung des Staatsrechts auch *ders.*, *Theorie*, 1886, S. 3 ff., 16 f., s. auch ebd., S. 19: „[Das Gesetz] will in erster Linie handeln, einen sachlichen Zweck erreichen; dass es seiner Handlung die Form einer allgemeinen Regel gebe, ist eine Nebenrücksicht [...]“.

Definition der Anstalt.⁷⁵ Mayer gleicht allerdings insofern eher Gerber und Jhering als Laband, da er unter „Staatszwecken“ nicht nur Beschreibungen der Aufgaben des Staates versteht⁷⁶, sondern auch die Grenzen des Staates damit in Verbindung bringt⁷⁷. In Mayers Verwendung des Zweckbegriffs begegnet damit noch einmal ein Verständnis von Recht, das zwischen Ordnungsauftrag und Gestaltungsanspruch changiert. So heißt es: „[D]as vernünftige Recht ist immer auch zweckmäßig“.⁷⁸ Auch sollen aus der „Natur der Sache“ Rechtsregeln gewonnen werden können.⁷⁹ Ähnlich werden auch Bewertungen dogmatischer Institute am (unscharf bleibenden) Maßstab der Zweckmäßigkeit vorgenommen.⁸⁰ Aus dieser ‚Verobjektivierung‘ des Zweckbegriffs, der Ablösung des Zwecks von der Kategorie der Handlung, lässt sich jedoch nicht ableiten, dass Mayer Recht ohne Zwecke konstruieren will.⁸¹

IV. Stoerks Plädoyer für den „Zweck“ als Kontextualisierungstheorie

Schon für die Exponenten des staatsrechtlichen Positivismus ist also der Befund, ihr Zug zur Methode wende sich gegen die Berücksichtigung der Zwecke des Gesetzgebens, Regierens und Verwaltens in der Rechtsanwendung und der juristischen Begriffsbildung, nur mit erheblichen Einschränkungen haltbar. Das breite Mittelfeld der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur dieser Zeit zeigt in diesen Fragen ohnehin eine pragmatische Haltung.⁸² Weder die Bedeutung der – dem Anspruch zum Trotz schwammig bleibenden –

⁷⁵ Mayer, *Theorie*, 1886, S. 225: Anstalt als Zusammenfassung „von staatlichen Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche zur Erhaltung je eines gewissen öffentlichen Zweckes bestimmt und vereinigt sind.“ S. auch ebd., S. 222, zur Definition der polizeilichen Tätigkeit.

⁷⁶ Mayer, *Juristische Person*, in: van Calker (Hrsg.), *Staatsrechtliche Abhandlungen*, FG Laband, Bd. 1, 1908, S. 1 (47), zu den Aufgaben des Staates; s. auch Hueber, Otto Mayer, 1981, S. 95, 97 ff. (zur Rolle der Daseinsvorsorge bei Mayer).

⁷⁷ Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, S. 165, 351.

⁷⁸ Mayer, *Eisenbahn II*, AöR 16 (1901), S. 203 (237).

⁷⁹ Mayer, *Eisenbahn II*, AöR 16 (1901), S. 203 (236, 240).

⁸⁰ Vgl. etwa Mayer, *Öffentliches Eigentum*, AöR 21 (1907), S. 449 (507): „Das Zweckmäßigkeitsgefühl sträubt sich dagegen, daß [...] wichtige Einrichtungen künftig abhängig werden sollen von den Zufälligkeiten zivilrechtlicher Rechtsbegründungen“.

⁸¹ Diese ‚Verobjektivierung‘ kritisiert Loening, *Die konstruktive Methode*, SchmJb 11 (1887), S. 541 (553), in einer der seltenen Stellungnahmen dieser Zeit zur Frage, was unter ‚Zweck‘ eigentlich verstanden werden kann: „Eine zwecklose Handlung ist überhaupt keine Handlung, sondern eine unbewußte Thätigkeit“.

⁸² In der Rückschau trägt daher die Einschätzung von Pauly, *Methodenwandel*, 1993, S. 168 ff., und Friedrich, *Geschichte*, 1997, S. 322, vor der Jahrhundertwende habe kein ‚echter‘ Methodenstreit stattgefunden. Die zeitgenössische Wahrnehmung war allerdings eine andere, vgl. etwa den Überblick über die „methodische Bewegung im öffentlichen Recht“ bei Stoerk, *Methodik*, 1885, S. 11 ff.

„logischen“ Methode für die staatsrechtliche Begriffsbildung noch die Übertragung privatrechtlicher Kategorien auf das Staatsrecht stießen auf grundsätzliche Einwände. Umgekehrt wurde die Warnung vor Einseitigkeit allgemein geteilt. Selbst Laband, der wie kein anderer für den Aufbruch stand, konnte sich ihr nicht entziehen.⁸³ Die Differenzen reduzierten sich darauf, mit welchem Ehrgeiz die Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft betrieben werden sollte, welchen Umfang historische und philosophische Erörterungen bei der Diskussion von Rechtsthemen einnehmen sollten, welchen Stellenwert nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse in der öffentlich-rechtlichen Forschung haben und welche Kompetenz Juristen im Urteil über diese ‚fachfremden‘ Themen zukommen sollte – alles Problemstellungen, die auch heute noch die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft bestimmen. Nur ganz wenige scherten aus diesem Konsens aus und mussten dann, wie etwa *Ludwig Gumplowicz*, eine extreme Außenseiterposition einnehmen.

Auch für die Befürworter einer weitergehenden Kontextualisierung des Rechts gab es dabei zu keinem Zeitpunkt ein Zurück zur alten Polizeiwissenschaft. Paradigmatisch dafür steht Stoerks weit rezipierter Text *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*.⁸⁴ Stoerk, der sich in einem Lager mit so unterschiedlichen Denkern wie *Gierke*, *Brie*, *Loening* und *Jellinek* aber auch mit *Rudolf von Gneist* und *Franz von Holtzendorff* sah, betonte die Eigenständigkeit des juristischen Denkens und wies gleichzeitig auf die Notwendigkeit hin, als Jurist die historisch-politischen Kontexte des Rechts nicht nur nicht zu vernachlässigen, sondern diese stets explizit zu machen.⁸⁵ Stoerks Ansatz kann insoweit noch einmal als repräsentativer Ausdruck dessen gelten, was gemeint war, wenn auf Seiten der moderaten Kritiker der ‚juristischen Methode‘ davon die Rede war, letztere habe sich „vom *Inhalt*, vom Zweck der

⁸³ Vgl. *Laband*, Staatsrecht, Bd. 1, ³1895, S. X (für das Zitat vgl. oben § 4 Fn. 37).

⁸⁴ *Stoerk*, *Methodik*, 1885, S. 84: „[A]ber wir müssen auch hier um der Gerechtigkeit willen betonen, dass die überhastete Flucht der Lehre vor dem wirklichen Leben auch nur als die schärfste Zuspitzung der Reaction aufzufassen ist gegen eine frühere Epoche der Staatsrechtswissenschaft.“ Zu dieser früheren, überwundenen Epoche zählt Stoerk Autoren wie *Klüber*, *Rotteck*, *Welcker*, *von Mohl* und *Bluntschli*. Zur eher negativen Rezeption vgl. die Rezensionen von *Brie*, Rezension *Stoerk*, Göttingische gelehrte Anzeigen 1885, S. 888 (892 ff.) (die Rezension fällt angesichts der großen Gemeinsamkeiten beider Denker erstaunlich kritisch aus, vgl. insbes. ebd., S. 893, 896, mit einer Polemik gegen die fehlende methodische Trennschärfe *Stoerks*); *Mayer*, Rezension *Stoerk*, *KritV* 27 (1885), S. 273. Vgl. die resignativen Bemerkungen bei *Stoerk*, Noch ein Wort zur *Methodik*, *AöR* 11 (1897), S. 457 ff.

⁸⁵ *Stoerk*, *Methodik*, 1885, S. 13, 70 f. Durchaus ähnlich wie *Stoerk* argumentiert etwa *von Gierke*, *Labands Staatsrecht*, *SchmJb* 7 (1883), S. 1097 (insbes. 1119 f.). Dazu auch *Janssen*, *Otto von Gierkes Methode*, 1975, S. 124 ff.; *Hueber*, *Otto Mayer*, 1981, S. 145 Fn. 138. Für weitere Argumentationen in diese Richtung vgl. die Hinweise oben in § 4 Fn. 16.

rechtlichen Verhältnisse“ abgekehrt.⁸⁶ Wer jetzt jedoch von Stoerks Text ein ausgearbeitetes alternatives Methodenprogramm erwartet, wird enttäuscht. Stoerk kritisiert zwar die Entfremdung der ‚juristischen Methode‘ von den Zwecken, aber auch den Versuch, die Rechtswissenschaft auf die „ausschliessliche Berücksichtigung der Forderungen der ‚*utilité publique*‘, der ökonomischen Interessen und Zwecke“ zu reduzieren.⁸⁷ Positiv wird der Rechtswissenschaft aufgegeben, Begriffsbildung im Hinblick auf den „inneren Zusammenhang [...], welcher zwischen den auf einen bestimmten praktischen Zweck abzielenden Rechtsnormen besteht“, zu betreiben.⁸⁸ Doch wie die Rechtswissenschaft diesen Forderungen gerecht werden kann, bleibt völlig offen.⁸⁹ Die Forderung nach Kontextualisierung belässt es ebenso wie die Zweckkritik beim methodischen Appell, ohne daraus eine praktikable Begriffs- oder Methodenlehre zu entwickeln. Ob und gegebenenfalls worin die behaupteten methodischen Gegensätze bestehen, bleibt bei Stoerk genauso unscharf wie in Labands Kritik an Brie. Der Streit, die „methodische Bewegung“, ist wesentlich Rhetorik.

V. Ambivalenzen des Zweckbegriffs im staatsrechtlichen Positivismus

Zusammenfassend lassen sich vier Beobachtungen zum Gebrauch des Zweckbegriffs im staatsrechtlichen Diskurs des letzten Jahrhundertdrittels machen:

Erstens nahm der Zweckbegriff im Prozess der Ablösung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht von der Polizeiwissenschaft eine zentrale Rolle ein. Oben wurde bereits beschrieben, wie ‚Zweck‘ in der Rückschau als Zentralbegriff der Polizeiwissenschaften identifiziert wurde und mit deren Entthronung der Kritik verfiel.⁹⁰ Umgekehrt wurde ‚Zweckfreiheit‘ zur Metapher für die Herausbildung einer eigenständigen fachlichen Identität der Rechtswissenschaft. Der bald weitgehend konsentierten Forderung nach Zweckfreiheit korrespondierte jedoch keine adäquate Theorie dessen, was man aus dem Kreis der eigenen Wissenschaft ausscheiden wollte: Der Begriff des Zwecks blieb insofern im rechtswissenschaftlichen Diskurs untertheoretisiert.

Dass sich die Kritik am Zweckbegriff teilweise überschießend äußerte, liegt nun *zweitens* darin begründet, dass die methodische Frage nach dem

⁸⁶ Stoerk, Methodik, 1885, S. 17.

⁸⁷ So in der Kritik des allerdings in sich differenzierteren Ansatzes des russischen Rechtswissenschaftlers Pachmann, Über die gegenwärtige Bewegung, 1882, bei Stoerk, Methodik, 1885, S. 108.

⁸⁸ Stoerk, Methodik, 1885, S. 125.

⁸⁹ Stoerk, Methodik, 1885, S. 60, betont nur allgemein die Rolle von Rechtsphilosophie und Rechtspolitik für die Rechtskritik. Auch bei ders., Sociologische Rechtslehre, AöR 1 (1886), S. 541 ff., finden sich keine weitergehenden Anhaltspunkte.

⁹⁰ Hierzu oben § 2 A. III.

Zweck vielfach nicht klar von der historisch bedingten Verwendungsweise der Zweckkategorie in spezifischen, politisch konnotierten Sachdiskursen unterschieden wurde. Hinter Stellungnahmen für und gegen den ‚Zweck‘ verbargen sich häufig Positionierungen zu bestimmten Sachfragen. Dies galt insbesondere für die Herleitung von subjektiven Rechten und Selbstverwaltungsrechten in der Tradition der limitierenden Staatszwecklehren, aber auch für die Kompetenzabgrenzung von (Verwaltungs-)Gerichten und Verwaltung bzw. Gesetzgebung. Diese Konfusion von Methoden- und Sachebene konnte auch als strategisches Mittel im Diskurs eingesetzt werden, wie Labands Anmerkungen zu Brie gezeigt haben.

Dies erklärt *drittens* den merkwürdigen Kontrast zwischen der oft vehementen Kritik am Zweckbegriff im Recht und der bald herrschenden Überzeugung, dass Recht das Produkt einer willensgetragenen, zweckorientierten Handlung des Staates oder des Gesetzgebers darstelle. Letzteres ist die allerdings selten explizit gemachte Konsequenz der Entscheidung, den Staat als Person zu konstruieren.

Womöglich deswegen blieb *viertens* auch die Neuausrichtung des Rechtsbegriffs ohne Konsequenzen für die Theorie der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung, der richterlichen Methodik oder der juristischen Interpretationslehren. Dagegen ließ sich grundsätzlich auch nicht mit Laband einwenden, die rechtswissenschaftliche Begriffsarbeit sei neu zu fokussieren und statt der Zwecke müssten jetzt die Mittel im Zentrum der juristischen Forschung stehen. Da von einem derartigen Ansatz gerade vorausgesetzt wird, dass Rechtssätze als Zweck-Mittel-Relationen zu beschreiben sind, hätte dies eigentlich zum Nachdenken über den Zweckbegriff nötigen müssen. Denn wie soll das Mittel ohne den Zweck bestimmt werden können? Insofern führte jedoch eine überschießende Zweckkritik zu Reflexionslücken.

Im staatsrechtlichen Diskurs des ausgehenden 19. Jahrhunderts ist der Zweckbegriff bei seinen Befürwortern wie bei seinen Kritikern ein mehrpoliges Chiffre, in dem sich in einer schon für Zeitgenossen kaum mehr durchschaubaren Weise rechtmethodische, rechtspolitische und rechtsdogmatische Überlegungen miteinander mischen – eine ähnliche Situation, in der sich heute der Begriff des Kontexts befindet. Wenn nun in der Rezeption dieser Epoche und in der Kritik der staatsrechtlichen Positivisten, also insbesondere Labands und Otto Mayers deren angeblich rein logische, formale, jedenfalls zweckferne Denk- und Konstruktionsart kritisiert wird, missachtet dies nicht nur die hier geschilderten Befunde. Wichtiger ist zweitens, dass dadurch der Zweckbegriff analytisch ganz unzureichend mit einem diffusen Realismusbegriff gleichsetzt wird, der für das Recht gegen den Formalismus wiederzugewinnen sei. Damit wird das Anliegen des staatsrechtlichen Positivismus, insbesondere Labands, in doppelter Hinsicht verkannt: Die eigentlich kritische Stoßrichtung des Positivismus – gegen das überholte polizeiwissenschaftliche, holistische Zweckdenken – gerät aus dem Blick. Und seine Leis-

tung – die dogmatische Bewältigung der oben skizzierten Veränderung des Rechtsbegriffs durch die juristische Konstruktion des Staates als eines willensfähigen, zwecksetzenden Akteurs, der über das positive Recht verfügen kann – wird verdunkelt.

B. Die zweckorientierte Handlung als rechtstheoretisches Fundament Jellineks

Jellinek bringt nun endlich viele der impliziten Annahmen seiner staatsrechtlichen Vorgänger auf den Begriff. Mit seiner radikalen Umstellung des Rechts auf den Grundbegriff der Handlung versucht er, dieses von allen unterschwellig noch mitschwingenden Objektivismen zu reinigen. Die hier zugrundeliegende These von Jellinek als methodischem Reformier widerspricht dem seit Kelsen vorherrschenden Bild vom wissenschaftstheoretisch eher zweifelhaften Charakter Jellineks, dessen Streben vor allem der Harmonisierung an sich unvereinbarer Positionen gegolten habe.⁹¹ Dieses Bild wird häufig gerade an Jellineks Gebrauch des Zweckbegriffs geknüpft.⁹² Eine Untersuchung des Zweckbegriffs im Werk Jellineks kann so auch Aufschluss über sein Methodenverständnis geben.

Unbestreitbar sind dem Versuch der Rekonstruktion eines im engeren Sinne philosophischen Programms Jellineks Grenzen gesetzt. Jellinek betont zwar stets den hohen Wert methodisch-philosophischer Reflexion.⁹³ Doch die Lektüre seines Werks macht schnell deutlich, dass die im Nachruf auf Jellinek verewigte Einschätzung seines Heidelberger Freundes und Kollegen *Ernst Troeltsch* ihre Berechtigung hat. Nachdem Troeltsch die Gemeinsamkeit der Forschungsinteressen und Problemstellungen betont hat, führt er aus: „Wenn ich für ihre Lösungen auf festere metaphysische Begriffe hindränge,

⁹¹ Pointiert dazu *Ghosh*, Weber and Jellinek, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 (322): „The synthesist is always open to the temptation to reconcile the irreconcilable and Jellinek was no exception“.

⁹² So die Deutung des Verständnisses des Zweckbegriffs bei Jellinek durch *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 62: „Die Unsicherheit, die der Zweckbegriff auslöst, war aber gerade in seiner Fähigkeit begründet, begrifflich zwischen Sein und Sollen zu vermitteln. *Laband* sah darin eine Gefahr für das juristische Konstruktionsreservat, während *Jellinek* – trotz Unsicherheiten – dieses Vermittlungspotential des Zweckbegriffs für seine Staatslehre nutzte.“ Die Deutung von Jellineks wissenschaftlichem Projekt als Vermittlung zwischen Sein und Sollen auch ebd., S. 146, 171, und *passim*.

⁹³ Zur Bedeutung, die Jellinek der Methodenfrage beimisst, vgl. die Nachweise oben § 4 Fn. 8, sowie schlaglichtartig *Jellinek*, *System*, ²1905, S. 19 f.; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 25 f.

so hat mir freilich darin *Jellinek* nie zustimmen wollen. Er glaubte an den Geist ohne eine Metaphysik des Geistes.⁹⁴

Weder dieses Diktum noch Kelsens Kritik entbindet jedoch von der Notwendigkeit einer möglichst präzisen Rekonstruktion von Jellineks Ansatz. Die vorschnelle Klassifikation Jellineks als eines vor-nachkantianischen Denkers droht, durch einen anachronistischen Maßstab Jellineks innovative Leistung zu verkennen (I.). Lässt man sich dagegen auf Jellineks Texte ein, zeigen diese ein bemerkenswert durchdachtes Verständnis von der Rolle des Zwecks im Recht auf der Basis einer handlungstheoretischen Rekonstruktion der Rechtsordnung (II.). Dass Jellineks Betonung der individuellen Handlung als Mittel zur Erschließung von sozialer Wirklichkeit und normativer, d. h. auch rechtlicher, Praxis in (rechts-)theoretischer Hinsicht überzeugender ausgearbeitet ist als in rechtspraktischer, ist der Kritik hingegen zuzugeben (III.).

I. Jellineks „Zwei-Seiten-Theorie“?

Die Untersuchung von Jellineks Methode bedient sich häufig der Wendung Kelsens von der „Zwei-Seiten-Theorie“.⁹⁵ Diese Formel, die mit Jellineks Werk fast schon so eng verbunden ist wie die „Drei-Elemente-Lehre“, koppelt die Gliederung der Staatslehre in Sozial- und Rechtslehre mit einer Kritik an Jellineks erkenntnis- und wissenschaftstheoretischer Position: Jellinek unterscheidet zwar – als Sozial- und Rechtslehre – verschiedene Methoden oder Erkenntnismöglichkeiten, denen je ein einzigartiger, privilegierter Zugang zu ihrem Objekt zugeordnet werde.⁹⁶ Diese Methoden wirkten aber noch

⁹⁴ *Troeltsch*, Rezension Jellinek, in: Graf (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. 4, 2004, S. 637 (644 f.).

⁹⁵ Erstmals taucht die Formel wohl bei *Kelsen*, Problem der Souveränität, 1920, S. 11, auf; als Überschrift für die Diskussion der Staatslehre Jellineks und anderer Staatsrechtler (vgl. § 4 Fn. 105) dient sie dann bei *Kelsen*, Staatsbegriff, 1922, S. 105 ff. Bei Jellinek findet sich diese Formel, die wesentliche Differenzierungen unterdrückt, nicht. Weitere Nachweise für entsprechende Ausführungen bei Kelsen s. *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 172 mit Fn. 162. *Ghosh*, Weber and Jellinek, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 (318 mit Fn. 80), weist darauf hin, dass bei *Kantorowicz*, Kampf, 1906, S. 33, von Jellineks „methodischem Dualismus“ die Rede ist.

⁹⁶ Dass Jellinek nur zwei Seiten des Staates unterscheidet, findet zwar in der Gliederung der Allgemeinen Staatslehre in Sozial- und Rechtslehre sowie in einigen Stellungnahmen Jellineks einen Anhaltspunkt (vgl. etwa *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 63: „Volle Klarheit wird jedoch durch die diesem Werke zugrunde gelegte Erkenntnis gebracht, daß es zwei möglich wissenschaftliche Standpunkte gibt, von denen aus der Staat betrachtet werden kann, der soziale und der rechtliche“; ebenso auch ebd., S. 10 f., 137; weitere Nachweise bei *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 149 mit Fn. 27). Dieser Dualismus ist für Jellinek jedoch eher ein äußerliches Ordnungsprinzip. Zu zahlreich sind die Hinweise in Jellineks Werk darauf, dass er von einer Vielzahl disziplinärer Perspektiven ausgeht (s. insbes. *Jellinek*, System, ²1905, S. 13; weitere Nachweise bei *Kersten*, a. a. O., S. 145

nicht gegenstandskonstituierend, sondern seien immer nur Perspektiven auf *einen* Gegenstand.⁹⁷ Nach den erkenntnistheoretischen Maßstäben des ‚südwestdeutschen Neukantianismus‘ sei dies inadäquat.⁹⁸ Der methodische Missstand verschlimmere sich noch dadurch, dass er Jellinek zu einer psychologischen Rechtsgeltungstheorie verführe, die letztlich alles Sollen aus einem Sein ableite und damit den Staat vor das Recht stelle.⁹⁹

Kelsens entsprechende Kritik hatte eine durchschlagende Wirkung und beeinflusst auch heute noch die Interpretationen von Jellineks Werk, wie sich etwa bei *Oliver Lepsius*¹⁰⁰, *Jens Kersten*¹⁰¹ und – wenn auch mit umgekehrten

Fn. 7 und 149). Für ein bloßes Ordnungsprinzip spricht auch, dass Jellinek die „Soziallehre“ mit keiner spezifischen Methode identifiziert, sondern in *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 15, nur negativ definiert; mit plausiblen Vermutungen zu „wissenschaftsstrategischen“ Gründen Jellineks hierfür: *Kersten*, a. a. O., S. 149.

⁹⁷ Anhaltspunkte hierfür sind insbesondere: *Jellinek, System*,² 1905, S. 13: „Ein und dasselbe Objekt kann zu einer Fülle von Erkenntnisarten Anlass geben.“; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 73 f. Weitere Nachweise auch aus dem Frühwerk Jellineks bei *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 148; *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 (320, 333).

⁹⁸ Vgl. die Zusammenfassung der Kritik bei *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 147 f., 171 ff.; *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 (331 ff.).

⁹⁹ *Kelsen*, *Staatsbegriff*, 1922, S. 119, 130 ff., 136 f.; s. auch schon *ders.*, *Hauptprobleme*,¹ 1911, S. 432 ff. Dazu *Albert*, *Der Staat als „Handlungssubjekt“*, 1988, S. 193 ff.; *Anter*, *Jellineks wissenschaftliche Politik*, PVS 39 (1998), S. 503 (520 ff.); *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 (324 f.); *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 170 ff. Hierzu auch näher unten § 4 B. III. 2. sowie § 4 C. V.

¹⁰⁰ *Lepsius*, *Jellineks Methodenlehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 309 ff., sieht in Jellinek einen Denker, der in der „Denkrichtung“ des Südwestdeutschen Neukantianismus steht (ebd., S. 340) und würdigt ihn deswegen – so der Titel des Aufsatzes – „im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie“. Mit „Neukantianismus“ meint Lepsius im Wesentlichen die Autoren Cohen, Windelband und Rickert (ebd., S. 312 mit Fn. 11; auf die nicht unbeträchtlichen Unterschiede dieser Autoren sowie deren jeweilige komplexe Werkgeschichte, wie sie etwa *Müller*, *Marburger Neukantianismus*, 1994, u. a. für Cohen intensiv aufgearbeitet hat, geht Lepsius an dieser Stelle leider nicht ein). In methodischer Hinsicht verbindet Lepsius mit dem Label „Neukantianismus“ die erkenntnistheoretisch fundierte Trennung von Sein und Sollen und die gegenstandskonstituierende Kraft der Methode (*Lepsius*, a. a. O., S. 312 f., 336 ff.). Lepsius stellt dabei durchaus Parallelen zwischen Jellinek und diesem Modell des Neukantianismus fest, insbesondere was die Abhängigkeit der Erkenntnisgegenstände von der Erkenntnisfähigkeit des Menschen betrifft (ebd., S. 331 f.), sieht dessen gleichzeitiges Festhalten an einer „gegenstandsbestimmten“ Betrachtungsweise (ebd., S. 334) aber als „theoretische Schwachstelle“ (ebd., S. 334). Diese habe erst Kelsen überwunden, dessen Ansatz bei Lepsius gewissermaßen als Maßstab fungiert.

¹⁰¹ Auch Kerstens detaillierte und abgewogene Darstellung, die Inhalt und Entwicklung von Jellineks Methode über das Gesamtwerk hinweg verfolgt, liest Jellinek weitgehend aus der Perspektive Kelsens (s. insbes. *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 93–101, 145–167); so steht

Vorzeichen – *Olivier Jouanjan*¹⁰² zeigt. Über den Anachronismus dieser Kritik wäre hinwegzugehen, wenn sie inhaltlich ein zutreffendes Bild von Jellineks Theorie zeichnen würde.¹⁰³ Anachronismen bergen jedoch die Gefahr, die für den untersuchten Autor maßgeblichen Begriffe und Lösungsvorschläge vorschnell als unverständlich abzutun. Gerade dies geschieht aber, wenn die Ausführungen Jellineks zu den Begriffen Person, Zweck und Wille, auf denen Jellinek, wie zu zeigen sein wird, sein ganzes rechtswissenschaftliches Begriffsgerüst aufbaut, als „Systembruch“ klassifiziert werden, weil sie sich nicht in das System Kelsens einpassen lassen.¹⁰⁴ Hinzu kommt, dass die an Kelsen geschulte Jellinek-Analyse oft übersieht, dass sich dessen Kritik keineswegs spezifisch gegen Jellinek gerichtet hat. Kelsen attackiert vielmehr Jellineks *Allgemeine Staatslehre* pars pro toto, als das – laut Kelsen – „standard work“ der herrschenden Schulmeinung, die auch noch sein eigenes

etwa seine Diskussion der Methode Jellineks unter der Überschrift „Zwei-Seiten-Lehre“ (*Kersten*, a. a. O., S. 145 ff.). Zwar erkennt Kersten an, dass die Interpretation Jellineks nicht „einseitig“ Kelsens Perspektive nachvollziehen dürfe (ebd., S. 171), widerspricht jedoch nur einigen Schlussfolgerungen Kelsens, ohne sich von dessen Fragestellungen zu lösen.

¹⁰² *Jouanjan*, Philosophische Verwicklungen, ZRG GA 125 (2008), S. 367 (390 ff.), unterscheidet sich von den Interpretationen bei Lepsius und Kersten insoweit, als er noch deutlicher die „klare und radikale Zäsur zwischen der neo-kantianischen Wissenschaft Jellineks und dem Begriffsrealismus der Gerber-Laband-Schule, der eben prinzipiell ein Substantialismus ist“, betont (ebd., S. 392). Er verfällt jedoch einem anderen Anachronismus, wenn er Jellineks Werk eher freihändig eine Vorwegnahme der Einsichten von *Ernst Cassirer* aus dessen Schrift „Substanz und Funktion“ (1910) unterstellt. Jouanjan fällt damit auf die verkürzende, rein „erkenntnistheoretische“ Deutung Jellineks und seines Zweckbegriffs zurück, die auch Roellecke vertreten hat (*Roellecke*, Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 170 f.). Danach dürfe der Zweck bei Jellinek nicht als „Emanation des Willens verstanden werden“, sondern sei ein „übersubjektiver Gedanke“ – ein klarer Widerspruch zu Jellineks Aussagen.

¹⁰³ Jellinek an den erkenntnistheoretischen Maßstäben Kelsens zu messen, heißt, von ihm ein theoretisches Reflexionsniveau zu verlangen, das sich auch in der Philosophie erst ausgebildet hat, nachdem Jellinek seine methodischen Grundüberzeugungen gewonnen hatte. Zwischen der formativen Phase Jellineks und Kelsens liegen gut 25 Jahre, eine sehr lange Zeit für die damalige Theorieentwicklung. Jellineks methodische Bezugspunkte stellen Autoren wie Wundt und Sigwart dar (dazu oben § 2 B. II.), denen er deutlich mehr verpflichtet ist als seinen Kollegen Max Weber oder Rickert. Dies zeigt sich gerade bei der Betonung des Willens- und Zweckelements. Dass Jellinek seine theoretischen Einsichten bereits vor Erscheinen der maßgeblichen methodischen Schriften des Südwestdeutschen Neukantianismus weitgehend abschließend formuliert hat, erkennt *Lepsius*, Jellineks Methodenlehre, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 309 (313, 340 ff.), zwar an; dies veranlasst ihn aber nur zu einer etwas mildereren Bewertung der methodischen Schwächen Jellineks (ebd., S. 342 f.).

¹⁰⁴ So die Deutung bei *Lepsius*, Jellineks Methodenlehre, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 309 (327).

Frühwerk geprägt habe.¹⁰⁵ Insofern stellt Kelsen mit der polemisch gemeinten „Zwei-Seiten“-Formel Jellinek ganz in die Tradition einer unbestimmten Unterscheidung von rechtlicher und sozialer Seite des Staates, die im 19. Jahrhundert spätestens seit *Günther Heinrich von Berg* Gemeingut war.¹⁰⁶ Damit ist eine Vorentscheidung für die Interpretation Jellineks getroffen, die diesen ganz der Erbmasse des 19. Jahrhunderts zurechnet. Jellineks innovatives Potential kann ein derartiger Zugang nicht erschließen.

Damit der Schatten von Kelsens Kritik nicht die Rekonstruktion der methodischen Prämissen Jellineks überdeckt, ist im folgenden Abschnitt hinter die geläufigen, durch Kelsen geprägten und in der Formel von der „Zwei-Seiten-Theorie“ kodifizierten Interpretationsmuster zurückzugehen. Dieser Schritt soll Jellinek keineswegs vor Kritik schützen, auch nicht vor der Kelsens. Im Gegenteil soll er erst die Basis für eine eigentlich valide, weil textbasierte Kritik schaffen.

II. Jellineks (rechts-)wissenschaftstheoretisches Programm

Will man den Problemhorizont, in den Jellinek seinen methodischen Ansatz einordnet, verstehen, kann man erneut auf die abgewogenen Worte Troeltschs zurückgreifen: „Mit der Entwicklung der neukantischen Logik gehend, hat er naturwissenschaftliche und historische Methoden scharf trennen gelernt und den Gegensatz des willensmäßig sich durchsetzenden Logos gegen die bloß gegebene Natur auch des Seelenlebens deutlich betont.“¹⁰⁷ Was verbirgt sich hinter dieser Beschreibung? Zu Jellineks Zeit ist die grundsätzliche Unterscheidung der Naturwissenschaften von solchen Wissenschaften, die sich in den Worten Troeltschs mit dem „Logos“ beschäftigen, konsentiert. Keine Probleme bereiten dabei Berechtigung und Methode der Naturwissenschaft, die als eine an Kausalgesetzen interessierte, auf die Untersuchung der Natur gerichtete Arbeitsweise bestimmt wird. Naturwissenschaftliche Erkenntnis wird anerkannt, soweit sie die spätestens seit Kant bekannten erkenntnistheoretischen Einschränkungen für die Erkundung des „Seins“ beachtet.¹⁰⁸ Jellinek fasst diesen Wissenschaftszweig abwechselnd unter den Titeln „Natur-

¹⁰⁵ Vgl. *Kelsen*, Staatsbegriff, 1922, S. 115; die Formulierung „standard work“ in Bezug auf Jellineks allgemeine Staatslehre findet sich auch in *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. VII. Kelsen richtet diesen Einwand auch gegen sein eigenes Frühwerk, namentlich die erste Auflage seiner *Hauptprobleme*, in denen er selbst einen „Rückfall in eine ganz ähnliche Zwei-Seiten-Theorie“ begangen habe: *Kelsen*, Hauptprobleme, ²1923, S. XX. Zum polemischen Zug von Kelsens Kritik siehe *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 171 f. m. w. N.

¹⁰⁶ S. hierzu oben § 2 A. III., sowie *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 219 mit Fn. 48 m. w. N.; *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 145.

¹⁰⁷ *Troeltsch*, Rezension Jellinek, in: Graf (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. 4, 2004, S. 637 (642 f.).

¹⁰⁸ S. etwa *Jellinek*, Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 3. Weitere Nachweise zu entsprechenden Ausführungen Jellineks bei *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 94, 99 ff.

wissenschaft“, „Kausalwissenschaft“ oder auch, leicht missverständlich, als „theoretische Erkenntnis“.¹⁰⁹

Heftig umstritten ist dagegen, mit welcher wissenschaftlichen Methode der den Naturwissenschaften nicht zugängliche ‚Rest‘ der (sozialen) Welt analysiert werden kann. Problematisch erscheint insbesondere, dass die Methode in diesem Bereich stets vom psychologischen, ästhetischen, historischen oder normativen Gegenstand der Untersuchung abzuhängen scheint und sich damit den wissenschaftstheoretischen Standards entzieht, die sich für die empirische Forschung etabliert haben. Der spätestens seit *David Hume* allgemein präsen- und akzeptierte Gegensatz von Sein und Sollen hilft hier nicht weiter. Die Probleme beginnen vielmehr erst dort, wo die Erklärungskraft dieser Formel aufhört und Phänomene betrachtet werden, die offenbar seismäßige Korrelate und ideelle Ausprägungen ineinander vereinen, die also zwar – wie eine Symphonie¹¹⁰ – empirisch (als Schallwellen) beschreibbar sind, aber nicht darauf reduzierbar scheinen. Begriffe wie ‚Sinn‘, ‚Logos‘, ‚Geist‘, ‚Kultur‘ oder ‚Soziales‘ dienen nun dazu, einen Gegenbegriff zu finden, der sich auf dem selben Abstraktionsniveau wie die ‚Natur‘ befindet, den Bedingungen der Kant’schen Transzendentalphilosophie genügt und Methodensynkretismus vermeidet. An das so identifizierte Objekt soll eine spezifisch nicht-naturwissenschaftliche, im damaligen Sprachgebrauch variierend als ‚geisteswissenschaftlich‘, ‚wertbezogen‘, ‚nomothetisch‘ oder ‚idiographisch‘ bezeichnete Methode anknüpfen. Diese Methoden sollen dann respektive als Geistes- oder Kultur- oder Sozial- oder Normwissenschaft institutionalisiert werden.

Jellinek entwickelt zu alledem keine eigenständige Theorie oder Terminologie. Er übernimmt aber auch nicht einfach das Begriffsangebot einer Schule, sondern verhält sich eklektisch.¹¹¹ Dementsprechend unterscheidet er in der *Allgemeinen Staatslehre* zunächst anhand der Trias Deskription – Theorie – Praxis¹¹² und dann zwischen Kausal- und Normwissenschaften.¹¹³ Gleich

¹⁰⁹ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 19 ff.; *ders.*, System, ²1905, S. 14 ff., mit dem bekannten Symphonie-Beispiel und der Gegenüberstellung von „physiologischer und psychologischer Betrachtung“ einerseits und der „ästhetischen Betrachtung“ andererseits, die letztlich auf eine Unterscheidung von „theoretischer“ Erkenntnis, d. h. naturwissenschaftlicher Methode, und einer „Welt des Handelns, des praktischen Lebens“, der auch die Juristen zugehören, hinausläuft (ebd., S. 15). Zu erheblichen Missverständnissen hat geführt, dass Jellinek den Ausdruck „Psychologie“ hier ganz anders verwendet als in seinem übrigen Werk, nämlich rein im Sinne einer empirischen Betrachtung der Reaktion des Gehirns als Organ auf akustische Signale (s. dazu sogleich § 4 Fn. 120).

¹¹⁰ Eben das bekannte Beispiel bei *Jellinek*, System, ²1905, S. 14 ff. (vgl. soeben § 4 Fn. 109).

¹¹¹ Die Deutung von Jellineks Wissenschaftsbegriff in der Sekundärliteratur beschränkt sich häufig auf einige dieser nicht in allen Punkten deckungsgleichen Ansätzen.

¹¹² *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 6.

im Anschluss ergänzt er dies durch die an *Heinrich Rickert* orientierte Trennung von Natur- und Sozialwissenschaften: Erstere erforschen allgemeine Gesetze, letztere das Historisch-Individuelle.¹¹⁴ In seinen Ausführungen zur „Beziehungen der Staatslehre zur Gesamtheit der Wissenschaften“ begegnet schließlich die Differenzierung zwischen Natur- und Geisteswissenschaften, wobei in Anlehnung an *Wilhelm Wundt* ‚Psychologie‘ als Grundlage aller Geisteswissenschaften verstanden wird.¹¹⁵ Allen diesen Ausführungen haftet jedoch noch der Charakter methodischer Präliminarien an, da Jellinek sie weder zueinander in Beziehung setzt noch sie in den Kontext seines eigentlichen Problems, „der Erkenntnis der Natur des Staates“, einbettet.¹¹⁶

Dies geschieht erst in der Analyse des „Wesens des Staates“ im sechsten Kapitel der *Allgemeinen Staatslehre*. Hier macht Jellinek – zum fünften Mal – Ausführungen zur Methodik, nämlich zu den „Erkenntnisarten des Staates“.¹¹⁷ Dabei stellt er noch deutlicher als zuvor das Primat des ‚Psychischen‘ oder ‚Psychologischen‘ – erneut nicht verstanden im heute üblichen, rein naturwissenschaftlichen Sinne – für die Erkenntnis aller sozialen Phänomene heraus:

„Alle gesellschaftlichen Vorgänge können nur erschlossen werden, wenn man die sie verursachenden und begleitenden psychischen Akte kennt. Denn alles äußere Geschehen in der Gesellschaft ist, wie alle von Menschen ausgehende Veränderung, durch den Willen bedingt, dessen Richtung und Inhalt durch das ganze psychische Sein und Wirken des Menschen gegeben ist. Mit dieser Erkenntnis wird der Staat von der Welt der Objekte in die der Subjekte verlegt.“¹¹⁸

Jellinek stellt also die Natur dem Menschen (in der Gesellschaft) gegenüber. Erstere ist im Wege „objektiver“ oder „theoretischer“ Erkenntnis zu erfor-

¹¹³ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 19 ff. Zum späteren – abweichenden – Gebrauch des Gegensatzes von Sein und Sollen, siehe unten die Hinweise in § 4 Fn. 128.

¹¹⁴ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 27 f.

¹¹⁵ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 71–125. Zur Psychologie als geisteswissenschaftlicher Grundlagenwissenschaft s. a. a. O., S. 80 f.: „Die staatlichen Vorgänge sind insgesamt menschliche Handlungen und Wirkungen menschlichen Handelns. Alles Handeln ist aber psychische Tätigkeit. Daher ist die Psychologie, die Lehre von den psychischen Zuständen und Akten, Voraussetzung wie aller Geisteswissenschaft so auch der Staatslehre.“ Zur seinerzeitigen Popularität der ‚Psychologie‘, insbesondere der Theorien Wundts und Diltheys, vgl. *Schnädelbach*, *Philosophie*, 1983, S. 125, 136, 157 ff.; sowie die Beiträge (insbesondere von *Waldhoff* und *Schönberger*) in *Schmoeckel* (Hrsg.), *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, 2009. Dieser „Psychologismus“ Jellineks ist später ein wesentlicher Ansatzpunkt für Kelsens Kritik (*Kelsen*, *Staatsbegriff*, 1922, S. 119).

¹¹⁶ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 136.

¹¹⁷ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 136 ff.

¹¹⁸ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 137. Vgl. auch schon ebd., S. 81, wonach der Staat „wesentlich eine innermenschliche Erscheinung“ ist, auch wenn sich „seine Äußerungen [...] notwendig in der physischen Welt abspielen“.

schen.¹¹⁹ Die Welt des letzteren, wozu auch das Recht gehört, ist immer nur der „subjektiven“, „psychologischen“ oder wertorientierten Methode zugänglich¹²⁰:

„Auch die Welt des Juristen ist nicht die, welche das Objekt der theoretischen Erkenntnis bildet. Es ist die Welt des Handelns, des praktischen Lebens, die ausschliesslich die seinige ist, eine Welt der Dinge für uns, nicht der Dinge an sich.“¹²¹

Die „subjektive“ Methode Jellineks baut also auf dem Grundbegriff der (sozialen und intentionalen) Handlung auf – wie nur nebenbei anzumerken ist, ein Ansatz, der nicht weit entfernt von modernen sozialkonstruktivistischen bzw. sozialontologischen Theorien ist.¹²² Als notwendiges Objekt der „psychischen Akte“ gerät dabei auch und gerade der Zweck in den Blick: „Jeder menschliche Willensakt muss einen bestimmten Inhalt haben. Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur Etwas wollen.“¹²³ Erst dieser Inhalt, eben der Zweck, verschafft den Willensäußerungen Identität und damit Existenz.¹²⁴ Oder auch:

„Auf teleologischer Einheit in der sozialen Welt ruhen für uns Ordnung und Beurteilung unserer Handlungen, der geistige und wirtschaftliche Verkehr, die Individualisierung der von uns geschaffenen und für uns bestimmten Sachen derart, daß der Zweck als das princi-

¹¹⁹ Zu Nachweisen für transzendentalphilosophische Argumentationen bei Jellinek s. nur die zahlreichen Nachweise bei *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 150 Fn. 33.

¹²⁰ Ganz auf dieser Linie liegt – trotz des missverständlichen Gebrauchs des Wortes „Psychologie“ (vgl. soeben § 4 Fn. 109) – auch die Gegenüberstellung von „physiologischer und psychologischer Betrachtung“ einerseits und der „ästhetischen Betrachtung“ andererseits im schon erwähnten Symphonie-Beispiel: *Jellinek*, System, ²1905, S. 14 ff., 17. Dort steht das Beispiel des ästhetischen Zugangs zu Willensakten pars pro toto für die willensorientiert-psychologische Weltbetrachtung. Die Unterscheidung beider Elemente des „Psychologischen“ wird besonders deutlich in folgender Passage aus *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 171: „Die moderne Psychologie weiß daher sehr gut, daß sie, wenn sie von der Seele spricht, damit nur eine zur subjektiven Synthese der psychischen Akte notwendige Anwendung der Kategorie der Substanz vollzieht, ohne damit irgendwie dieser Synthese objektive Existenz zuzuschreiben. Daß das Individuum körperlich wie jeder Organismus in stetem Flusse begriffen, daß es ein Kollektivum stets wechselnder zellulärer Gebilde ist, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Für den Naturforscher ist das Individuum ebenfalls eine Kollektiveinheit, und auch für ihn ist diese Einheit die Form der Synthese für die Gesamtheit der somatischen Lebenserscheinungen des Menschen. Das Individuum ist körperlich und *geistig* teleologische Einheit und damit subjektive Einheit, Einheit für unser Bewußtsein, deren objektiver Wert unerkennbar ist, weil wir nicht imstande sind, objektive Zwecke zu erkennen“.

¹²¹ *Jellinek*, System, ²1905, S. 15 (vgl. auch ebd., S. 17).

¹²² S. hierzu unten § 6 B. I.

¹²³ *Jellinek*, System, ²1905, S. 40.

¹²⁴ *Jellinek*, System, ²1905, S. 24: „Ohne Anwendung der Zweckkategorie ist es überhaupt gar nicht möglich in die Willensäußerungen des Menschen Sinn und Ordnung zu bringen“.

pium individuationis für alle menschlichen Dinge betrachtet werden kann. Durch Anwendung der Zweckkategorie heben wir wertvolle Handlungen von gleichgütigen ab, verbinden eine Zahl einzelner Akte zu einer Einheit: Rechtsgeschäfte und Delikte werden so durch teleologische Betrachtung zu Einheiten verdichtet; durch den Zweck verbinden wir selbst eine Vielheit räumlich getrennter Dinge zur Einheit der Sache im Rechtssinne; durch den Zweck teilen wir die fließende Reihe unserer Beschäftigungen, die ununterbrochene Folge unserer Taten in mannigfaltige Einheiten ab, die unter rein psychologischen Gesichtspunkten eine Vielheit geistiger Akte bedeuten.¹²⁵

Auf dieser ersten Unterscheidung von Natur und Geist/Psyche/sozialer Welt baut Jellinek nun eine zweite, nachgeordnete Unterscheidung auf. Am Beispiel des Staates spaltet Jellinek die „subjektive“ Betrachtungsweise wiederum in zwei „Arten“ auf. Diese widmen sich je der „sozialen“ und der „rechtlichen“ Seite des Staates.¹²⁶ Erst auf dieser nachgeordneten Ebene führt Jellinek dann wiederum die schon zu Beginn der Allgemeinen Staatslehre aufgeworfene Unterscheidung von Sein und Sollen ein, die aber gegenüber der Ausgangsdefinition erheblich modifiziert ist.¹²⁷ Das ‚soziale Sein‘ darf nämlich nach Jellinek keineswegs als empirisch-fassbares Sein verstanden werden, das naturwissenschaftlichen Methoden zugänglich ist. Aufgrund der strengen Trennung von geistiger Tätigkeit und empirischer Natur ist – zumindest der Intention Jellineks nach – seine sozialpsychologische Rechtsgeltingslehre keine naturalistische Theorie und die Soziallehre des Staates eben keine positivistische empirische Staatstheorie. Qua Ursprung alles sozialen Seins im zwecksetzenden menschlichen Willen ist vielmehr dessen Untersuchung stets und notwendig wertorientiert und bleibt ohne Berücksichtigung entsprechender Bezüge schlicht unverständlich.¹²⁸ Das Recht hat nach Jellinek, wie alle sozialen Erscheinungen, seinen Sitz „in den Köpfen der Menschen [...] in uns, nicht außer uns“.¹²⁹ Selbst dort, wo also seine Rechtsgeltingslehre aus massenpsychologischen Phänomenen Recht erzeugt, findet keine schlichte Vermittlung von ‚nackter‘ Faktizität und Normativität statt, sondern eine Änderung im Aggregatzustand der Wertbeziehungen.

¹²⁵ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 178 f.

¹²⁶ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 137. Aus den oben (§ 4 Fn. 96) zu Jellineks Dualismus und den zwei Seiten der „Zwei-Seiten-Lehre“ angeführten Gründen ist Jellineks Fokus auf diese beiden Betrachtungsarten kaum abschließend zu verstehen, sondern eher als Hinweis auf die Pluralität möglicher Perspektiven zu lesen.

¹²⁷ Vgl. oben § 4 Fn. 113.

¹²⁸ Vgl. eben Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 137. Unklar bleibt Jellinek aber insoweit, als er im darauf folgenden Abschnitt (ebd., S. 140–174), davon ausgeht, dass die „subjektiv-soziale“ Betrachtung des Staates, also etwa eine historische oder nationalökonomische Analyse, auch durch eine „objektive“ Betrachtung wenigstens partiell ergänzt werden könne, ohne sich dazu zu äußern, wie dies funktionieren soll.

¹²⁹ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 342 f.

III. Konsequenzen für Jellineks Verständnis des Zweckbegriffs

Jellineks Ausführungen sind kein Muster an Klarheit und können heute sicher nicht mehr in allen Punkten überzeugen. Dennoch lassen sich die wesentlichen Grundannahmen Jellineks hinreichend verlässlich rekonstruieren, um das innovative Potential seines Ansatzes erkennen zu können. Dieses verfehlen die in der Literatur vertretenen Deutungen, die Jellineks Verwendung des Zweckbegriffs allein als „Systembruch“ oder als Strategie zur Vermittlung von Normativität und Faktizität verstehen. Allerdings ist diesen Deutungen zuzugeben, dass es Jellinek nicht schafft, aus seinem rechtstheoretischen Ansatz eine überzeugende Position zur rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung und zur Rechtsanwendungslehre zu entwickeln.

1. Recht als zweckorientierte Handlung

Mit seiner Entscheidung für die Ausrichtung des Rechts (und aller anderen sozialen Aktivitäten) am Leitbegriff der Handlung stellt Jellinek die Weichen für ein modernes Rechtsverständnis. Spätestens seit Max Weber gilt die Handlung allgemein als eine, wenn nicht gar die elementare Kategorie allen Nachdenkens über soziale Phänomene.¹³⁰ Jellineks Aussagen zu Handlung, Zweck und zu den von ihm wertbezogen verstandenen ‚psychologischen‘ Aktivitäten sind dieser fundamentalen handlungstheoretischen Ebene zuzurechnen und als solche für seine nachgelagerten Analysen sozialer und rechtlicher Sachverhalte maßgeblich. In dieser abstrakten Form sind Jellineks Annahmen auch heute noch durchaus tragfähig. Die Radikalität seines Ansatzes ist aus heutiger Sicht freilich kaum mehr nachvollziehbar. Doch liegt in Jellineks Bestimmung die konsequente Absage an alle die Rechtswissenschaft seiner Zeit immer noch durchziehenden Objektivismen, die – wie gesehen – noch wenige Jahre zuvor in Gestalt von Jherings *Zweck* fröhlich Urstände gefeiert hatten. Auch wenn Laband und andere inhaltlich bereits ein vergleichbar modernes Programm verfolgt hatten, hatten sie dies doch nicht wie Jellinek offen gelegt und methodisch fundiert.¹³¹

Recht und Rechtsbegriffe haben damit nach Jellinek an der Kontingenz teil, die allem Handeln innewohnt. Sie sind nicht überzeitlich, weshalb ihnen „nur immanente Wahrheit für die Welt des menschlichen Handelns zukommt.“¹³² Rechtliches ‚Sollen‘ kann sich daher nicht allein durch seine Wertbezogenheit auszeichnen. Im Umkehrschluss ermöglicht Recht, insbesondere Gesetzesrecht, dann aber soziale Gestaltung und ist insoweit notwen-

¹³⁰ Hierzu ausführlich unten § 6 B. I.

¹³¹ Dazu oben § 4 A. II.

¹³² *Jellinek, System*, ²1905, S. 21.

dig zweckgerichtet.¹³³ Die Staatsgewalten werden als Akteure beschrieben, die Zwecke verfolgen können; nach diesen sind sie daher auch zu gliedern.¹³⁴ Gleiches gilt für die Abgrenzung von Gesetz und Verordnung.¹³⁵

2. Der Zweckbegriff als Vermittlungsinstanz von Faktizität und Normativität?

Für Kelsen war Jellineks Schritt zu einem theoretisch fundierten Positivismus offensichtlich schon derart selbstverständlich geworden, dass er an Jellinek nur noch die – zweifellos vorhandenen – Inkonsequenzen bei dessen Umsetzung kritisieren konnte. Doch selbst wenn man derartige Inkonsequenzen anerkennt, ist die Behauptung schief, Jellineks Behandlung des Zweckbegriffs sei eine Irregularität in seinem auf der Dichotomie von Sein und Sollen aufbauenden Begriffsgerüst. Sie ist kein „Systembruch“¹³⁶, vielmehr baut Jellineks System auf ihr auf. Die Orientierung am Leitbild der individuellen,

¹³³ Jellinek ist dabei zwar vorsichtig, was die Steuerungsfähigkeit der Gesellschaft durch Recht betrifft (*Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 97 f., 125, 257), bejaht diese aber am Beispiel der sozialgestaltenden Wirkung der „Arbeiter-Schutz- und Fürsorgegesetzgebung“: „Das Recht ist nicht nur ein Mittel, um einen gegenwärtigen Zustand zu bewahren, sondern auch um an der Herbeiführung eines künftigen mitzuarbeiten.“ (*Jellinek*, a. a. O., S. 257; vgl. u. a. auch ebd., S. 47 ff., 341, 345, 613, 617). S. hierzu auch schon *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 233 (Gesetze als „Bethätigungen der Herrschermacht des Staates, die in der aus selbsteigenem Entschlusse des Staates hervorgehenden Bindungen des Unterthanenwillens zur Erreichung der Staatszwecke besteht.“); sowie *ders.*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 237 („Jede Änderung in der Gesetzgebung und Organisation des Staates muß durch ihre Zweckmäßigkeit begründet werden, jeder Motivenbericht einer Gesetzesvorlage muß sich ausgesprochen oder stillschweigend irgendwie auf die Staatszwecke stützen.“). Hierzu ausführlich *Boldt*, Staat, Recht und Politik, in: *Anter* (Hrsg.), Staatsverständnis, 2004, S. 13 (24 f.). Unklar bleibt: *Roellecke*, Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 168 ff.

¹³⁴ *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 213 f.: „Der Charakter der Staatsthätigkeit, wie aller menschlichen That, ist gegeben durch ihre Zwecke. Die Welt des Menschen ist eine Welt der Zwecke; eine Differenzirung und Classificirung der menschlichen Handlungen und der aus Menschen gebildeten Verbandpersönlichkeiten muss unter dem teleologischen Gesichtspunkte stattfinden, will sie irgend welchen praktischen Werth haben. Die Thätigkeit des Staates differenzirt sich sonach gemäss seinen Zwecken. Erhaltung der eigenen Existenz, des Rechtes, der Cultur haben sich uns als Zwecke des Staates dargestellt. Daran wird die Bestimmung der einzelnen Richtungen der Staatsthätigkeit anknüpfen müssen.“ Den Widerspruch dieser Definition zu den Ausführungen in *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 191, sieht *Brie*, Theorie des constitutionellen Staatsrechts, AÖR 4 (1889), S. 1 (8). Im achtzehnten Kapitel der *Allgemeinen Staatslehre*, das den „Funktionen des Staates“ gilt, entwirft Jellinek zwar erneut eine funktionale Theorie der Gewaltenteilung, bedient sich dafür aber nicht mehr ausdrücklich des Zweckbegriffs (vgl. insbes. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 600; Anklänge daran aber wiederum ebd., S. 609 f.).

¹³⁵ *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 240, 242.

¹³⁶ Vgl. soeben § 4 Fn. 104.

willensgetragenen, zwecksetzenden Handlung ist für Jellinek aus den genannten Gründen Voraussetzung aller wertbezogenen Analyse.¹³⁷

Wenn Kersten demgegenüber den Zweckbegriff allein als Strategie zur „Vermittlung von Faktizität und Normativität“ würdigt¹³⁸, verfehlt das diesen grundlegenden Punkt. Sicherlich muss Jellinek wie jeder Positivist für das Problem der Normativität eine ‚vermittelnde‘ Theorie der Rechtsgeltung auf der Basis weltimmanenter Umstände entwerfen, da Norminhalte nicht mehr als selbstevident gelten.¹³⁹ Jellineks psychologische Rechtsgeltungslehre ist dabei in vielen, hier nicht weiter interessierenden Punkten, wenig ausgearbeitet und undifferenziert.¹⁴⁰ Tatsächlich liegt hier wohl einer der wesentlichen theoretischen Schwachpunkte Jellineks, wie die missverständliche und missverstandene Rede Jellineks von der „normativen Kraft des Faktischen“ belegt.¹⁴¹ Dennoch ist festzuhalten, dass der ‚Zweckbegriff‘ Jellinek nicht zur ‚Vermittlung‘ dient. Etwaige Kritik muss sich an die Rechtsgeltungstheorie richten.¹⁴² Diese mit dem ‚Zweck‘ gleichzusetzen, lenkt – auch aufgrund der oben beschriebenen Assoziationen des Begriffs mit dem alten polizeiwissenschaftlichen, teleologischen Denken – von Jellineks methodischer Neuausrichtung ab.

3. Zwecke in der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung

Jellineks innovative Leistung bei der theoretischen Bestimmung des Rechts als Handlungsordnung überträgt sich nun leider nicht in ähnlich produktiver Weise auf eine Theorie der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung oder der Rechtsanwendung. Jellineks Ausführungen in der *Allgemeinen Staatslehre* zu

¹³⁷ In diesem Sinne ist die grundlegende Aussage bei Jellinek, *System*, ²1905, S. 15, zu verstehen (vgl. oben § 4 Fn. 109 und § 4 Fn. 120).

¹³⁸ Kersten, Jellinek, 2000, S. 62 (s. das Zitat oben § 4 Fn. 92). Diese Deutung Jellineks durchzieht Kerstens Werk (vgl. nur Kersten, a. a. O., S. 5 ff., 64, 146, 150), ohne dass völlig klar wird, was mit „Vermittlung“ außer einer unspezifischen Wirklichkeitsorientierung des Staatsrechts gemeint sein soll.

¹³⁹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 350 f.

¹⁴⁰ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 333 ff., 370 mit Anm. 3. Dazu instruktiv Landau, *Rechtsgeltung bei Jellinek*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 299 (301). S. auch Kersten, Jellinek, 2000, S. 353 ff.; Korioth, *Staatszwecklehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 117 (124), unter Verweis auf Albert, *Der Staat als „Handlungssubjekt“*, 1988, S. 58 ff.

¹⁴¹ Dazu Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 338; zu Rezeption und Kritik dieser Formel ausführlich Kersten, Jellinek, 2000, S. 365 ff.

¹⁴² Vgl. allerdings die Verteidigung Jellineks durch Landau, *Rechtsgeltung bei Jellinek*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 299 ff., gegen den Vorwurf des „Rechtsnihilismus“ durch Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, S. 4, und der methodischen Inkonsistenz durch Kelsen, *Hauptprobleme*, ¹1911, S. 220–224.

diesen Themen sind äußerst knapp.¹⁴³ Sie oszillieren zwischen einer bemerkenswert hellsichtigen Kritik der ideologischen Prämissen der „dogmatisch-juristischen Schule der deutschen Staatsrechtswissenschaft“, also seines Freundes Laband,¹⁴⁴ und dem offensiv vertretenen Anspruch der Rechtswissenschaft, „ausschliesslich juristisch“ zu sein.¹⁴⁵ Da sich der Staatsrechtslehrer als Sozialwissenschaftler im weiteren Sinne nach Jellinek seines politischen Vorverständnisses nie ganz entledigen kann¹⁴⁶, ist der Appell der Allgemeinen Staatslehre umso ernster zu nehmen: „Für das Staatsrecht gilt aber nur die juristische Methode.“¹⁴⁷

Doch wie lässt sich die juristische Methode in die methodischen Prämissen Jellineks integrieren? Wie haben sich also rechtswissenschaftliche Begriffsbildung und Methodenlehre zur Kategorie des Zwecks zu verhalten? Die Untersuchung von Hauptvertretern der juristischen Methode vor Jellinek hat gezeigt, dass deren methodische Stellungnahmen keineswegs grundsätzlich zweckbezogene Tatbestandsmerkmale und Argumente aus der Dogmatik und der Methodenlehre ausschließen wollten. Das Gegenteil war der Fall. Äußerungen, etwa bei Laband, die sich gegen den ‚Zweck im Recht‘ wendeten, erwiesen sich teils als Rhetorik, die sich gegen bestimmte rechtspolitische Vorstellungen richtete, teils als kaum kontroverser Appell, im Rahmen juristischer Begriffsbildung mehrdeutige Begriffe zu vermeiden.

Ganz in dieser Tradition stehen auch die wenigen expliziten Äußerungen Jellineks zur Rolle des Zwecks für die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung. Die erste findet sich in der frühen Schrift *Gesetz und Verordnung*. Nachdem Jellinek dort zunächst die Bedeutung der Staatszwecklehre für eine „vollendete Anschauung vom Staate“ betont hat, schränkt er diese Aussage ein und propagiert einen juristischen Begriff des Staates, der ohne Rückgriff auf spezifische *Staatszwecklehren* auskommen solle.¹⁴⁸ Eine allgemeine Aus-

¹⁴³ So auch Kersten, Jellinek, 2000, S. 167 ff.

¹⁴⁴ Jellinek, Kampf, 1907, S. 22 f. Im Wesentlichen wortgleich schon *ders.*, System, ¹1892, S. 18; und später dann *ders.*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 16 f. Zu den hierin zum Ausdruck kommenden liberalen Tendenzen Jellineks s. Schönberger, Ein Liberaler, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 3 (19 ff.). Zum Verhältnis von Laband und Jellinek vgl. § 4 Fn. 11.

¹⁴⁵ Jellinek, System, ¹1892, S. 33: „Eine juristische Theorie muss eben die Erscheinungen des Rechtslebens erklären können: sie darf weder psychologisch, noch naturwissenschaftlich, weder empirisch, noch realistisch, sie muss vielmehr ausschliesslich juristisch sein“.

¹⁴⁶ Jellinek, Kampf, 1907, S. 24.

¹⁴⁷ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 51. Jellinek entwirft also gerade keine soziologische Staatsrechtslehre und stellt sich damit gegen eine um 1900 schon nicht mehr ganz schwache Methodenströmung. Vgl. die Nachweise zeitgenössischer soziologischer Staatslehren bei Pauly, Methodenwandel, 1993, S. 220 f. mit Fn. 57.

¹⁴⁸ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 192: „Nicht den Staat in seiner Totalität hat die Rechtswissenschaft zu erforschen. Nur die äußeren Verhältnisse der Persönlichkei-

sage zur Rolle des Zwecks in der juristischen Begriffsbildung lässt sich daher aus dieser Textstelle nicht ableiten.¹⁴⁹ Etwas weiter geht eine eher beiläufig getroffene Aussage im *System*:

„Ist auch der Zweck des Rechtes als dessen Schöpfer ausserhalb des Rechtes liegend, so ist er doch der notwendige Regulator aller juristischen Konstruktion, welche sonst unfruchtbarer Scholastik anheimfällt.“¹⁵⁰

Auch hieraus lässt sich aber keine greifbare Aussage zur Rolle des Zwecks in der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung ableiten. Vielmehr verweist das Zitat nur auf Jellineks allgemeine methodische Überlegungen und auf seine Definition der zweckorientierten Handlung als Grundlage aller Wissenschaft vom Sozialen und damit auch des Rechts.

In diese Richtung argumentiert Jellinek dann auch in der *Allgemeinen Staatslehre*: Aus einer spezifisch rechtswissenschaftlichen Perspektive zeichnet Jellinek dabei ein eher blasses Bild des Rechts, das zwar vom Sozialen abhängig ist, aber doch allem Faktischen distanziert gegenübersteht. Nach Jellinek fassen Normen das „reale Substrat“ des sozialen Seins auf einer ganz abstrakten Ebene.¹⁵¹ Zwar besteht eine Wechselwirkung von rechtlichen Normen und sozialem Sein, deren Grundlegung Jellinek eben in der bereits

ten zu einander fallen in das Gebiet des Rechtes. Deshalb bedarf die Jurisprudenz formeller Merkmale, um an ihnen das zu erkennen, was sie als Staat betrachten soll.“ In *Gesetz und Verordnung* besteht insgesamt noch eine spürbare Spannung zwischen einem sozialwissenschaftlichen Staatsbegriff, den Jellinek als notwendig aus dem Zweckbegriff herleiten will, und der Forderung nach Zweckfreiheit für die juristische Definition des Staates. Diese Diskrepanz wird in Jellineks Werk zugunsten des Zweckbegriffs, der zum Grundbegriff wird, aufgelöst (§ 4 B. II.). Die Spannung in *Jellinek, Gesetz und Verordnung*, 1887, wird erkannt bei: *Preuss, Persönlichkeit des Staates*, AöR 4 (1889), S. 62 (79): „[Jellinek] verwirft zunächst auf's entschiedenste die Verwendung des Zweckmoment für die Begriffsbestimmung; aber nur um sofort die Zweckidee als das konstitutive Element der juristischen Person zu proklamieren. Ihn ebenso wie Rosin drängt dazu die Verlegenheit, an Stelle der Fiktion eine andere Schöpfungskraft für die Bildung nichtphysischer Personen zu finden. Die Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit der *persona ficta* verbreitet sich unwiderstehlich“ Vgl. dagegen zu Recht die Analyse bei *Kersten, Jellinek*, 2000, S. 251 mit Fn. 104.

¹⁴⁹ In einer Fußnote wird jedoch eine scheinbar grundsätzliche Kritik an der Unbestimmtheit des Zweckbegriffs geübt: „In welche vage Allgemeinheiten man durch Annahme des Zweckmomentes in eine juristische Begriffsbestimmung geräth, hat Rosin [...] gezeigt.“ – so *Jellinek, Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 192 mit Fn. 4 (der Verweis auf Rosin richtet sich wohl auf *Rosin, Genossenschaft*, 1886, S. 27 f.). Diese Kritik bleibt jedoch unausgeführt, bzw. wird im Folgesatz auf eine Kritik von juristischen Staatsbegriffen beschränkt, die auf den Zweckbegriff Bezug nehmen („Ausser diesem vindiciren dem Zweckmomente im Staatsbegriffe juristische Bedeutung Gierke [...], Brie [...]“).

¹⁵⁰ *Jellinek, System*, ¹1892, S. 75 (= *ders.*, *System*, ²1905, S. 80).

¹⁵¹ *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 138 f. in Fn. 1; *ders.*, *System*, ²1905, S. 17.

erwähnten psychologischen Rechtsgeltungslehre auszuarbeiten versucht. Doch ist die Transformation einmal erfolgt, ist im juristischen Diskurs wegen der Sein-Sollens-Trennung ein Rückgriff auf Argumente aus dem sozialen Sein ausgeschlossen. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich allein mit dem „Sollen“, sie ist eine „Normwissenschaft, ähnlich wie die Logik“, die sich mit *gegebenen* normativen Sätzen beschäftigt und diese widerspruchsfrei ordnet.¹⁵² Die juristische Konstruktion betrachtet damit nur die Oberfläche des Staates als sozialer Sphäre.¹⁵³ Unter dieser „wogen die historischen Kräfte, die das An-sich der Staaten bilden und zerstören, das jenseits aller juristischen Konstruktion besteht“.¹⁵⁴ Noch einmal anders ausgedrückt: „Die von dem juristischen Institut erfassten und normierten Lebensvorgänge sind der Gegenstand historischer und sozialwissenschaftlicher Forschung“.¹⁵⁵ Juristische Begriffe abstrahieren über diese soziale Wirklichkeit, ohne sich von dieser zu lösen, was Charakteristikum der „Fiktion“ wäre:

„Der Abstraktion liegen reale Vorgänge in der Welt des äußeren und inneren Geschehens zu Grunde, die Fiktion hingegen setzt an die Stelle des natürlichen einen ersonnenen Tatbestand und setzt ihm den ersteren gleich. Die Abstraktion ruht auf dem Geschehenen, die Fiktion auf dem Erfundenen.“¹⁵⁶

¹⁵² Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 138. Der Mathematikvergleich taucht auch in *ders.*, System, ²1905, S. 17 Fn. 2, auf; vgl. auch *ders.*, System, ¹1892, S. 16: „Des Juristen Aufgabe ist es nicht, die für die Gesamtheit menschlicher Erkenntnis so wichtigen natürlichen, individual- und massenpsychologischen Vorgänge zu constatieren, welche zu dem Rechtsinstitute des Eigentums geführt haben, sondern er kann nur die Frage beantworten: Wie muss das Eigentum gedacht werden, damit alle auf dasselbe sich beziehenden Normen zu einer widerspruchlosen Einheit zusammengefasst werden können?“

¹⁵³ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 163. Zu einer Kritik dieser „Abbild-Theorie“ s. *Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 94; *ders.*, Staatsbegriff, 1922, S. 106.

¹⁵⁴ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 125. Weitere Nachweise für diese Metapher bei *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 169 mit Fn. 147. Bei Jellinek, System, ²1905, S. 17, ist insoweit von der „Gedankenwelt des Juristen“ die Rede.

¹⁵⁵ Jellinek, System, ²1905, S. 17.

¹⁵⁶ Jellinek, System, ²1905, S. 17. Vgl. auch ebd., S. 80. Diese Behandlung des Fiktionsbegriffs ist eng verbunden mit Jellineks Diskussion entsprechender staatstheoretischer Modelle, die staatliche Einheit als Fiktion verstehen (hierzu § 4 C. III.). Dies macht Jellineks Intention klarer, ohne aber wirklich überzeugen zu können. Zur verbreiteten Kritik hieran s. nur *Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 177; sowie instruktiv *Preuss*, Persönlichkeit des Staates, AöR 4 (1889), S. 62 (80 f.): „Ist denn juristisches Konstruieren nicht auch ein zweckbewusstes menschliches Denken? Man beseitigt die Fiktion nicht, wenn man sie in anderen Worten ausdrückt. [...] Und wenn er an derselben Stelle sagt, dass unsere unvollständige theoretische Erkenntnis die Theile der nicht durch menschliche Willkür erschaffbaren Wesen (d. h. der Organismen) als durch einen Zweck verbunden an s i e h t , so gesteht er damit ja selbst zu, dass die Heranziehung der Zweckidee auch nichts anderes ist als eine Fiktion.“ In Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 194, wird „Konstruktion“ noch gleichbedeutend mit „Fiktion“ verwendet, ohne dass dies einen Einfluss auf

Auch Jellineks Theorie der Rechtsanwendung geht kaum über allgemeine funktionale Erwägungen hinaus und befasst sich nicht ernsthaft mit Fragen der Auslegung oder Methodik.¹⁵⁷ Seine Theorie des „Urteils“, in dem die Rechtssätze mit dem „Sein“ in Relation gebracht werden, bleibt dunkel.¹⁵⁸ Ausführungen zu weitergehenden Fragen, etwa zu spezifischen Öffnungsklauseln in der Rechtsdogmatik, gesetzesfreien Gestaltungsspielräumen für Richter oder Verwaltung oder zu sonstigen Techniken der ‚Vermittlung‘, finden sich nirgends. Allenfalls bei der Diskussion des Staates als Zweckeinheit verschwimmen bei Jellinek die klaren Grenzen des Juristischen und des Sozialen. Was es damit auf sich hat, ist nun zu untersuchen.

Soll Jellineks Theorieprogramm vorab noch einmal auf eine Formel gebracht werden, kann – wiederum mit Troeltsch – bei aller gebotenen Vorsicht von einer ‚Drei-Seiten-Theorie‘ die Rede sein, mittels derer Jellinek die „Einheit des Historisch-Tatsächlichen, des Vernünftig-Notwendigen und des Spezifisch-Juristischen“ auf die gemeinsame Basis der ‚psychologischen‘, d. h. wertbezogenen, menschlichen Willenstätigkeit zurückführt.¹⁵⁹ Diese Einheit ist dann Kristallisationspunkt der verschiedenen sozialwissenschaftlichen Perspektiven und findet sich im Subjekt des Forschers.¹⁶⁰

C. Staatsmetaphorik und Zweckbegriff: Die „Zweckeinheit“ als (Rechts-)Subjekt

Mit dem Einheitsbegriff ist ein weiterer Grundbegriff Jellineks erwähnt. Dieser wird für Jellinek dort wichtig, wo er seine gerade skizzierten Theorieansätze auf genuin staatsrechtliche Fragen überträgt. Jellinek richtet dabei seine Theorie des Rechts am Leitbild der sozialen Handlung aus und fasst den Staat oder andere rechtserzeugende Entitäten als (kollektive) Personen. Aus Sicht des Zweckbegriffs ist damit dessen Subjektdimension aufgerufen.¹⁶¹ Diese hat allerdings schon Jhering erhebliche Schwierigkeiten bereitet.¹⁶²

Jellineks Grundgedanken hat: „Die juristische Person ist keine Schöpfung der juristischen Konstruktion, sondern eine Bildung des zweckbewussten menschlichen Handelns und Denkens“.

¹⁵⁷ Vgl. etwa die mageren Ausführungen in *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof, 1885, S. 25, 48.

¹⁵⁸ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 138.

¹⁵⁹ *Troeltsch*, Rezension Jellinek, in: Graf (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. 4, 2004, S. 637 ff. Der Gedanke wird übernommen von *Ghosh*, Weber and Jellinek, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 (321), der ihn an Jellineks Unterscheidung von spekulativ-philosophischer, historisch-politischer und juristischer Betrachtungsweise anlehnt.

¹⁶⁰ *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 148.

¹⁶¹ Hierzu oben § 2 C. II. und § 2 D. II.

¹⁶² Hierzu oben § 3 B. II.

Auch in der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhundert war der Erkenntnisgewinn der unter den Stichworten ‚Maschine‘, ‚Organismus‘ oder ‚juristische Person‘ geführten Diskussionen beschränkt.¹⁶³ Jellinek versucht nun, auch in dieser Frage seinen methodischen Individualismus zur Geltung zu bringen, ohne sich jedoch ganz aus der Tradition lösen zu können. Jellineks Beschäftigung mit dem Staatsbegriff ist insoweit von widersprüchlichen Intuitionen durchzogen (I.). So überzeugt zwar seine Kritik rein naturalistischer oder konstruktivistischer Staatstheorien (II. und III.). Seine Theorie des Staates als „Zweckeinheit“ erweist sich jedoch im Kern als *petitio principii* (IV.). Jellineks Scheitern, einen tragfähigen Staatsbegriff zu begründen, stellt sich allerdings bei genauer Betrachtung nicht als theorieimmanente Notwendigkeit, sondern als Verstoß gegen die eigenen methodischen Prämissen dar (V.).

I. Konstellationen: Zwischen Etatismus und methodischem Individualismus

Jellineks Überlegungen zum Staatsbegriff stehen unter einer erheblichen konzeptionellen Spannung. Auf der einen Seite bekennt sich Jellinek geradezu emphatisch zu einem methodischen Individualismus.¹⁶⁴ Geschichte, Gesellschaft und auch das Recht sind für Jellinek allein als Abfolge und Resultat individueller Handlungen verständlich; Größen wie „die Substanz, der Weltgeist, die Materie, oder wie sonst das große X heißen mag, [die] über den Köpfen und durch die Köpfe der Individuen ihr Werk verrichten“ werden dagegen als erklärende Faktoren verabschiedet.¹⁶⁵ Für Jellinek kulminieren diese Überlegungen in der „unwidersprechlichen psychologischen Tatsache, daß das Leben des Staates in einer ununterbrochenen Reihenfolge menschlicher Handlungen besteht, jede Handlung aber notwendig durch ein Motiv, also durch einen Zweck bestimmt ist.“¹⁶⁶ Klarer als alle seine juristischen Zeitgenossen stellt Jellinek diesen Gedanken ins Zentrum seines Denkens und

¹⁶³ Hierzu oben § 2 A. V.

¹⁶⁴ Zu den Beziehungen dieses Ansatzes zum ethischen Individualismus Windelbands vgl. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 199 mit Fn. 11. Zur historischen Einordnung eines derartigen Staatsverständnis: Böckenförde, „Organ“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 561 ff.; Boldt, *Staat, Recht und Politik*, in: Anter (Hrsg.), *Staatsverständnis*, 2004, S. 13 (14); Jouanjan, *Jellinek als Philosoph*, in: Christensen/Pieroth (Hrsg.), *FS Friedrich Müller*, 2008, S. 135 (144); ausführlich Ghosh, *Weber and Jellinek*, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 (319), der Jellineks „radical individualism“ hervorhebt, diesen mit den soziologischen Entwürfen von Schäßle, Tönnies und Simmel kontrastiert und die Parallelen zu *Max Weber* hervorhebt (vgl. aber auch die Hinweise oben § 4 Fn. 11). Für Parallelen zu *Max Weber* und *Albert Haenel* s. auch Anter, *Jellineks wissenschaftliche Politik*, *PVS* 39 (1998), S. 503 (514).

¹⁶⁵ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 220. Vgl. auch ebd., S. 174 f., 229 (mit einer deutlichen Kritik an *Marx, Engels und Hegel*); ders., *System*, ²1905, S. 15.

¹⁶⁶ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 234.

richtet damit die rechtstheoretischen Grundbegriffe an den avanciertesten sozialwissenschaftlichen Theorien seiner Zeit aus.

Die kritische Stoßrichtung dieser Konzeption – die Absage an jede Vorstellung des Staates als Träger eines realen Willens sowie an jede überindividuelle Größe als Grundeinheit der Rechts- und Sozialwissenschaften – liegt auf der Hand. Jellinek belässt es jedoch nicht bei der Kritik, sondern stellt sich der Herausforderung, sein Bekenntnis zum Individualismus mit der für ihn gegebenen sozialen Realität von Institutionen, insbesondere des Staates, in Einklang zu bringen.¹⁶⁷ Dies konfrontiert Jellinek mit dem Kardinalproblem des methodischen Individualismus: Wie kann aus individuellen, gleichsam atomisierten Willensakten menschliche Gemeinschaft erstens als Einheit konstituiert und zweitens gerechtfertigt werden?¹⁶⁸

An diesem Punkt gerät sein Vorhaben nun in Konflikt mit den Gepflogenheiten des staatsrechtlichen Diskurses. Hier steht die Frage nach der Einheit des Staates ganz im Vordergrund. Dem kann sich auch Jellinek nicht entziehen, der dementsprechend festhält: „Darum ist es von vornherein ein Kriterium der richtigen juristischen Lehre vom Staate, daß sie die Einheit des Staates zu erklären vermag.“¹⁶⁹ Jellinek versteht nun mit seinen Zeitgenossen die Frage nach der Einheit des Staates als Frage danach, wie oder mittels welcher Begriffe oder Metaphern der Staat modelliert werden kann. Jellinek entscheidet sich bekanntlich in dieser Hinsicht schon früh für das Modell des Staates als juristischer Person und optiert gegen transzendente, patrimoniale und vor allem organische Ansätze. Wie für Gerber und Laband gilt auch für Jelli-

¹⁶⁷ In diesem Sinne ist seine Kritik am radikalen methodologischen Individualismus von Emil Lingg (*Lingg*, Empirische Untersuchungen, 1890, S. 1 f.) zu verstehen: *Jellinek*, System, ²1905, S. 27. Vgl. dazu auch unten § 4 Fn. 222.

¹⁶⁸ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 184. Diese alte und grundlegende staatsrechtliche Fragestellung beschäftigt Jellinek seit Beginn seiner wissenschaftlichen Tätigkeit, vgl. *Jellinek*, Smith und Kant (1877), in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 1, 1911, S. 42 (53 f.): „Zwei Brennpunkte sind es, um die sich das ganze Leben der Menschheit bewegt: Individuum und Gemeinschaft. Das richtige Verhältnis beider zu erfassen, die beiden großen Mächte, welche den Gang der Geschichte bestimmen, harmonisch zu vereinigen, gehört zu den größten und schwierigsten Aufgaben der Wissenschaft und des Lebens.“ Dazu auch *Albert*, Der Staat als „Handlungssubjekt“, 1988, S. 11–22, 43 f.; *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 154 ff. m. w. N. zu früheren Ansätzen Jellineks, die ebenfalls das Problem des „sozialen Individuums“ zum Gegenstand haben, ohne dass Jellinek hierzu stets auf den Staats- oder den Zweckbegriff Bezug nimmt.

¹⁶⁹ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 164. S. auch *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 190, 192, 195; *ders.*, System, ¹1892, S. 20 (mit Hinweis auf den wichtigen Beitrag Sigwarts für die Lösung dieser Problematik). Der Nachweis und die Ausbuchstabilisierung staatlicher Einheit ist schulübergreifend zentraler Gegenstand der Staatsrechtswissenschaft, etwa bei *Gierke*, *Holtzendorff*, *Laband* und *Preuss*: s. nur *Preuss*, Persönlichkeit des Staates, AöR 4 (1889), S. 62 (78). Ausführlich zu Jellineks Einheitsbegriff: *Kersten*, *Jellinek*, 2000, S. 229 ff.

nek: „Das erste juristisch wesentliche Merkmal des Staates ist seine Eigenschaft als Persönlichkeit.“¹⁷⁰ Persönlichkeit und Einheit des Staates sind dabei für Jellinek weitgehend austauschbare Begriffe, da die Persönlichkeit des Staates für ihn dadurch definiert ist, dass dieser „einen einheitlichen Willen hat“.¹⁷¹ Dementsprechend wird der Staat in der *Allgemeinen Staatslehre* wie selbstverständlich als willensgetragene, handlungsfähige, Zwecke setzende Einheit beschrieben:

„Die Zwecklosigkeit des Staates in dem hier angegebenen Sinne behaupten hieße den Staat zu einer blinden Naturkraft degradieren, ihm alle Einheit und Kontinuität rauben, was doch nur Unklarheit oder Gedankenlosigkeit zu tun vermag. Jedes Gesetz, jede Verfügung, jede Ernennung, jeder Staatenvertrag muß einen Zweck und zwar, gemäß dem Bewußtsein ihrer Urheber, einen vernünftigen Zweck haben, widrigenfalls der Staat ein großes Tollhaus wäre.“¹⁷²

Jellinek will nun den Versuch einer Begründung des Staates als Einheit unternehmen, der die sittlich-sozialen oder substantiellen Einheits-Modelle der älteren konstitutionellen Staatslehre und die axiomatische Setzung des Staates als Persönlichkeit bei Laband hinter sich lässt, gleichzeitig den Anforderungen seines methodischen Individualismus genügt und den Staat als distinkte, wiederum handlungsfähige Entität erkennen lässt und so einem juristischen Zugriff zugänglich macht.¹⁷³ Für dieses schwierige Vorhaben bringt er nun den Zweckbegriff ins Spiel. Denn Jellinek entwickelt sein Modell von der Persönlichkeit des Staates auf der Grundlage einer Theorie des Staates als „Zweckeinheit“.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 192.

¹⁷¹ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 192. Der Aspekt des „Willens“ fällt in der Allgemeinen Staatslehre dann weg. Jellinek beschränkt sich hier auf den Nachweis der (Zweck-)Einheit, um dem Staat Persönlichkeit zuzusprechen, hierzu näher § 4 C. V.

¹⁷² Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 234. Was Jellinek mit „vernünftigem“ Zweck meint, bleibt dunkel. S. auch a. a. O., S. 264: „Unter dem Gesichtspunkte teleologischer Rechtfertigung erscheint uns daher heute der Staat als der durch planmäßige, zentralisierende, mit äußeren Mitteln arbeitende Tätigkeit die individuellen, nationalen und menschheitlichen Solidarinteressen in der Richtung fortschreitender Gesamtentwicklung befriedigende, herrschaftliche, Rechtspersönlichkeit besitzende Verband eines Volkes.“ Ein besonderer Zusammenhang dieser Definition mit der Rechtfertigungsproblematik ist, auch wenn Jellinek dies behauptet, nicht erkennbar.

¹⁷³ Vgl. auch Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 189: „Alle staatsrechtliche Untersuchung muss beginnen mit der Feststellung des Staatsbegriffs oder wenigstens mit einem aufrichtigen Glaubensbekenntnis über denselben“.

¹⁷⁴ Weite Teile der Allgemeinen Soziallehre des Staates sind der Ausarbeitung dieser Argumentation gewidmet. Diese beginnt in den Erörterungen zum Begriff der Gesellschaft (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 94 ff.) und erlebt ihren Höhepunkt in den Ausführungen zu Rechtfertigung und Zweck des Staates (a. a. O., S. 184 ff., 230 ff.).

II. Die Absage an naturalistische Vorstellungen kollektiver Einheit: Jellineks Kritik der Organismustheorie

Jellinek beginnt mit einer Analyse des Begriffs der Einheit und trifft zunächst zwei Unterscheidungen. Hinsichtlich des Phänomens Einheit unterscheidet Jellinek zunächst „zwei Gattungen Einheiten: physische und Zweckeinheiten“. ¹⁷⁵ Mit den „Zweckeinheiten“ nimmt er Bezug auf Sigwarts Philosophie. *Christoph von Sigwart* hatte sich intensiv mit der Einheit von Phänomenen beschäftigt, denen durch den Betrachter ein Zweck zugeschrieben wird. ¹⁷⁶ Sofern das Konzept der Zweckeinheit zur „theoretischen“ ¹⁷⁷ Analyse *naturwissenschaftlicher* Sachverhalte dient, hatte Sigwart in der Tradition der Kant'schen Kritik der teleologischen Vernunft die Zweckeinheit als „Heuristik“ beschrieben. Die teleologische Betrachtung scheint nämlich eine besondere Form der Synthese zu ermöglichen:

„Wo aber differente Bestandtheile in einer Form zusammentreten, welche nicht als durch die Natur des Stoffes nach allgemeinen Gesetzen bestimmt erkannt werden kann, bietet sich ein anderes Princip der Einheit der Synthese im Begriff des Zwecks.“ ¹⁷⁸

Das ermöglicht Sigwart, Phänomene nicht nur über die ihnen gemeinsame Ursache, sondern auch über die ihnen beigelegte Zweckbestimmung als Einheiten, im letzteren Fall eben als „teleologische Einheiten“, zu begreifen. Danach kann die teleologische Betrachtungsweise also nicht das Bestehen eines tatsächlich wirkenden Zwecks und eine durch diesen Zweck konstituierte Einheit nachweisen, sondern ermöglicht nur die Betrachtung eines Objekts *als ob* es durch einen einheitlichen Zweck konstituiert wäre, also die Konstruktion von Einheit. ¹⁷⁹ Prototyp dieser *theoretischen* Zweckeinheit ist die

¹⁷⁵ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 193.

¹⁷⁶ Vgl. zu Sigwart schon oben § 2 B. II. 2. Zum Zusammenhang von Zweckheuristik und Einheit vgl. schon Kant, Kritik der Urtheilskraft, AA V, S. 165 (181 = A XXVIII). Kants Verständnis von Einheit ist aber gerade kein ontologisches, vgl. Heintel, „Eine (das), Einheit“, in: HWPh, Bd. 2, 1972, Sp. 377 (379): „Die Eh. der ‚anderen Formen‘ im Sinne von Leibniz denkt Kant nicht mehr als ‚innere‘ Eh. im Sinne der aristotelischen Tradition, wie es Leibniz noch getan hat. Die Eh. des Organismus als ‚Naturzweck‘ ist für Kant keine ontologische bzw. transzendental-konstitutive Thematik, sondern eine solche der ‚reflektierenden‘ (nicht ‚bestimmenden‘) Urtheilskraft“. Vgl. oben § 2 B. II. 1.

¹⁷⁷ Jellinek, System, ¹1892, S. 24. Zu diesem missverständlichen Begriffsgebrauch Jellineks näher oben § 4 Fn. 109.

¹⁷⁸ von Sigwart, Logik (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 249, s. auch ebd., S. 255: „die Bedeutung desselben [des Zweckbegriffs] ruht nur darauf, die Einheit eines Systems von Theilen auszudrücken, aus deren Natur, wenn sie isoliert genommen werden, diese bestimmte Zusammenfügung nicht abgeleitet werden kann“.

¹⁷⁹ Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 193, setzt dies wie folgt um: „Alles, was wir als Individuum bezeichnen, ist vom naturalistischen Standpunkte aus betrachtet ein Collectivum. Die natürliche Einheit, das Atom, hat gar keine anschauliche Existenz.“ Ähnlich ders., System, ¹1892, S. 18 ff.

Maschine oder der Organismus, die eben nicht als substantielle, sondern nur als konstruierte, teleologische Einheit gelten könne. Phänomene erscheinen also bei teleologischer Betrachtung als Einheit, wenn und soweit ein Beobachter einem Phänomen die Verwirklichung *eines* Zwecks zuschreiben kann. Diese erkenntnistheoretisch informierte Lesart der Zweckeinheit löst einen vorkantischen substantialistischen Begriff der Einheit natürlicher Phänomene ab.

Für Jellinek tritt nun in der Rezeption Sigwarts neben diese ‚theoretische‘ Zweckeinheit noch eine zweite, ursprünglichere Form der Zweckeinheit: die hier sogenannte ‚praktische‘ Zweckeinheit, d. h. eine Einheit, die der *Wille* für das praktische Bewusstsein des Individuums konstituiert.¹⁸⁰ Diese Form der Zweckeinheit dient eben nicht zur Untersuchung der Natur, sondern beschreibt einen einheitsbildenden Prozess des (psychologisch verstandenen) willensgetragenen Bewusstseins. Zwar soll gelten: „[B]eide sind Zweckeinheiten, Entelechien“.¹⁸¹ Doch die theoretische Zweckeinheit ist für Jellinek nur die sekundäre Übertragung des originären Konzepts der praktischen Zweckeinheit auf Naturphänomene.¹⁸² Auch hierfür kann sich Jellinek auf Ansätze bei Sigwart berufen. Beispiele für teleologisch konstruierte Einheiten lassen sich nach Sigwart nämlich auch im Reich der sozialen Phänomene finden.¹⁸³ Derartige teleologische Einheiten, die auf der Willenstätigkeit der Individuen beruhen, also Gemeinschaften, weisen dabei eine besondere Stabilität auf. Unter ihnen ragt der Staat besonders heraus:

„[E]in Staat bleibt mit sich identisch, obgleich in einem bestimmten Zeitraum alle seine Glieder wechseln, wenn nur die immer neu eintretenden in denselben Zusammenhang zweckmässiger Ordnung eintreten; die Institutionen, die nicht die blossen Resultate der Kräfte der einzelnen zusammenlebenden Individuen sind, vielmehr die Aeusserung dieser Kräfte als Zweckbegriffe selbst mit bestimmen, machen seine Einheit aus.“¹⁸⁴

Sigwart geht nun weit über sein ursprüngliches heuristisches Konzept hinaus, wenn er den staatlichen Institutionen als teleologischen Einheiten eine moti-

¹⁸⁰ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 152, 178 f. Die Ausdrücke „theoretische“ und „praktische“ Zweckeinheit werden von Jellinek nicht verwendet. Jellineks Terminologie ist vielmehr extrem uneinheitlich. Doch unterscheidet er klar zwischen den beiden oben skizzierten Arten von Zweckeinheiten, für die im Folgenden der Einfachheit halber diese Terminologie verwendet werden soll.

¹⁸¹ Jellinek, *System*, ¹1892, S. 39, unter Verweis auf *Bernatzik*, *Kritische Studien*, AöR 5 (1890), S. 169 (276).

¹⁸² Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 157 f.; deutlich auch schon *ders.*, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 195 f. mit Fn. 7.

¹⁸³ *von Sigwart*, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 259: „Endlich tritt die teleologische Einheit auf; am deutlichsten da, wo der Zweck den einzelnen Gliedern als bewusster Gedanke oder wenigstens als Trieb immanent ist, wie in allen Verhältnissen menschlicher Gemeinschaft“.

¹⁸⁴ *von Sigwart*, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 259.

vierende, willensbildende Kraft zuschreibt. Seine Bestimmung des Staates ist nahe daran, diesen als „Substanzbegriff“¹⁸⁵ zu fassen, der abgelöst von der Konstruktionsleistung der ihn tragenden Bürger diesen als faktische Einheit gegenübertritt. Sigwart tut diesen letzten Schritt nicht. Die Ambivalenz seines Konzepts sollte jedoch bei Jellinek ihre Wirkung entfalten.

Bevor darauf näher einzugehen ist, ist zunächst noch zu betrachten, in welcher Form Jellinek von den beiden Arten der „Zweckseinheit“ in der staatsrechtlichen Debatte Gebrauch macht. So sieht Jellinek in der Figur der *theoretischen* Zweckseinheit zunächst den Schlüssel für eine grundlegende Kritik der Organismustheorien. Nach Jellinek ist die seit Kant einzig zulässige Weise, den Begriff ‚Organismus‘ zu verwenden, ihn als theoretische Zweckseinheit zu betrachten, deren Realität immer nur heuristisch im Bewusstsein des Beobachters liege. Einen naturalistischen Fehlschluss begehe, wer annehme, dass diesem Organismuskonstrukt eine objektive Einheit des Seienden korrespondiere.¹⁸⁶ Den Vertretern der Organismustheorie unterstellt Jellinek nun pauschal, nicht zwischen echter und heuristischer Einheit unterscheiden zu können. Vielmehr „verleite“ der Begriff des Organismus die Organismustheorie zum Naturalismus.¹⁸⁷ Er unterstellt damit den organischen Ansätzen ein substantialistisches Einheits- und Zweckverständnis, eine immanente Teleologie und die Annahme, der Staat sei sich selbst (Natur-)Zweck.¹⁸⁸ Die unmittelbare normative Konsequenz dieses verfehlten Ansatzes sei die völlige Absorption des Individuums in der Einheit der organischen Gemeinschaft.¹⁸⁹ Mit Wundt, Sigwart und Max Weber hält er den Organikern voller Pathos entgegen: „Mein Gegensatz zur organischen Lehre ist der der Erkenntniskritik zur Dogmatik.“¹⁹⁰

Jellinek rennt mit dieser Kritik am ‚dogmatischen‘ Organismusbegriff allerdings offene Türen ein. Möglicherweise hätte die Kritik noch Organiker der alten Schule wie *Johann Caspar Bluntschli* beeindruckt. Doch die moderne Organismustheorie und vor allem der literarische Hauptgegner Jellineks in der Debatte um den Organismusbegriff, *Hugo Preuss*, hatten sich die ‚erkenntniskritische‘ Position schon längst zu eigen gemacht und den Organis-

¹⁸⁵ von Sigwart, *Logik* (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), ³1904, S. 260.

¹⁸⁶ Mit Hinweisen auf den Stand der Forschung in *Physiologie und Biologie Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 152.

¹⁸⁷ *Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 196 in Fn. 7; ebenso *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 153.

¹⁸⁸ *Jellinek*, *System*, ¹1892, S. 36 f.

¹⁸⁹ *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 150 f.

¹⁹⁰ *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 153 mit Fn. 1 und 2. Ähnliche Kritik an der Organismustheorie bei *Loening*, *Staat*, in: Conrad/Elster et al. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 7, ³1911, S. 692 (697 ff.); Loening kritisiert allerdings anschließend mit den selben Argumenten Jellineks Persönlichkeitstheorie.

musbegriff entsprechend modifiziert, so dass Jellineks Polemik ins Leere lief.¹⁹¹

Um seine Kritik auch gegen die Vertreter einer modifizierten Organismustheorie ins Feld zu führen, hätte Jellinek nun Autoren wie Preuss versteckte ‚objektive‘ Rückstände nachweisen müssen.¹⁹² Hierauf glaubt sich Jellinek jedoch deswegen nicht einlassen zu müssen, da der Organismusbegriff grundsätzlich zur Analyse gesellschaftlicher Sachverhalte ungeeignet sei. Der Bezug auf den ‚Organismus‘, ein Begriff aus der naturwissenschaftlichen Sphäre, verschleierte, dass sich soziale Verhältnisse nur unter Rückgriff auf die elementare Kategorie der zweckorientierten Handlung erklären ließen. Selbst eine von allen metaphysischen und naturalistischen Elementen befreite Organismustheorie, die den Organismus sozialwissenschaftlich-zweckorientiert redefinieren würde¹⁹³, stelle aus diesem Grund immer nur einen „überflüssigen Umweg“ dar.¹⁹⁴

Ob diese Kritik ein angemessenes Bild der modifizierten Organismustheorie zeichnet, darf insbesondere im Hinblick auf Preuss bezweifelt werden.¹⁹⁵

¹⁹¹ Hierzu *Preuss*, Organpersönlichkeit, *SchmJb* 26 (1902), S. 557 (574 f.); auch der Vorwurf des Anti-Individualismus ist bzgl. Preuss ganz verfehlt, der vielmehr genau wie Jellinek das individuelle Subjekt zum Ausgangspunkt seiner Theorie macht, vgl. *ders.*, Selbstverwaltung, in: van Calker (Hrsg.), *FG Laband*, Bd. 2, 1908, S. 199 (231): „In der prinzipiellen Gegnerschaft gegen die ganze Zweck- und Interessentheorie bei der juristischen Konstruktion hat mich auch der mir wiederholt vorgehaltene Hinweis auf Sigwarts Logik nicht erschüttern können. Ja, die Aeusserung Sigwarts: ‚Nicht das, dass mir irgend ein Zweck vorschwebt, sondern das bestimmte Verhältnis des darin Gedachten zu mir selbst, enthält den Grund es zu wollen‘ scheint doch im letzten Grunde mit meiner Anschauung übereinzustimmen, dass man logischer Weise zu einem Zweck nur gelangen kann, indem man von einem zweckbestimmenden Subjekt ausgeht“.

¹⁹² Der Versuch Jellineks, den Naturalismusvorwurf gegen Preuss in Stellung, zu bringen, ist – ungeachtet dessen, dass er offensichtlich unzutreffend ist – allenfalls halbherzig, vgl. *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 153 mit Fn. 1.

¹⁹³ Einen derartigen Versuch unternimmt Jellinek selbst probenhalber in *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 151.

¹⁹⁴ *Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 195 f. mit Fn. 7; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 157 f. (s. die Zitate oben § 4 Fn. 182).

¹⁹⁵ Die Diskussion zwischen Jellinek und Preuss ist wenig konstruktiv. Zwar nehmen beide Autoren in ihren Schriften kontinuierlich aufeinander Bezug. Schon eine der ersten Stellungnahme von Preuss zum Begriff des Organismus und des Zwecks erfolgt in Auseinandersetzung mit Jellineks Bestimmung des Staates als Zweckeinheit in seiner Schrift *Gesetz und Verordnung* von 1887 (*Preuss*, *Persönlichkeit des Staates*, *AöR* 4 (1889), S. 62 ff.). Umgekehrt entwickelt Jellinek seine Kritik der Organismustheorie unter Bezugnahme auf Preuss. Jellineks Kritik ist jedoch bemerkenswert uneinheitlich. So werden Preuss verschiedene Vorwürfe gemacht, aus denen sich kaum eine kohärente Kritik destillieren lässt.

Die Missverständnisse sind dabei durchaus gegenseitig. So ist etwa aus Jellineks Perspektive die Gegenüberstellung der „Zweck- und Interessentheorie“ Jellineks mit dem

Beachtenswert ist dagegen, wie aggressiv Jellinek auf einer staatswissenschaftlichen Terminologie insistiert, die der Handlungs-, Wert- und Zweckorientierung aller sozialen Phänomene Rechnung trägt. Dies zeigt sich erneut darin, dass er Preuss' These des Staates als Selbstzweck trotz der offensichtlichen Parallelen zum eigenen Ansatz als Elimination des Zweckgedankens aus der Gesellschaftswissenschaft und damit als Schritt zur „Vernichtung des staatlichen Lebens“ geißelt.¹⁹⁶ Diese Haltung beschränkt sich

„Willensdogma“ bei Preuss kaum nachvollziehbar (vgl. *Preuss*, Organpersönlichkeit, SchmJb 26 (1902), S. 557 (565); *Jouanjan*, Philosophische Verwicklungen, ZRG GA 125 (2008), S. 367 (390 ff.)), schließt aber daran an und sieht bei Jellinek einen Bruch mit dem „Willensdogma“. Umgekehrt sind Preuss' gegen Jellinek gerichteten Ausführungen zur Rolle des Zwecks für die Sozialwissenschaften fast deckungsgleich mit Jellineks Position, vgl. *Preuss*, a. a. O., S. 569: „Gewiß, wir stehen unwillkürlich unter dem Banne teleologischer Anschauungen; das Zweckgesetz beherrscht all' unser bewusstes Wollen, und so übertragen wir es unwillkürlich auf die Dinge außer uns. [...] Und vollends der Staat, diese höchste Zusammenfassung menschlicher Kräfte sollte nicht teleologisch begriffen werden? Steht doch alles staatliche Handeln ebenso unter dem Zweckgesetz, wie die Handlungen des einzelnen Menschen; in der Politik wie in der Verwaltung ist doch einzig und allein der Zweck Leitstern und Kompaß für den Steuermann des Staatsschiffes; und für alles Wollen und Handeln in Politik und Verwaltung bietet die Zweckmäßigkeit den wichtigsten Maßstab zur Unterscheidung von Gut und Böse.“ Mit Jellinek teilt Preuss also zumindest im Grundsatz die Bedeutung der „teleologischen Anschauung“ für jede Sozialwissenschaft. Und wenn sich Preuss dabei kritisch zu jeder inhaltlich aufgeladenen Staatszwecklehre äußert, muss Jellinek diese Kritik – entgegen Preuss – kaum gegen sich gelten lassen (hierzu näher § 4 D. I.). So hält Preuss fest: „Und doch folgt aus alledem für den begrifflichen Zweck des Staates an sich ebenso gar nichts, wie aus dem Beruf, den der einzelne Mensch sich erwählt, aus den Aufgaben, die er sich stellt, irgend etwas für die Lösung des großen Rätsels von dem Zwecke des Menschen an sich folgt.“ (*Preuss*, a. a. O., S. 569). Preuss unterstellt Jellinek damit eine „immanente Teleologie“, die allerdings genau Jellineks Kritik an den von ihm sogenannten „objektiven“ Staatszwecklehren entspricht. Die Kontroverse zwischen Preuss und Jellinek ist daher im Wesentlichen terminologisch: Umstritten ist, ob man die Figur einer funktionellen Rechtfertigung des Staates – über die man sich in der Sache einig ist –, mit Preuss allein als „Selbstzweck“ bezeichnen kann oder ob dies mit Jellinek eine Preisgabe der teleologischen Grundeinsicht bedeutet. Insgesamt kann von einem echten Dialog zwischen Jellinek und Preuss nicht die Rede sein. Vielmehr beschränken sich beide auf den Austausch der je eigenen Standpunkte, ohne sich durch die Kritik des je anderen zu einer Revision der eigenen Position veranlasst zu sehen. Wollte man die wechselseitigen Missverständnisse vollständig aufarbeiten, stünde das in einem Missverhältnis zum Ertrag der Diskussion.

¹⁹⁶ *Jellinek*, System, ¹1892, S. 36 f. mit Fn. 3 (unter Bezugnahme auf *Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich, 1889) : „Wie man aber ohne Annahme einer immanenten Teleologie den Organismus bestimmen will, bleibt schlechthin unerklärlich. Es ist wie wenn man aus der Definition des Oceans das Merkmal der Flüssigkeit eliminieren wollte. Vom Standpunkte der organischen Staatslehre bedeutet die Verwerfung der Teleologie einfach die Vernichtung des staatlichen Lebens.“ Zur darin liegenden Fehlinterpretation des Preuss'schen Ansatzes durch Jellinek: *Hespe*, Staatszwecklehre, 1964, S. 19 f.

jedoch nicht auf eine Kritik am Organismuskonzept, sondern setzt sich in der Kritik der Theorie des Staates als „Fiktion“ fort.

III. Die Absage an ein konstruktivistisches Verständnis der Zweckeinheit: Jellineks Kritik der Fiktionslehre

Für eine konsequent erkenntniskritische Perspektive läge es nahe, die Einheit des Staates eben als soziale oder normative Konstruktion zu fassen. Jellinek macht stellenweise Andeutungen in diese Richtung.¹⁹⁷ Dennoch ist für ihn seit *Gesetz und Verordnung* klar, dass die „Persönlichkeit des Staates [...] keine fingierte [ist], wie man lange geglaubt hat, sondern in demselben Sinne vorhanden, wie jede Person“.¹⁹⁸ Nun war das Konzept des Staates als Fiktion zu Jellineks Zeiten durch die politisch extreme und von Jellinek scharf abgelehnte neopatromoniale Staatslehre *Max von Seydels* besetzt.¹⁹⁹ Möglicherweise führt dies dazu, dass sich Jellinek in seiner Kritik des konstruktivistischen Standpunkts nicht auf eine wirkliche inhaltliche Auseinandersetzung einlässt. Vielmehr beschränkt er sich erneut auf die Behauptung, der Fiktionsgedanke verschleierte – ganz wie die modifizierte Organismustheorie – die Zweckorientierung des Staates und leugne damit das Fundament jeder Möglichkeit zur Analyse des Staates. Denn der Begriff der Fiktion bilde nicht die soziale Tatsache ab, dass der Staat aus willensgetragenen Handlungen zusammengesetzt ist.²⁰⁰ Jellinek ergänzt daher seine Kritik an einem substantialistischen Staatskonzept – „Subjekt im Rechtssinne ist daher kein Wesen, keine Substanz“ – durch die These: „Ist der Staat ein Verband mit kollektiver Einheit, ist diese Einheit keine Fiktion“.²⁰¹ Letztlich beschränkt sich Jellinek

¹⁹⁷ Vgl. auch Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³1914, S. 137: „Alle gesellschaftlichen Vorgänge können nur erschlossen werden, wenn man die sie verursachenden und begleitenden psychischen Akte kennt. [...] Mit dieser Erkenntnis wird der Staat von der Welt der Objekte in die der Subjekte verlegt.“ Zu einseitig stellt hierauf ab: *Jouanjan*, Jellinek als Philosoph, in: Christensen/Pieroth (Hrsg.), *FS Friedrich Müller*, 2008, S. 135 (142).

¹⁹⁸ Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 192 f.; vgl. auch *ders.*, *System*,¹1892, S. 28; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*,³1914, S. 163, 170.

¹⁹⁹ *von Seydel*, *Bundesstaatsbegriff*, *Hirth's Annalen* 1876, S. 641 ff., der dort gegen Hänel und Laband ausführt: „Die juristische Person ist eine Fiktion.“ Zu weiteren Vertretern der Fiktionsthese s. die Nachweise bei Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 192 mit Fn. 5. Zu dieser Minderheitsposition *Schönberger*, *Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, S. 310. Zu Jellineks rechtspolitischen Schriften gegen Vertreter dieser letztlich monarchistischen Strömung, auch anlässlich des lippischen Thronstreits, *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 39 ff.

²⁰⁰ Vgl. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³1914, S. 184; der Punkt wird explizit in der Kritik der modifizierten Organismustheorie, vgl. oben § 4 Fn. 196.

²⁰¹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³1914, S. 170. Ebenso *ders.*, *System*,¹1892, S. 28: „keine Fiktion sondern kraft derselben Denknöthwendigkeit vorhanden, mit welcher uns die stetige, einheitliche, unter einander zusammenhängende Zwecke durch gemeinsame Kräfte verfolgende Mehrheit von Menschen als eine Vereinigung, d. h. wie schon die

darauf, der Fiktionstheorie seine Überzeugung vom Staat als Produkt psychischer Willensakte entgegenzuhalten. Die Kritik bleibt unausgeführt.

IV. Jellineks Konzeption des Staates als praktische Zweckeinheit und als juristische Person

Doch was verbirgt sich hinter Jellineks Konzept einer nicht naturalistischen, gleichzeitig nicht bloß fingierten und dennoch wirklichen Einheit? Und wie ist dies mit seinem Bekenntnis zur Methodenklarheit – „keine Hypostasierung, keine Fingirung, kein mystischer Vorgang“ – zu vereinbaren?²⁰² Nach Jellinek kann der Staat als komplexes Ereignis der sozialen Welt nur ‚subjektiv‘, d. h. als Ergebnis individueller, zweckorientierter, wertbezogener Handlungen erfasst werden. Jellineks Versuch, diese methodische These nun auf das Konzept der Zweckeinheit anzuwenden, kulminiert in einer der zentralen Aussagen der *Allgemeinen Staatslehre*:

„Eine Vielheit von Menschen wird für unser Bewußtsein geeinigt, wenn sie durch konstante, innerlich kohärente Zwecke miteinander verbunden sind. Je intensiver diese Zwecke sind, desto stärker ist die Einheit ausgeprägt.“²⁰³

Bei dieser Definition der praktischen Zweckeinheit bleiben allerdings entscheidende Punkte unklar: Auf welchen konstitutiven Willen und wessen Einheit kommt es hier an? Geht es darum, dass das Individuum, indem es einer Sache – etwa einem Tisch – einen Zweck zuschreibt, diesen als Einheit konstituiert?²⁰⁴ Dies wäre wohl der Ansatz Wundts.²⁰⁵ Doch wäre für Jellinek damit ein ausreichender Abstand zwischen der synthetischen Funktion der Zweckeinheit in den Geisteswissenschaften und der Fiktion in den Naturwissenschaften hergestellt? Oder sind nur Entitäten, die selbst einen einheitlichen Willen bilden können, für Jellinek Zweckeinheiten?

Sprache ausdrückt, als eine Einheit erscheint. Ist überhaupt die Existenz der Personeneinheit für das praktische Denken zugegeben, so hat sie, sofern ihre Zwecke stetig, in sich einheitlich, unter einander cohärent sind, in den constant auf die Versorgung dieser Zwecke gerichteten Willensakten unmittelbar ihren eigenen Willen“.

²⁰² Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887 S. 194.

²⁰³ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 179; ganz ähnlich *ders.*, *System*, ²1905, S. 26: Im Staat leben Menschen auf einem Territorium zusammen, „die gemeinsame, bleibende, einheitliche, unter einander zusammenhängende, nur durch dauernde Institutionen zu versorgende Zwecke verfolgen. Schon kraft dieser konstanten Zwecke stellt sich unserem praktischen Denken der Staat trotz seiner wechselnden Volksbestandteile als eine teleologische Einheit dar. Endlich erscheint die diese Zwecke versorgende Staatsgewalt als eine kontinuierlich-einheitliche kraft des Denkprozesses, der eine Reihenfolge einander ablösender Personen, welche dieselben Funktionen vollziehen, als eine Einheit zusammenfasst“.

²⁰⁴ Jellinek argumentiert zunächst ganz in diese Richtung: *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 178 f. (zitiert oben bei § 4 Fn. 125).

²⁰⁵ Dazu näher § 2 B. II. 3.

Bei genauerer Analyse wird klar, dass Jellinek in der gerade zitierten Passage unter der Hand einen entscheidenden Perspektivwechsel vollzogen hat, der seine gesamten methodischen Vorarbeiten aushebelt: Das die Einheit synthetisierende „Bewußtsein“ ist nicht mehr auf einen als Zweckeinheit synthetisierten Sachverhalt gerichtet. Vielmehr betrachtet es andere Individuen, die ihrerseits einen komplexen Sachverhalt ‚teleologisch‘ betrachten, d. h. diesen je für sich als Einheit synthetisieren, und gleicht seine eigene Vorstellung von (Zweck-)Einheit damit ab – eine Art Zweckorientierung zweiter Ordnung. Anders ausgedrückt, nimmt Jellinek nunmehr an, dass durch parallele und inhaltlich identische Zwecksynthetisierungen verschiedener Individuen tatsächlich eine Einheit im höheren Sinn begründet werden könne. Dadurch dass andere dieselben Zwecke mit dem analysierten Gegenstand, dem Staat, verbinden, also gemeinsam dem Staat einen gemeinsamen Zweck zuschreiben, wird die staatliche Zweckeinheit nach Jellinek als Einheit soziale Wirklichkeit. Zur Begründung praktischer Zweckeinheit sollen also parallel gerichtete psychologische Massenprozesse ausreichen.²⁰⁶ Jellinek verlässt damit seine Ausgangsdefinition der praktischen Zweckeinheit, ohne sich insoweit durch weitere theoretische Überlegungen abzusichern.

Jellinek geht sogar noch weiter und schreibt dem Staat qua seiner Existenz als Zweckeinheit zwei zusätzliche Prädikate zu, die ebenfalls in seinem ursprünglichen Konzept der praktischen Zweckeinheit keine Anhaltspunkte finden. Hierzu gehört erstens die Willensfähigkeit. Praktische Zweckeinheit führt für Jellinek zwar nicht dazu, dass der sozial wirkliche Staat einen Willen im psychologischen Sinne hat – ein solcher Wille bleibt weiterhin dem Individuum vorbehalten.²⁰⁷ Natürlich lehnt Jellinek aber auch eine nur „fiktive“ Natur des Staatswillens ab.²⁰⁸ In der „ethisch-juristischen Welt“ liegt für ihn vielmehr immer dann ein entsprechender Staatswille vor, wo auch eine Zweckeinheit gegeben sei.²⁰⁹ Dementsprechend kann der Staat auch Zwecke

²⁰⁶ Vgl. *Jellinek, System*, ¹1892, S. 29, wo die Zweckeinheit als „Projizierung des Individualwillens auf eine geeinte Vielheit“ beschrieben wird.

²⁰⁷ Vgl. auch *Jellinek, System*, ²1905, S. 39: „Wissen, überlegen, fühlen“ ist „eigenster Besitz des Individuums“. Die folgende Unterscheidung von Willensarten, die auf Jellineks Analyse im *System* basiert, steht allerdings in Spannung zu Jellineks Definition des Willens in *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 178 f., die hier nicht aufgelöst werden kann.

²⁰⁸ *Jellinek, System*, ¹1892, S. 28.

²⁰⁹ *Jellinek, System*, ¹1892, S. 28. In der Rechtslehre der *Allgemeinen Staatslehre* wird daher wie selbstverständlich mit dem Terminus „Staatswillen“ operiert, vgl. u. a. *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 374 f., 478 (Organwille ist Staatswille), 580, 620 ff., 720, sowie schon *ders.*, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 194; *ders.*, *System*, ¹1892, S. 39; vgl. weiter die Rede vom „Willen der Rechtsordnung“, der die Rechtspersönlichkeit schafft: *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 170.

setzen.²¹⁰ Umgekehrt definiert Jellinek die die Zweckeinheit synthetisierenden psychologischen Einzelwillen als „Willensorgane“ des Willens der höheren Einheit, des Staates.²¹¹ Durch dieses argumentative Manöver ist dem Willensbegriff nun aber jede Eigenständigkeit gegenüber dem vorgängigen Einheitsbegriff genommen.²¹² Wille ist, wo Einheit ist.

Der Staat als praktische Zweckeinheit soll zweitens nicht nur eine mögliche Form der Synthese, sondern „eine unserem Bewußtsein notwendige Form der Synthese“ sein.²¹³ Bemerkenswert ist, wie Jellinek diese These entwickelt. Die Notwendigkeitsthese wird zunächst in einer relativ schwachen Form eingeführt, die nur auf die allgemeine Sozialität des Menschen hinweist: Danach ist nur die soziale Perspektive, aus der heraus Menschen Organisationen wahrnehmen, notwendig.²¹⁴ Insofern befindet sich Jellinek noch in Übereinstimmung mit seinen theoretischen Prämissen. Unter der Hand reformuliert Jellinek die These dann jedoch als „logischen“ Beweis für die Existenz des Staates, der eben die „notwendige Form der Synthese“ darstellen soll.²¹⁵ Selbst wenn wir Jellineks wissenschaftstheoretische Annahme teilen, dass wir soziale Einheiten wegen der teleologischen Struktur unseres Willens als praktische Zweckeinheiten betrachten können, folgt daraus jedoch nicht, dass bestimmte Einheiten wie der Staat notwendig sind. Sie sind allenfalls möglich. Jellineks Argumentation haftet zudem etwas Paradoxes an: Wie kann die Synthese gleichzeitig ganz auf den subjektiven Betrachter angewiesen sein und dennoch für diesen „logisch“ notwendig sein?²¹⁶

Mit alledem ist gegenüber dem Ausgangspunkt wenig gewonnen. Jellinek hat das methodisch vielversprechende Konzept der Zweckeinheit produktiv nur zur Kritik anderer Ansätze eingesetzt, ohne auf dieser Grundlage eine eigene Staatstheorie entfalten zu können. Die Einheit des Staates ist bei Jellinek doch wieder nur These. Damit hängt aber auch Jellineks Schritt von der Einheit des Staates zur rechtlichen Klassifizierung des Staates als einer juristischen Person in der Luft. Für Jellinek scheint das eine aus dem anderen zu folgen, die praktische Zweckeinheit die Rechtspersönlichkeit zu begründen:

„Ist der Staat ein Verband mit kollektiver Einheit, ist diese Einheit keine Fiktion, sondern eine unserem Bewußtsein notwendige Form der Synthese, die wie alle Tatsachen unseres

²¹⁰ Hierzu ausführlich *Boldt*, Staat, Recht und Politik, in: *Anter* (Hrsg.), Staatsverständnis, 2004, S. 13 (24 f.).

²¹¹ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 181. Vom „Willensorgan“ ist schon die Rede bei *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 194; *ders.*, System, ¹1892, S. 28.

²¹² Vgl. insbesondere die Bestimmung staatlicher Einheit in *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 194 f.

²¹³ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 170.

²¹⁴ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 95.

²¹⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 170, vgl. auch ebd., S. 178 f., 181. Vgl. schon *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 189 f.

²¹⁶ Vgl. auch *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 157.

Bewußtseins unseren Institutionen zugrunde zu legen ist, dann sind solche Kollektiveinheiten nicht minder der Rechtssubjektivität fähig als die menschlichen Individuen.²¹⁷

Jellinek bleibt jede Antwort schuldig, weshalb nur der Begriff der juristischen Person zur rechtswissenschaftlichen Beschreibung staatlicher Tätigkeit möglich sein soll. Nähme Jellinek seine eigenen Maßstäbe ernst, müsste er Ausführungen dazu treffen, weshalb gerade das Begriffskonzept der Persönlichkeit als „Abstraktion“²¹⁸ besonders geeignet ist, um die im Staat existierenden Herrschaftsbeziehungen, Macht- und Zwangsverhältnisse in klare, maßstabsfähige, subsumierbare Relationen zu überführen. Die für Jellinek so wichtige starke Parallelisierung von individueller und juristischer Persönlichkeit setzt eben wiederum die Existenz dieser Parallelität voraus, die eigentlich erst zu begründen wäre.²¹⁹

V. Zweck und Zweckeinheit zwischen Sein und Sollen?

Dass Jellinek eine sehr anfechtbare Konzeption der Zweckeinheit entworfen hat, die zudem in ihrer wesentlichen inhaltlichen Aussage über den Staat – der Staat als Resultat parallel gerichteter massenpsychologischer Überzeugungen – dem nahekommt, was er an konkurrierenden Konzepten wie der Organismustheorie kritisiert hat, ist schon früh bemerkt worden.²²⁰ Bereits Zeitgenossen wie *Hugo Preuss*²²¹, *Emil Lingg*²²², *Edgar Loening*²²³ und später

²¹⁷ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 170. Jellinek kommentiert den Widerspruch dieser Definition der Rechtspersönlichkeit zu seiner Ausgangsdefinition, die Einheit und Willen gefordert hatte (hierzu oben § 4 C. III.), nicht.

²¹⁸ *Jellinek*, System, ²1905, S. 17 (vgl. § 4 Fn. 156).

²¹⁹ Die Bedeutung dieser Parallelität wird besonders klar in *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 199 mit Fn. 11: „Fast von allen Gegnern meiner Theorie [d. h. des Staates als juristischer Person] wurde übersehen, dass ich, um das öffentliche Recht zu begründen, den Grundgedanken der modernen Ethik, die sittliche Autonomie, analog auf den Staat übertragen habe, dass daher mit ihrer Negation nicht nur das Staatsrecht, sondern auch die Ethik zusammenbricht, dass man damit zu einem Nihilismus gelangt, der alle Wissenschaft vom menschlichen Gemeinleben unmöglich macht“.

²²⁰ Vgl. oben § 4 Fn. 195; sowie *Anter*, Jellineks wissenschaftliche Politik, PVS 39 (1998), S. 503 (518); *Hübinger*, Staatstheorie und Politik, in: Maier (Hrsg.), FS Hennis, 1988, S. 143 (148 f.). Bemerkenswert sind im Übrigen auch die im engeren Sinne dogmatischen Parallelen Jellineks zur Organismustheorie, die sich insbesondere in seiner Diskussion des Körperschaftsbegriffs zeigen (vgl. etwa *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 408). Hier wird die scharfe Betonung des etatistischen Einheitsgedankens genossenschaftlich abgemildert. Zu Jellineks Körperschaftstheorie näher *Schönberger*, Ein Liberaler, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 3 (23 ff.).

²²¹ S. ausführlich § 4 C. II.

²²² *Emil Lingg* kritisiert bereits früh die Zwecktheorie Jellineks in *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 192 ff., dem er eine „offenbare Hypostasierung“ des Zweckdenkens vorhält (*Lingg*, Empirische Untersuchungen, 1890, 1 f.). Nachdem er zunächst festgehalten hat, die Zweckeinheit sei „nicht ein neues Wesen, keine Person, überhaupt keine neue

vor allem *Kelsen*²²⁴ haben Jellineks Konzeption dahingehend kritisiert.²²⁵ So berechtigt diese Kritik in weiten Teilen ist, lässt sich doch nicht feststellen, dass Jellinek mittels der Zweckeinheit vom vermeintlichen sozialen Sein des Staates auf das Sollen seiner Rechtspersönlichkeit schließt. Insoweit gilt, was oben bereits ausgeführt wurde, nämlich dass Jellinek den Zweckbegriff nicht als Vermittlungsbegriff konzipiert.²²⁶ Erneut greift daher nicht durch, wenn Kersten an Jellineks Zweckeinheit kritisiert, dass Jellinek damit „unmittelbar aus dem Zweck als einer sozialen Sinn und Orientierung stiftenden Kategorie eine *juristische* Beurteilungsnorm werden“ lasse und „den Rubikon seiner in *Gesetz und Verordnung* postulierten Zweckenthaltsamkeit“ überschreite: „Dem Zweckbegriff wird damit eine unmittelbare juristische Bedeutung vindiziert.“²²⁷

Kersten verwendet hier den Zweckbegriff zu pauschal, um die eigentlich problematischen Weichenstellungen Jellineks benennen zu können. Die vorliegende Darstellung hat herausgearbeitet, dass primär zwei, schon von Jellineks eigenen theoretischen Prämissen aus fragwürdige Entscheidungen hier ursächlich sind: Erstens der Schluss Jellineks von der Möglichkeit der Konstruktion des Staates als Zweckeinheit auf dessen Notwendigkeit. Jellinek verwandelt insoweit die potentielle Zweck- und Wertbezogenheit jedes geisteswissenschaftlichen Zugriffs auf das Phänomen ‚Staat‘ in einen vermeintlich logischen Beweis für dessen Existenz, Wesen und Wert. Das wissen-

Realität“, radikalisiert er Jellineks Jhering-Kritik und wendet sie gegen Jellinek: „Wenn man also den Zweck als den activen Schöpfer einer realen Zweckeinheit betrachtet, so liegt nicht bloß der ‚methodologische Fehler, den Schöpfer mit dem Geschöpf zu confundieren‘, sondern überhaupt ein logischer Fehler vor. [...] Real sind nur die Individuen, deren Willensrichtungen auf diesen gleichen Zweck gerichtet sind, und dieser Zweck ist deshalb, weil er bei jedem Willen der gleiche ist, nur dem flüchtigen Sprachgebrauche nach, nicht aber dem Wesen der Sache nach derselbe. Aber dieser Sprachgebrauch hat zu Verwechslungen Anlass gegeben. Man hat vielfach geglaubt, dass der Zweck derselbe, d. h. ein einheitlicher neuer sei, dem auch ein einheitlicher, neuer, von dem Willen der Einzelnen verschiedener Gemeinwille entsprechen müsse. In Wirklichkeit liegt hier eine offenbare Hypostasierung vor: die Vereinigung der Individuen zu einer Zweckeinheit ist nichts anderes, als das Verhältnis, dass diese Individuen den gleichen Zweck verfolgen.“ (ebd., 1 f.). S. oben § 4 Fn. 167 zur Anti-Kritik Jellineks.

²²³ *Loening*, Staat, in: Conrad/Elster et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 7, ³1911, S. 692 (701 f.): Loenings sehr instruktive Kritik setzt bei Jellineks Übertragung des theoretischen Konzepts der Zweckeinheit auf den Staat an.

²²⁴ *Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 172 ff., 179, 480 ff.; *ders.*, Staatsbegriff, 1922, S. 114 ff.; *ders.*, Staatsidee (1913/1914), in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 3, 2010, S. 201 (216 f.). Vgl. auch unten § 5 Fn. 4.

²²⁵ Weitere Kritik bei: *Nelson*, Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, S. 6 ff. (zum Gesamtwillen und den Zwecken: ebd., S. 20 ff., 33 ff.). Aus der aktuellen Literatur vgl. nur ausführlich *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 248 ff.

²²⁶ Hierzu oben § 4 B. III. 2.

²²⁷ *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 256 (zurückhaltender aber ebd., S. 257).

schaftstheoretische Argument wird zur staatswissenschaftlichen These. Zweitens bleibt die Verknüpfung der Kategorie der juristischen Person mit dem Begriff der sozialen Zweckeinheit unklar. Jellineks Fehler bestehen also nicht in der gelegentlichen, systemwidrigen Vermittlung von sozialem Sein und juristischem Sollen. Sein Fehler besteht vielmehr darin, seinen eigenen Annahmen nicht konsequent genug zu folgen.

D. Der Zweck in Jellineks Staatszwecklehre: Von der Normativität objektiver Zwecke zur funktionalen Rechtfertigung des Staates

Jellinek nimmt in der *Allgemeinen Staatslehre* nun auch zu einem Thema Stellung, dessen Bearbeitung bei den bisher untersuchten Autoren noch am ehesten Rückstände der Vorstellung von bestimmten materiellen Zwecken als Repräsentanten einer ‚guten Ordnung‘ aufwies: die ‚Lehren vom Zweck des Staates‘. Die Lektüre des damit befassten achten Kapitels zeigt die Probleme, vor denen Jellinek hier steht. Einerseits ist auch Jellinek noch der Überzeugung, dass sich an der Staatszwecklehre die Möglichkeit von Staatswissenschaft überhaupt entscheide.²²⁸ Andererseits sind Jellineks Ausführungen zum Staatszweck bei einem genaueren Blick ‚doch recht blass‘.²²⁹ Diese Diskrepanz hat zwei Gründe: Schon herausgearbeitet wurde, dass es um 1900 nahezu unmöglich war, noch eine Staatszwecklehre im klassischen Sinne zu entwerfen.²³⁰ Auch Jellineks Staatszwecklehre kann sich nicht der Tatsache entziehen, dass die Frage nach dem Staatszweck ihren Gegenstand verloren hatte. Hinzu kommt die methodische Entwicklung, die Jellinek wie folgt fasst: ‚Einen objektiven Zweck zu begreifen, übersteigt aber unser Erkenntnisvermögen.‘²³¹ Jellinek reagiert darauf, indem er versucht, ‚Staatszweck‘ nicht mehr als eigenständiges Problem zu verstehen, sondern als funktionales Argument im Rahmen der Frage nach der Rechtfertigung des Staates (I.). Ähnlich seiner Argumentation mit dem Staat als Zweckeinheit setzt Jellinek dann aber doch wieder die Möglichkeit der Rechtfertigung mit einem Beweis für die Notwendigkeit der Existenz gleich und verletzt damit seine eigenen methodischen Prämissen (II.).

²²⁸ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 229, 235 f.

²²⁹ Schönberger, *Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, S. 219; ähnlich Hesper, *Staatszwecklehre*, 1964, S. 60 ff. Eine positivere Einschätzung von Jellineks Staatszwecklehre bei Anter, *Jellineks wissenschaftliche Politik*, PVS 39 (1998), S. 503 (509 ff.). S. auch Koriotoh, *Staatszwecklehre*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Jellinek*, 2000, S. 117 (s. ebd., 118, die zahlreichen Hinweise zur Kritik); sowie ausführlich Kersten, *Jellinek*, 2000, S. 309 ff.

²³⁰ Hierzu oben § 2 A. IV.

²³¹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1914, S. 151.

I. Vom objektiven Staatszweck zum funktionalen Argument

Jellinek selbst erhebt zwar nominell noch Anspruch auf Aufarbeitung der gesamten gesellschaftswissenschaftlichen Literatur zu Staatszwecken.²³² Seine ausdifferenzierte Klassifikation der Staatszwecklehren nach dem Inhalt der Zweckbestimmungen mittels verschiedener Kriterien wie ‚objektiv-universell‘, ‚objektiv-partikular‘ und ‚subjektiv‘, ‚absolut‘ und ‚relativ‘, ‚expansiv‘ und ‚limitierend‘ konnte jedoch weder die methodischen Unterschiede zwischen den einzelnen disziplinären Ansätzen abbilden noch eine trennscharfe Zuordnung einzelner Autoren leisten.²³³ Jellinek konzentriert sich daher im achten Buch der Allgemeinen Staatslehre auf die Auseinandersetzung mit den Hauptströmungen der im engeren Sinne publizistischen Literatur ab 1830.²³⁴ Mit dem Großteil der von ihm untersuchten Autoren ist sich Jellinek unausgesprochen darin einig, dass sich die Frage nach dem Staatszweck weitgehend erledigt hat. An ihre Stelle treten die Fragen nach der Einheit des Staates und nach dessen Rechtfertigung.²³⁵ Gefragt wird nicht

²³² Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 230 ff., insbes. S. 239 ff.

²³³ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914 S. 231 mit Fn. 1. Positive Würdigungen von Jellineks Einteilung blieben dementsprechend die Ausnahme, s. aber: von Frisch, Die Aufgaben des Staates, in: Handbuch der Politik, Bd. 1, 1912, S. 46 (47) (Jellineks Verdienst sei, „aus der seit Jahrhunderten herrschenden Unklarheit heraus den Weg zu klarer Erörterung des Problems gezeigt zu haben“).

²³⁴ Jellineks Aufarbeitung des Diskussionsstandes ist doppelt selektiv: Zunächst werden die philosophischen und nationalökonomischen Ansätze aus der Diskussion ausgeschieden (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914 S. 242 ff.). Dann erfolgt auch die Aufarbeitung des publizistischen Meinungsstandes nur unvollständig. Hesse, Staatszwecklehre, 1964, S. 17 ff., 24 f., hat auf das Fehlen der anti-mechanistischen Staatszwecklehren etwa von Albrecht, Schmitthenner, Held und Bluntschli hingewiesen. Weitere Autoren, die Jellineks Klassifikationsschemata sprengten, sind Adam Müller, Wilhelm Joseph Behr und Friedrich Ancillon. Schließlich ist auch der (von Hesse nicht analysierte) Nachtrag von Literatur nach dem Erscheinen der ersten Auflage der Allgemeinen Staatslehre eklektisch (vgl. Jellinek, a. a. O., S. 249 f. mit Fn. 3). Ausgespart bleibt etwa die umfassende Darstellung bei Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1 (Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens), 1901, S. 145 ff. In der nach Jellineks Tod von seinem Sohn nachgetragenen Literatur ist zwar die skeptische Position von Menzel, Begriff und Wesen, in: Laband (Hrsg.), Handbuch der Politik, Bd. 1, ²1914, S. 35, berücksichtigt, nicht dagegen die methodische Grundsatzkritik bei Kelsen, Hauptprobleme, ¹1911, S. 494 ff., sowie – eventuell aber auch aus zeitlichen Gründen – die endgültige Verabschiedung der Staatszwecklehre aus der Rechtswissenschaft bei Anschütz, Staatsrecht, in: Holtzendorff/Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie, Bd. 4, ⁷1914, S. 1 (26). In eine wirkliche inhaltliche Auseinandersetzung steigt Jellinek nur mit folgenden Autoren ein: Haller, Stahl, Zachariae, Zöpfl, Hermann Schulze, Gerber, Brie, Georg Meyer, Rehm und Haenel (vgl. Jellinek, a. a. O., S. 239 ff., 245 und 249 f. mit Fn. 3). Mehrfach positive Erwähnung finden auch Robert von Mohl (ebd., S. 249, 257) und Franz von Holtzendorff (ebd., S. 230, 250, 257).

²³⁵ Insofern Hesse, Staatszwecklehre, 1964, S. 70 ff., mit Smend und Kaufmann in diesen Fragen den Kern der Staatszweckdiskussion des 19. Jahrhunderts sieht, macht er sich

mehr: Was ist der Staatszweck? Sondern: Wie lässt sich der Staat als Einheit darstellen und dem Individuum gegenüber rechtfertigen? Das Problem der Einheit des Staates meinte Jellinek mit seinem Konzept der Zweckeinheit einer Lösung zugeführt zu haben. Auch das Rechtfertigungsproblem will Jellinek über den Zweckbegriff in den Griff bekommen. Hierzu will er den Staat als ‚zweckmäßig‘ erweisen, also eine funktionale Antwort auf die Rechtfertigungsfrage geben. Staatszweck wird damit von einer ontologischen Frage zum funktionalen Argument. Wie geht Jellinek im Einzelnen vor?

Jellineks Ansatz, knapp zusammengefasst, besteht darin, eine unverständlich gewordene Frage und eine überholte Begrifflichkeit radikal zu entkernen, ohne die terminologische Hülle zu verabschieden. Jellinek betont mehrfach den engen Zusammenhang von Rechtfertigungs- und Zweckproblematik: „Die praktische Bedeutung der Erkenntnis des Staatszweckes besteht aber darin, daß erst durch sie die psychologisch und ethisch notwendige Rechtfertigung des Staates vollendet wird.“²³⁶ Die Staatszwecklehre muss die Rechtfertigungsfrage „vollenden“, weil die verschiedenen in der Philosophie- und Rechtsgeschichte vorgebrachten Rechtfertigungstheorien, die Jellinek im siebten Kapitel der Allgemeinen Staatslehre diskutiert hat, nicht überzeugen können: weder die religiös-theologische Begründung noch die „Machttheorie“ noch die verschiedenen Rechtstheorien (von denen die „Vertragstheorie“ die bedeutendste ist) oder auch die ethische und die psychologische Theorie

also die Perspektive und damit auch das Erkenntnisinteresse Jellineks wenigstens teilweise zu eigen.

²³⁶ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 236. Die Formel ist fast wörtlich übernommen aus Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 191 („Erst durch die Erkenntnis des Staatszweckes wird die Einsicht in das Wesen des Staates vollendet.“), wo Jellinek jedoch die Untersuchung der Staatszwecklehren insgesamt im Bereich der „Speculation“ verortet. Der Ausdruck „Vollendung“ trägt dabei: Denn Jellineks Diskussion der Theorien zur Rechtfertigung des Staates im siebten Kapitel der *Allgemeinen Staatslehre* endete ergebnislos und verwies gerade deswegen auf die Staatszwecklehre (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 229: „Der Staat in seiner konkreten Ausgestaltung, in der Fülle seines geschichtlichen Daseins wird aber nur gerechtfertigt durch die Zwecke, die er vollbringt.“). Dennoch setzen zahlreiche Aussagen zur Staatszwecklehre im achten Kapitel die erfolgreiche Rechtfertigung des „Seins des Staates“ voraus. Dies scheint etwa in der Aussage auf, dass die „Lehre von dem Rechtfertigungsgrunde des Staates [...] nur die Institution des Staates schlechthin rechtfertigen [konnte], nicht aber den Staat in seiner individuellen Ausgestaltung“ (a. a. O., S. 236). Ebenso hält er fest: „Die Antwort auf die erste Frage [die der Rechtfertigung im siebten Kapitel] hat das Sein des Staates gerechtfertigt, die auf die zweite [die Staatszwecklehre im achten Kapitel] sein Wirken. Beide zusammen enthalten erst die volle Rechtfertigung des staatlichen Lebensprozesses.“ (a. a. O., S. 264). Diese Diskrepanz klärt sich, wenn man erkennt, dass Jellineks Formel von der Rechtfertigung des Staates durch die Zwecke, die er vollbringt, tatsächlich das einzige nicht schon im Ansatz erstickte Argument ist, das Jellinek zur Rechtfertigung anführt.

oder gar die modernen anarchistischen und sozialistischen Ansätze.²³⁷ Alle diese Theorien führten entweder zur Auflösung staatlicher Herrschaft oder zur Unterdrückung des Individuums. Damit widersprechen sie der von Jellinek schon sehr früh artikulierten und unverändert beibehaltenen individualistischen Intuition: „Ein bedingungsloses Aufgeben der Individualität an den Staat entspricht ebenso wenig unserem vertieften sittlichen Bewusstsein, wie die völlige Degradierung des Staates zu rein individuellen Zwecken.“²³⁸ Aus diesem Grund untersucht Jellinek den Staatszweck von vornherein ganz aus der Rechtfertigungsperspektive und fragt, „welchen Zweck die Institution des Staates in einem gegebenen Zeitpunkt für die ihr Eingegliederten und damit für die Gesamtheit besitzt[.]“²³⁹

Wenn Jellinek die Rechtfertigungsfrage unter Verweis auf den Staatszweck beantworten will, dann nicht deswegen, weil ein Zweck identifiziert werden könnte, der als Repräsentant eines objektiven Wertes rechtfertigende Wirkung entfalten würde. Derartige Ansätze, die Jellinek mit der Rechtsphilosophie *Friedrich Julius Stahls*, mit *Platon* und den Lehren der christlichen Theologie verbindet, weist er schon deswegen als „Spekulation“ und „ganz willkürlich“ zurück, da sie mit der Erfahrung des Zweckwandels staatlicher Institutionen inkompatibel seien.²⁴⁰ Vor allem aber sind solche Ansätze mit Jellineks Metaphysikskepsis und seiner Überzeugung, dass sich Werte nur durch die Beziehung auf die Handlungen von Subjekten definieren ließen, wenigstens grundsätzlich nicht vereinbar.²⁴¹ Staatszwecke lassen sich also allenfalls „subjektiv“ oder „relativ“ bestimmen.²⁴²

²³⁷ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 186-229.

²³⁸ Jellinek, *Adam* in der *Staatslehre* (1893), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, 1911, S. 23 (28). Jellineks Lösung des Rechtfertigungsproblems stand dabei im Wesentlichen bereits fest, bevor er die hier interessierende theoretische Fundierung entworfen hatte.

²³⁹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 231.

²⁴⁰ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 233 f.

²⁴¹ Hierzu oben § 4 B. II.

²⁴² Ganz in diesem Sinne auch: Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*,³ 1914, S. 237 Fn. 1: „Die Ausführungen im Text lehren aufs deutlichste, daß die Frage nach den Staatszwecken keine juristische, sondern eine historisch-politische ist, daher sie auch in der Soziallehre, nicht in der Rechtslehre des Staates vorgetragen werden. Es gibt daher keine ‚begrifflich notwendigen‘, sondern nur nach den Anschauungen der Geschichtsepochen wechselnde Staatszwecke, und die Einzelheiten der politischen Teleologie dienen nicht der juristischen Konstruktion des Staatsbegriffes. [...] Mit juristischer Dialektik kommt man auf diesem Gebiete nicht vorwärts.“ Auch aus der folgenden Stellungnahme ergibt sich nicht, dass Jellinek davon ausgeht, es gebe dem Recht ‚objektiv‘ übergeordnete Zwecke: „Nur vom Standpunkte der Staatszwecke aus läßt sich ein Urteil über Wert und Unwert der Politik eines Staates fällen, was dem Beurteiler nicht immer zur Kenntnis zu kommen braucht. Alle politischen Urteile sind teleologische Werturteile.“ (a. a. O., S. 237). Vielmehr knüpft Jellinek mit diesem Ausspruch an seine oben besprochenen Ausführungen zur Methode an (hierzu oben § 4 B. II.). Als Elemente der sozialen Welt sind Vorgänge der Politik nur im

II. Von der funktionalen Rechtfertigung zur Notwendigkeit des Staates?

Bis zu diesem Punkt lässt sich Jellineks Argumentation unproblematisch nachvollziehen. Doch sobald Jellinek an die Ausarbeitung einer Theorie der Rechtfertigung des Staates über die subjektiven Zwecksetzungen der Individuen geht, verunklart sich seine Darstellung in derselben Form, die auch schon seine Darstellung der Zweckeinheit gekennzeichnet hatte. Reduziert man die gewundene und teilweise auch unausgeführte Argumentation im achten Kapitel der Allgemeinen Staatslehre auf ihren wesentlichen Kern, unternimmt Jellinek dort nichts anderes als den Versuch einer *funktionalen* Rechtfertigung des Staates.²⁴³ Der Staat wird deswegen gerechtfertigt, weil er ein Mittel zur Koordinierung von Zwecksetzungen individueller Subjekte ist.²⁴⁴ Insbesondere ist dem Menschen nur durch die Vereinigung mit anderen Menschen in der staatlichen *Rechtsordnung* möglich, höhere Werte – welcher Art auch immer – zu erreichen.²⁴⁵ Staat und Rechtsordnung werden dabei weitgehend gleichgesetzt.²⁴⁶ „Subjektiver Staatszweck“ bedeutet für Jellinek

Hinblick auf Zwecksetzungen überhaupt möglich und verständlich. Als Aussagen über das ‚soziale Sein‘ sind politische Aussagen wie jedes Zweckmäßigkeitsurteil stets subjektiv-wertorientiert. Auch Aussagen über Staatszwecke gehören in diese Gattung und sind damit subjektiv-wertorientiert.

²⁴³ Dies gilt trotz der – in sich allerdings äußerst unklaren – Zurückweisung der Gleichsetzung von Staatszwecken und -funktionen in *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 241. Wie hier *Anter*, Jellineks wissenschaftliche Politik, PVS 39 (1998), S. 503 (511); *ders.*, Weber und Jellinek, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 67 (77).

Im Wesentlichen ist auch diese Argumentation schon in der Diskussion des „Rechtswzwecks“ in *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 214, angelegt. A. a. O., S. 191, stellt die Rechtfertigung noch wesentlich stärker auf den Aspekt des Staates als Selbstzweck ab: „Die eigene Existenz ist der erste und nächste Zweck des Staates, da sie die unerläßliche Bedingung ist für die Erfüllung der übrigen Zwecke. Diese sind aber beschlossen in der Schirmung der sozialen Existenzbedingungen der Gemeinschaft, des Rechts und der Förderung der Entwicklungsbedingungen derselben, der Cultur“.

²⁴⁴ Ob damit das Individuum für sich oder in der Gemeinschaft angesprochen ist, ist bei Jellinek nicht immer ganz klar. Vgl. einerseits die klar individualistische Aussage in *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 234 (s. zum Zitat oben § 4 Fn. 166); dagegen noch *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 191: Der Staat als Rechtsordnung ist gerechtfertigt, wenn und soweit er der „Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft und ihrer Zwecke dient“.

²⁴⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 223: „Ist nun schon die Erreichung partikularer Lebenszwecke ausschließlich durch den isolierten Menschen unmöglich, so ist das in noch höherem Grade der Fall mit der Gesamtheit der Lebenszwecke.“ Dieser Satz findet sich bezeichnenderweise schon im siebten Kapitel der *Allgemeinen Staatslehre*.

²⁴⁶ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 226. Die Ausführungen zum Staatszweck weisen deshalb auch starke Parallelen zu Jellineks Erklärung der Rechtsordnung auf. Dazu auch schon *ders.*, System, ¹1892, S. 222.

also, dass der Staat gegenüber den Individuen gerechtfertigt ist, insofern er für sie zweckmäßig ist.²⁴⁷

Parallel zur Metamorphose, die der Begriff der Zweckeinheit erlebt hat – von der Einheit *für mich* zur notwendigen Einheit *für alle* durch die Parallelität individuell gesetzter Zwecke –, führt auch die vervielfachte individuelle Zweckmäßigkeit des Staates für Jellinek zu dessen Notwendigkeit und damit zur Rechtfertigung: „Ist ohne Staat keine Gesellschaft und keine Erfüllung menschlicher Gemeinziele möglich, dann ist für jeden, der sich nicht außerhalb der Gesellschaft stellen will, Hingabe an den Staat sittliche Notwendigkeit.“²⁴⁸ Der Staat wird so dann doch zum „geschichtlich notwendige[n] Produkt“. ²⁴⁹ Jellinek beschließt die Erörterungen zur Rechtfertigung des Staates mit der kryptisch bleibenden Formel: „Das geschichtlich Notwendige soll frei, nach klar erkannten Zwecken gestaltet werden.“²⁵⁰ Eine Begründung für diesen Schritt von der Möglichkeit zur Notwendigkeit des Staates bietet Jellinek nicht an.²⁵¹

Insgesamt endet Jellineks Staatszwecklehre damit in einer Tautologie: Der Rechtsstaat ist des Rechts wegen da und das Recht ist dazu da, um das Verhalten von Individuen zu koordinieren. Die eigentlich zentrale Frage, wie Gemeinschaft möglich ist, die bei Max Weber zur Ausarbeitung einer Herrschaftstheorie führen wird, ist bei Jellinek in seinem Insistieren auf dem Staatszweck zwar präsent, ohne jedoch beantwortet zu werden.²⁵² Damit bleibt Jellinek hinter anderen zeitgenössischen Legitimations- und Herrschaftstheorien zurück.²⁵³

²⁴⁷ Jellinek versteht Zweckmäßigkeit dabei nicht im Sinne einer utilitaristischen Nützlichkeitsabwägung. Dazu näher *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 315 m. w. N.

²⁴⁸ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 264.

²⁴⁹ Ebd.

²⁵⁰ Ebd.

²⁵¹ Bezüge zu der entsprechenden Argumentation Jellineks zur Zweckeinheit bleiben dunkel, vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 233 f. Der Kritik von *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 317, Jellineks Lösung trage „die historizistischen Züge, die *Jellinek* selbst bei *Hegel* kritisiert“ habe, ist nichts hinzuzufügen.

²⁵² Ebenso *Ghosh*, Weber and Jellinek, *Saeculum* 59 (2008), S. 299 (320); *Korioth*, Staatszwecklehre, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 117 (118); *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 152 ff.

²⁵³ Diesen Eindruck hat auch die zeitgenössische Kritik: *Preuss*, Organpersönlichkeit, *SchmJb* 26 (1902), S. 557 (573): Jellineks Staatszwecklehre ließe sich „ohne irgend einen Verlust für die wirkliche geistige Erfassung auf die vier Worte reduzieren: der Staat ist Selbstzweck“; *Brie*, Theorie des constitutionellen Staatsrechts, *AÖR* 4 (1889), S. 1 (6 ff.); *Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 85 f. mit Fn. 5. Jellinek ergänzt seine Ausführungen durch die Auflistung einzelner „Staatsaufgaben“: „Staatliche Selbstbehauptung, Sicherheit und Machtentfaltung, Rechtsetzung und Rechtsschutz, Kulturförderung“ (*Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 263; ähnlich auch schon *ders.*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 191; *Anter*, Weber und Jellinek, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 67 (76),

Trotz dieser Kritik darf die Fortschrittlichkeit von Jellineks Ansatz nicht aus dem Blick geraten. Jellinek hat die Frage nach dem Staatszweck in eine Frage nach der Rechtfertigung des Staates verwandelt, mithin den Evidenzcharakter der bislang selbst von methodischen Reformern wie Gerber und Laband als gegeben betrachteten Staatszwecke entzaubert und die Diskussion für kritische Nachfragen geöffnet. Daran ändert auch nichts, dass Jellinek im achten Kapitel mehrfach Andeutungen zu den ansonsten explizit ausgeklammerten ‚metaphysischen‘ Bezügen der Staatszwecklehre macht.²⁵⁴ Jellinek erwähnt zwar, dass es eine der „Spekulation“ zugängliche Welt gebe, die nicht dem Wissen, sondern dem „Glauben“ oder der „Metaphysik der Geschichte“ zugänglich sei; er ergänzt dies aber ausdrücklich durch den Hinweis, dass diese Welt jenseits der Ebene des mit seinem methodischen Instrumentarium Fassbaren liege.²⁵⁵ Für eine derart geschichtsmetaphysische Betrachtung der Staatszwecklehre sei eine andere Wissenschaft nötig, deren Aufgabenbereich er wie folgt umschreibt:

„Ohne eine solche kann aber eine teleologische Untersuchung der sozialen Phänomene nie gründlich vorgenommen werden, weil die letzten Zwecke des Menschlichen rein empirischer Forschung unzugänglich sind. [...] Metaphysischer Betrachtung bleibt die Frage überlassen, inwiefern dieser subjektiven Anschauung auch objektive Wahrheit zukommt, ob diesem auf der Weltanschauung der Gegenwart gegründeten Zweckbewußtsein transzendente Werte entsprechen.“²⁵⁶

weist auf die Parallelen dieser Aufzählung zu den „Grundfunktionen“ des Staates bei Max Weber hin). Diese Aufzählung nimmt den größten Teil der „Entwicklung der Theorie der relativen Staatszwecke“ ein, bewegt sich jedoch auf einer rein deskriptiven Ebene. Insofern stellt Jellineks Forderung, die Staatszwecklehre müsse „oberste, letzte Zwecke“ untersuchen, nur Anforderungen an den Abstraktionsgrad einer Aufzählung oder Typologie der praktischen Tätigkeitsbereiche des Staates – wobei Jellinek damit immer den deutschen Nationalstaat wilhelminischer Prägung meint (vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 234 f.; sowie a. a. O., S. 13). Selbst diesem Postulat wird Jellinek in seiner Diskussion der „relativen Staatszwecke“ nicht immer gerecht, wenn er etwa zwischenzeitlich auf ganz konkrete Tätigkeitsbereiche des Staates hinweist und diese, wie das Eisenbahnwesen, als „Staatszwecke“ bezeichnet (vgl. a. a. O., S. 254 f.). All dies hat aber mit Jellineks ursprünglichem Anspruch an die Zwecklehre, der eben in der „Vollendung“ der Rechtfertigungslehre bestand, nichts mehr zu tun.

²⁵⁴ S. nur *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 231.

²⁵⁵ Vgl. nur *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 35 f., 262.

²⁵⁶ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 262 f. In ähnlicher Weise hat Jellinek auch in anderen Schriften die Möglichkeit einer Metaphysik in den Raum gestellt, die die Gesetze der geschichtlichen „Entwicklung“ – ein Zentralbegriff dieser Zeit – analysiert: vgl. *ders.*, Weltanschauungen (1872), in: *ders.*, Ausgewählte Schriften, Bd. 1, 1911, S. 3 (17); *ders.*, Beziehungen Goethe's zu Spinoza, 1878, S. 24 („Der Begriff der Entwicklung ist die reifste Frucht des deutschen Geistes im vorigen Jahrhundert.“); *ders.*, Adam in der Staatslehre (1893), in: *ders.*, Ausgewählte Schriften, Bd. 2, 1911, S. 23 (26 f.); *ders.*, Entstehung (1894), in: *ebd.*, S. 45 ff., zieht eine Entwicklungslinie vom National- über den

Zu Recht hat *Hermann Heller* bemerkt, dass die von Jellinek eigentlich „programmatisch ausgeschaltete Metaphysik“ keineswegs ganz aus dem Werk verbannt wurde.²⁵⁷ So bleibt es merkwürdig, dass Jellinek in der zitierten Stelle deutlich ausspricht, dass sich die Notwendigkeit bestimmter Staatszwecke allenfalls aus einer ‚metaphysischen‘ Theorie des Staates bestimmen lassen könne, um gleich im Anschluss einen vermeintlich methodisch reinen Beweis für eben diese Notwendigkeit zu präsentieren.²⁵⁸ Dieser Punkt gehört wohl zu den unaufhebbaren Unklarheiten und Widersprüchen, mit denen jede Jellinek-Interpretation leben muss, ohne dass sich hieraus größere Einsichten in Jellineks Theorie gewinnen ließen. Allerdings sind derartige Überlegungen bei Jellinek stets nur *obiter dicta*; die tragenden Säulen seiner Theoriearchitektur werden dadurch nicht in Frage gestellt.

E. Ausblick

Die hier vorgeschlagene Interpretation des Zweckbegriffs in Jellineks Werk hat versucht, die Punkte zu betonen, die heute noch anschlussfähig erscheinen. Damit soll nicht die Behauptung verbunden werden, dass allein Jellinek in seiner Zeit ein modernes Rechts- und Zweckverständnis entworfen hätte. Auf ganz ähnliche zeitgenössische Konzeptionen bei Preuss oder Loening wurde mehrfach hingewiesen. Dennoch zeichnet sich Jellineks Werk dadurch aus, die mit dem Begriff verbundenen Probleme in einer Breite durchdrungen zu haben, die alle drei oben unterschiedenen Verwendungsdimensionen abdeckt. Zugleich hat es eine theoretische Tiefe erreicht, die zwar nicht immer, aber doch in aller Regel zu überzeugenden Ergebnissen geführt hat. Jellineks radikale Absage an die Idee einer durch objektive Zwecke geordneten Welt, seine Ausrichtung aller staatlichen Aktivität und vor allem der Rechtserzeugung am Paradigma der zweckorientierten Handlung und seine Entscheidung für ein positivistisches Rechtserzeugungsmodell, das die Normativität von Sätzen über deren Setzung generiert, mögen aus heutiger Sicht wenig beein-

Kultur- zum Sozialstaat; *ders.*, Recht der Minoritäten, 1898, S. 40, will mit Tocqueville eine notwendige Entwicklung hin zur Demokratie sehen: „Die moderne Gesellschaft befindet sich in einem Process der Demokratisierung. Mag man nun diese Entwicklung mit Freude begrüßen oder fürchten, keine Macht der Welt ist imstande, diesen geschichtlichen Naturprocess dauernd zu hemmen.“; sowie schließlich *ders.*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 43 mit Fn. 1. Zu alldem ausführlich *Albert*, Der Staat als „Handlungssubjekt“, 1988, S. 11 ff.; *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 158 ff. Zur Bedeutung des Entwicklungsbegriffs für Jellinek s. auch *Keller*, Biographische Ansichten, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), Jellinek, 2000, S. 87 ff.

²⁵⁷ *Heller*, Krisis, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289 (297).

²⁵⁸ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 264.

drucken; eher enttäuschen die Mängel im Detail. Angesichts vieler zeitgenössischen Alternativentwürfe ist die bei Jellinek anzutreffende Klarheit und Konsequenz jedoch schlicht wegweisend.

Statt die einzelnen Beobachtungen zu rekapitulieren, ist hier eine allgemeinere Anmerkung zur rechtswissenschaftlichen Diskussionskultur im späten Kaiserreich zu machen. Anhand des Verhältnisses von Preuss und Jellinek ließ sich zeigen, von welchen Missverständnissen die Diskussion um den Zweckbegriff gekennzeichnet war.²⁵⁹ Diese beruhten teils auf unterschiedlichen philosophischen Bezugssystemen, teils auf unausgesprochen bleibenden rechtspolitischen Gegensätzen, teils auf offensichtlichem Nichtverstehenwollen. Die von den Autoren in Selbst- wie Fremdbeschreibung gebrauchten Formeln wie Organismus-, Persönlichkeits- oder Zwecktheorie können fundamentale Unterschiede suggerieren, die tatsächlich nicht vorhanden sind, oder verdecken umgekehrt unter gemeinsamen Begriffen die eigentlichen, inhaltlichen Differenzen. So ist die Diskussion um den Zweckbegriff eingebettet in hoch aggregierte Metaphernsysteme, die kaum angemessen theoretisch unterfüttert und damit nicht mehr begrifflich kontrollierbar sind. Dies schlägt auch auf die Erforschung entsprechender Diskurse durch und setzt allen groß angelegten Erzählungen der Theorie- und Systementwicklung dieser Zeit enge Grenzen.

Dementsprechend ist es auch eher eine grundsätzliche Idee als eine ausgearbeitete Theorie, die von Jellineks Konzept des Staates als Zweckeinheit und des Rechts als Resultat von Zwecksetzungen bleibt. Jellineks Werk lässt sich am besten als Versuch einer eigenständigen geisteswissenschaftlichen Begründung der Rechts- und Staatswissenschaft verstehen, die auf den zentralen Kategorien Handlung, Zweck und Willen aufbaut. Jellinek hat dabei stets die normativ-juristische Eigengesetzlichkeit des Rechts anerkannt, dieses aber dennoch immer als Teil der Sphäre des Sozialen begriffen. Gerade deswegen ist Jellineks Theorie nach wie vor beachtenswert. Sein Fokus auf der individuellen intentionalen Handlung, sein Konzept einer Gesellschaftstheorie, die auf wechselseitig aufeinander bezogenen Handlungen aufbaut und versucht, Gesellschaft aus der Gemeinschaftsbezogenheit der Individuen zu konstruieren, ist nicht überholt.

²⁵⁹ Hierzu oben § 4 Fn. 195.

§ 5 Die Popularität der Frage nach dem „Zweck im Recht“. Die „teleologische Epoche“ und ihre Wirkung

„Die finalistische Richtung geht [...] von dem ‚Sinn‘ der Wirklichkeit aus, von den als wertvoll erachteten Zwecken und Bedürfnissen des sozialen, geistigen, sittlichen Lebens; sie fragt: ‚wie muss ich das Recht handhaben und gestalten, um den Lebenszwecken zu genügen?‘ [...].“¹

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts gewinnen die Versuche, dem Zweckbegriff aus rechtswissenschaftlicher Sicht auf den Grund zu gehen, noch einmal erheblich an Komplexität. Eine begriffsgeschichtliche Darstellung mit enzyklopädischem Ehrgeiz stünde vor der Herausforderung, so unterschiedliche Formen der Annäherungen an den Begriff wie *Rudolf Stammlers* Idee des Rechts als „Zweckwissenschaft“², *Gustav Radbruchs* rechtsphilosophisches Modell

¹ *Kantorowicz*, *Epochen*, Die Tat 6 (1914), S. 345 f.

² *Stammlers* Theorie der Rechtswissenschaft als „Zweckwissenschaft“ (*Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, S. 55 ff., 63 ff.) mit ihrer Grundunterscheidung von kausaler und teleologischer Gesetzmäßigkeit ist zum einen durch den neukantianisch-moralphilosophischen Ansatz *Hermann Cohens* geprägt, der die Ethik als ein dem Kausalgesetz entzogenes Reich der Selbst-Zwecke verstehen will (dazu ausführlich *Müller*, *Marburger Neukantianismus*, 1994, S. 41 ff.; zu späteren Entwicklungen Cohens, in denen dieser den Zweckbegriff als Einheitsbegriff aufgibt, ebd., S. 131; vgl. auch *Wenn*, *Juristische Erkenntniskritik*, 2003, S. 55 ff., 83 f., 291 f.; zur Frage von „Brüchen“ im Werk *Stammlers* vgl. bejahend *Müller*, a. a. O., S. 28 f., dagegen *Wenn*, a. a. O., S. 122 ff.). Wenn der „Zweck“ bei *Stammler* darüber hinaus auch als Begriff zur Konstruktion der obersten Einheit beider Reiche, d. h. von Kausalität und Telos bzw. von Wollen und Erkennen, verstanden wird (*Stammler*, *Wirtschaft und Recht*, 1896, S. 367 ff.), spiegeln sich darin wiederum die Einflüsse von *Paul Natorps* „Sozialpädagogik“. Nach *Natorp* sind Wille (Zweck) und Erfahrung (Kausalität) zwar analytisch zu trennen, aber im Individuum als teleologischer Einheit stets monistisch aufeinander bezogen (dazu erneut *Müller*, a. a. O., S. 60 ff.). Über diese heute nur noch schwer nachvollziehbaren Ideen hinaus versucht *Stammler* dann noch – nicht ganz unähnlich *Jellineks* Theorie der Zweckeinheit – dem Zweckbegriff eine Theorie der Gemeinschaft (über eine Theorie des „verbindenden“, zweckgerichteten Wollens, vgl. *Stammler*, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 1902, S. 196 ff.), sowie – analog *Jhering* – eine Entwicklungstheorie des Rechts (*Stammler*, a. a. O., S. 619 f.) abzuringen.

von Gerechtigkeit als/und „Zweckmäßigkeit“³ und *Hans Kelsens* Kritik eines rein naturalistisch verstandenen Zweckbegriffs, die vor allem als Folie seines eigenen normativistischen Ansatzes dient⁴, in eine Darstellung zu integrieren.

All dies zog die übermäßig scharfe, in wesentlichen Punkten aber zutreffende Kritik *Max Webers* nach sich (*Weber*, Stammers »Überwindung«, in: *Wissenschaftslehre*,⁷ 1988, S. 291 ff.). *Weber* liest *Stammler* – gegen dessen Intentionen – als materialen Teleologen alter Schule, während der Zweckbegriff in *Stammlers* Missverständnisse geradezu provozierenden Texten doch eher ein Stellvertreterbegriff für Normativität ist (wenigstens insofern ist dem Rehabilitationsversuch *Stammlers* von *Wenn*, a. a. O., S. 28 ff., zuzustimmen). An *Webers* Kritik schließen sich die Einwände *Kelsens* gegen *Stammler* an (*Kelsen*, *Hauptprobleme*,¹ 1911, S. 57 ff.), der ebenfalls verkennt, dass *Stammlers* Theorie des Zwecks nicht von einem (real-)psychologischen Verständnis des Begriffs ausgeht, sondern von der *freien* Handlung als Grundlage alles Normativen (vgl. auch *Kelsen*, *Staatsbegriff*, 1922, S. 143 ff.).

³ Die Rekonstruktion von *Radbruchs* Theorie des Zweckbegriffs ist schwierig, weil *Radbruch* den Begriff im Verlauf seines Werkes sehr unterschiedlich verwendet hat. Insbesondere in der ersten Auflage seiner *Grundzüge der Rechtsphilosophie* orientiert sich *Radbruch* stark an *Stammler*. Rechtswissenschaft wird hier als „teleologische“, d. h. normative, Wissenschaft verstanden; die Suche nach Gerechtigkeit ist eine Suche nach den „Rechtzwecken“ (*Radbruch*, *Rechtsphilosophie*,¹ 1914, S. 18 ff.; vgl. auch ebd., S. 29: „Die Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung, als Rechtsteleologie kann nur ein einziges Problem haben: den Zweck des Rechts.“). Dementsprechend werden die Begriffe ‚Zweck‘, ‚Wert‘, ‚Idee‘, ‚Richtigkeit‘ und ‚Gerechtigkeit‘ gleichgesetzt (ebd., S. 82 ff.) – um dann aber doch wieder in einer positivistischen Rechtsgeltungstheorie abgewandelt zu werden (ebd., S. 170 ff.).

In der 3. Auflage wird die Zweckmäßigkeit programmatisch gegenüber der Gerechtigkeit zurückgenommen (*Radbruch*, *Rechtsphilosophie*,³ 1932, S. VII). Der Zweck wird zur „empirischen Zweckidee“ (ebd., S. 50 f.), die einen weiteren Maßstab zur Bewertung von Rechtsregeln darstellt, der anders als die komplementär eingesetzte „Gerechtigkeit“ eine Art relative Bewertung der inneren Sach- oder Folgerichtigkeit vornehmen soll (vgl. auch ebd., S. 70 ff.; ebenso dann in späteren Schriften, vgl. insbes. *Radbruch*, *Zweck des Rechts* (1935), in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie III*, 1990, S. 39 ff.; *ders.*, *Vorschule*, in: ebd., S. 121 (145 ff.)). Im Spätwerk taucht schließlich der Zweck vor allem in einer Kritik des „technischen Zeitalters“ auf und begegnet pejorativ als „Zweckrationalismus“, dem durch ein neues Vertrauen an das Schicksal zu begegnen sei (*ders.*, *Gerechtigkeit und Gnade*, in: ebd., S. 259 (263)) – zu parallelen zeitgenössischen Entwürfen näher § 7 Fn. 5.

⁴ Auch *Kelsens* Ausführungen zum Zweckbegriff sind äußerst komplex, da sich an ihm in besonderem Maße die verschiedenen Entwicklungsstufen von *Kelsens* Denken dokumentieren (zu den herkömmlich unterschiedenen Theoriephasen vgl. die Modelle von *Paulson*, *Konstruktivismus*, *AöR* 124 (1999), S. 631 ff.; und *Heidemann*, *Zurechnung*, in: *Stolleis/Paulson* (Hrsg.), *Kelsen*, 2005, S. 17 m. w. N.). Hier kann nur auf die Verwendung des Begriffs in der zunächst ganz konstruktivistischen, dann stärker neukantianischen Frühphase eingegangen werden. In dieser Zeit nimmt *Kelsen* ausführlich zum Zweckbegriff Stellung. *Kelsen* tut dies erstens in Form von Kritik an einem Staatsverständnis, das den Staat als zwecksetzende Instanz konstruiert, und parallel dazu an einem Rechtsverständnis, das Rechtssätze als Resultate von Willenstätigkeit denkt. *Kelsens* Kritik richtet sich damit insbesondere gegen *Jellineks* Theorie der juristischen Person und gegen die

Schon diese Andeutungen genügen, um zu zeigen, dass sich die Diskussionen

Organismustheorien, denen er (ähnlich wie Jellinek etwa Preuß) schlechten Psychologismus und Anthropomorphismus unterstellt (vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 66 ff., 162 ff., 208 f.; vgl. auch *ders.*, Staatsbegriff, 1922, S. 38, 48; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 10 ff.; sowie zum Staat als Rechts- bzw. Selbstzweck, worunter Kelsen eine Aufhebung des Zweckbegriffs versteht, a. a. O., S. 39 ff.). Kelsen räumt dem Willen zwar weiterhin einen ganz zentralen Platz in seinem Kategoriensystem ein (*Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 97: „Die folgenden Untersuchungen gehen von dem Grundsatz aus, daß das objektive Recht Wille des Staates ist.“), unterstellen dabei aber einen von jeder Empirie gereinigten konstruktiven Willensbegriff, der mit dem Endpunkt von Zurechnungsrelationen identisch ist und konsequent von der Fähigkeit zur Zwecksetzung getrennt wird (*Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 172 ff., 180 f., 183: der überindividuelle „Staatswille“ sei vielmehr der „gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlungen qualifizierten Tatbeständen ausgehen“). Die Fähigkeit zur Zwecksetzung wird wiederum dem (real-)psychologischen, „naturalistischen“ Willen zugeschrieben (*Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 107 ff., 181 ff., 194, 208; s. auch *ders.*, Reine Rechtslehre, ¹1934, S. 50 f.; vgl. auch *ders.*, Reine Rechtslehre, ²1960, S. 5; sehr kritisch deswegen etwa von *Hippel*, Kritik, AöR 44 (1923), S. 327 (336), der Kelsen die Verwendung eines materialen Willensbegriffs nachweisen will). „Zwecke“ werden als Elemente notwendig der „Seinswelt“ zugeordnet (*Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 13 ff., 107 ff.). Der Zweckbegriff wird von Kelsen essentialisiert, während der Willensbegriff transzendental gefasst wird.

Aus diesen Gründen sieht sich Kelsen zweitens bei seinem Projekt der Begründung einer rein normativen Rechtswissenschaft genötigt, das Zweckmoment konsequent aus Methodenlehre und Dogmatik auszuschneiden (*Kelsen*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 84: „Die Erkenntnis, daß die normative Betrachtung keineswegs eine auf den Zweck gerichtete, d. h. teleologische ist, gibt auch eine Direktive für die Lösung der prinzipiellen Frage, ob Rechtsbegriffe Zweckbegriffe sein können.“; vgl. auch ebd., S. 209 f.). Eine „teleologische“ Perspektive auf das Recht kann für ihn nur eine soziologische oder psychologische sein (*ders.*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 71). Zwecke repräsentieren für ihn die am instrumentellen Denken orientierten Sozialwissenschaften. Dieser Ansatz radikalisiert Gedanken zur juristischen Begriffsbildung, die bereits bei Jhering, Laband und Jellinek begegnet sind; er verfehlt jedoch die Aufgabe, die diese Autoren Dogmatik und Methodik doch immer noch zugeschrieben haben, nämlich zum Verständnis des positiven Rechts beizutragen und dessen Zweckorientierung durch Dogmatisierung Rechnung zu tragen (das positive Recht ist im Übrigen auch nach Kelsen politisch-zweckorientiert, vgl. *ders.*, Hauptprobleme, ¹1911, S. 14, 35; *ders.*, Reine Rechtslehre, ¹1934, S. 25, 34). Kelsen ignoriert in seinem Verständnis des Zweckbegriffs dessen Polyvalenz. Konsequenz ist eine wenig aussagekräftige Interpretationstheorie (vgl. insbes. die konventionellen Überlegungen bei *ders.*, Reine Rechtslehre, ¹1934, S. 90 ff.; *ders.*, Reine Rechtslehre, ²1960, S. 346 ff., mit ihrem unbefangenen Postulat einer Orientierung der Rechtsanwendung am sog. „Willen des Gesetzgebers“ – hier bleiben alle Fragen offen; dazu instruktiv *Dreier*, *Kelsen*, ²1990, S. 148 f.). Insgesamt konstruiert Kelsen das Recht als handlungsgetragene und willensmäßige Ordnung, verwehrt es dem Rechtsanwender jedoch, in irgendeiner Form auf diese „Konstruktion“ zurückzugreifen. Die zentrale Frage, wie innerhalb des Rechts reflektiert werden kann, dass das Recht eine positive, zweckgerichtete Ordnung ist bzw. sich als solche versteht, erschließt sich aus Kelsens Schriften nicht. Hierzu ausführlich § 8 B. u. C.

um den Zweckbegriff auch weiterhin im Rahmen eines hochaggregierten Metaphernsystems bewegen. Vom ‚Zweck‘ ist die Rede, um die Normativität des Rechts und den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz angesichts der Herausforderungen des wissenschaftlichen Positivismus zu erproben – oder zu hinterfragen –, um Konstruktionen des Staates als eines kollektiven Akteurs zu unternehmen – oder diese ihrerseits zu dekonstruieren – sowie um eine dem Recht vorausliegenden Begrenzung der Tätigkeit eben dieses Staates zu analysieren. Die ausführliche Darstellung dieser Ideen könnte dem bisher gewonnenen Verständnis der unterschiedlichen Verwendungsdimensionen des Zweckbegriffs zwar noch Facetten, aber nichts grundsätzlich Neues mehr hinzufügen.

Aus diesem Grund soll hier, statt die Untersuchungsbasis nochmals zu verbreitern, der Versuch eines Ausblicks unternommen werden, der sich der Frage widmet, weshalb die schon immer als Mythos operierende Erzählung von der „teleologischen Epoche“ und der Entdeckung des Zwecks durch Jhering einen derartigen Erfolg haben konnte (A.). In diesem Erfolg kommt zudem ein weiterer Aspekt der Verwendung des Zweckbegriffs zum Ausdruck, der nichts mit den oben unterschiedenen begrifflichen Gehalten zu tun hat: Über die Zeit wird die Forderung, den Zweck ins Recht zu integrieren oder sich den Zwecken zuzuwenden, zum Standard-Topos der Reformliteratur. Über das ganze Methodenspektrum hinweg wird mit dieser Forderung und mit je ganz unterschiedlichen Akzenten versucht, das Projekt Jherings fortzuschreiben. Dies soll hier an drei Beispielen aus der Weimarer Zeit demonstriert werden (B.). Allerdings darf sich die Rechtstheorie nicht darauf beschränken, den Zweckbegriff allein in diesem emphatischen, chiffrartigen Sinne zu verwenden. Dies hieße, die Probleme zu unterschätzen, mit denen eine ernsthafte Analyse des Begriffs im Recht konfrontiert ist (C.).

A. Die „teleologische Epoche“ und die Transformation des Rechtsdenkens

Die Frage nach den Charakteristika der – mit *Hermann Kantorowicz* – „teleologischen Epoche“ lässt sich auf der Grundlage des in den vorangegangenen Kapiteln geschärften Verständnisses neu angehen. Worum ging es also in den hier untersuchten Debatten um den Zweck bei und nach *Jhering*? Weshalb wurde der Begriff um die Jahrhundertwende in einer Weise populär, die hier nur in Ansätzen ausgeschöpft werden konnte? Lässt sich diese Entwicklung tatsächlich mit Kantorowicz als Durchbruch zu einem realistischen Rechtsverständnis beschreiben (I.), oder finden sich nicht andere, adäquatere Beschreibungsmodelle (II.)? In jedem Fall kann festgehalten werden, was oben

schon für Jherings Behandlung des Zweckbegriffs konstatiert wurde: Dass gerade der Zweckbegriff als Leitbegriff einer rechtstheoretischen Diskussion in Zeiten umfassender gesellschaftlicher Transformation verwendet wurde, beruht maßgeblich auf dessen Eigenschaft, trotz begrifflicher Unschärfe Entschlossenheit zu markieren (III.).

I. Die „teleologische Epoche“ als Durchbruch zu einem progressiven Rechtsdenken?

Kantorowicz, der die plötzliche Popularität des Zweckdenkens so sicher diagnostiziert und die Wendung von der „teleologischen Epoche“ geprägt hat, bietet in seinem wirkmächtigen Aufsatz zu den *Epochen der Rechtswissenschaft* die heute wohl immer noch herrschende Deutung dieser Entwicklung und der Gründe ihres Erfolges an.⁵ Diese ist, für Kantorowicz typisch, einfach und polarisiert: Das Zweckdenken selbst sei ganz neu. Es habe den zuvor herrschenden Formalismus, die „Begriffsjurisprudenz“ abgelöst. Zweckdenken stehe für eine an der „Wirklichkeit“ und am „Leben“ orientierte Rechtswissenschaft:

„Die formalistische Richtung in der Rechtswissenschaft geht aus von einem formulierten Rechtssatz, meist einem Gesetzestexte; sie fragt: ‚wie muss ich diesen Text auslegen, damit ich dem Willen entspreche, der einstens diesen Text formuliert hat?‘; diesem Willen entnimmt sie dann – scheinbar rein logisch verfahren – ein geschlossenes System von Begriffen und Sätzen, aus denen sich die Entscheidung jeder wirklichen oder erdenklichen Rechtsfrage mit Notwendigkeit ergeben soll. Die finalistische Richtung geht [...] von dem ‚Sinn‘ der Wirklichkeit aus, von den als wertvoll erachteten Zwecken und Bedürfnissen des sozialen, geistigen, sittlichen Lebens; sie fragt: ‚wie muss ich das Recht handhaben und gestalten, um den Lebenszwecken zu genügen?‘; diesen Zwecken gemäß löst sie nun die unzähligen Zweifel des förmlichen Rechts, füllt sie seine unzähligen Lücken aus.“⁶

Zweckdenken im Recht ist für Kantorowicz mit einer klaren rechtsmethodischen und rechtspolitischen Zuordnung verbunden: Während der Formalismus „theoretisch, passiv, rezeptiv und konservativ“ sein soll, sei der Finalismus, dem auch die Freirechtsbewegung folge, eben „realistisch, praktisch, kritisch, produktiv und fortschrittlich“.⁷

Dieser Deutung schließen sich, oft implizit, spätere Autoren an, die mit Jhering und dem Zweckbegriff die Wendung von einem rein formalen zu

⁵ Kantorowicz, *Epochen*, Die Tat 6 (1914), S. 345 ff. Die Bedeutung dieses Textes für die Selbstwahrnehmung der Rechtswissenschaft (vgl. nur *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 21967, S. 20) hebt zu Recht hervor: *Meyer-Pritzl*, Kantorowicz, *Christiana Albertina* 65 (2007), S. 67 ff.

⁶ Kantorowicz, *Epochen*, Die Tat 6 (1914), S. 345 (345 f.).

⁷ Kantorowicz, *Epochen*, Die Tat 6 (1914), S. 345 (345 f.).

einem sozialen, realistischen Rechtsverständnis verbinden.⁸ Gleiches gilt, wo die Wendung zur ‚juristischen Methode‘ im Staatsrecht als vermeintlich konservative Gegenbewegung konstruiert wird.⁹ In diesem Sinne kann dann die „teleologische Epoche“ als der „für die neuere Zeit folgenreichste Einbruch positivistisch-empiristischer Ideologiekritik in das juristische Denken“ charakterisiert werden.¹⁰ Auch heute noch ist diese Deutung des Zweckbegriffs verbreitet.¹¹ Diese Vorstellung eines ‚Durchbruchs‘ zum Zweckbegriff und damit zu einem realistischen Rechtsverständnis stößt jedoch, wie die bisherige Darstellung gezeigt hat, auf erhebliche Probleme. Einige dieser Punkte sollen hier noch einmal in aller Kürze angesprochen werden.

So liefert die Kantorowicz’sche Deutungsvariante keine Erklärung dafür, dass der Zweckbegriff ebenso wie das mit ihm assoziierte ‚rechtspraktische‘ Denken schon lange vor Jhering zum ständigen Repertoire von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis gehörte.¹² Weiterhin wurde der Zweckbegriff vor 1870 keineswegs mit progressiven methodischen Positionen oder einer besonderen Nähe zur Rechtswirklichkeit verbunden. Das Gegenteil war der Fall.¹³ Schließlich sind die Gegenbilder, mit denen Kantorowicz operiert, also die Vorstellung einer von der Zweckjurisprudenz abgelösten, rein formalistischen Begriffsjurisprudenz, im Falle des Privatrechts bzw. des zweckfreien staatsrechtlichen Positivismus Gerber-Laband’scher Prägung in keiner Weise haltbar.¹⁴ Der Gedanke eines ‚Durchbruchs‘ zum Zweck, der eine Entdeckung

⁸ Zu entsprechenden Interpretationen, die in der These der „Bekehrung“ Jherings gipfeln, vgl. oben § 3 A.

⁹ Hierzu ausführlich oben § 2 A. III. und § 4 A.

¹⁰ *Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977, S. 112 f. Haverkate operiert mit zwei Annahmen, die aus historischer Sicht zu pauschal sind. Weder setzt sich erst Ende des 19. Jahrhunderts dank Jhering der Gedanke durch, dass der Gesetzgeber Zwecke setzt, „indem er Handlungsanweisungen aufstellt, und daß diese Handlungsanweisungen nur verstanden werden können, wenn man sie in ihrem Zweckcharakter begreift“ (so aber *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 117), noch ist es richtig, dass dank der teleologischen Methode „zum ersten Mal der praktische Wert des Resultats für die Methode der Gesetzesauslegung und Begriffsbildung thematisiert“ wird, während vorher die Auslegungsergebnisse ohne jede Bedeutung für die Rechtsanwendung gewesen wären (*Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977, S. 115 f.).

¹¹ Vgl. nur *Engel*, Herrschaftsausübung, in: ders./Schön (Hrsg.), *Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 205 ff.

¹² Hierzu unter § 2 A. und § 3 A. I.

¹³ Hierzu unter § 2 A. VI.

¹⁴ Hierzu unter § 2 A. I., § 3 A. II. sowie § 4 A. Für eine Analyse der teils strategischen, teils polemischen Aufarbeitung der privatrechtlichen Methodendiskussion vor Jhering durch *Kantorowicz*, *Heck*, *Reichel* und (aus neoidealistischer Sicht) *Kohler* siehe *Honsell*, *Historische Argumente*, 1982, S. 30 f.; für die spätere Rezeption vgl. *Coing*, in: *Staudinger*, *BGB*, Bd. 1, ¹³1995, Einleitung zum *BGB*, Rn. 204 („Wir urteilen hier noch zu sehr unter dem Einfluss der Freirechtsschule, die z.T. wohl gegen Windmühlenflügel gekämpft hat.“). Umfänglich zur Genese entsprechender Mythen, zu deren Verbreitung in der Bun-

des Zwecks durch Jhering oder dessen Umfeld suggeriert, ist also äußerst irreführend.

Hieran zeigt sich das eigentliche Problem einer Interpretation der „teleologischen Epoche“, die versucht, das Kernstück dieser Entwicklung, den Zweckbegriff, mit einem bestimmten Programm, welcher Art auch immer, zu identifizieren. ‚Zweck‘ kann aber in rechtspolitischer Hinsicht für ganz unterschiedliche Ansätze in Anspruch genommen werden, für vermeintlich ‚traditionelle‘ ebenso gut wie für ‚moderne‘.¹⁵ ‚Zweckorientierung‘ kann bei Kelsen Naturalismus-Vorwurf und bei Stammler normativistisches Programm sein.¹⁶ ‚Zweckorientierung‘ kann der Ruf nach einer Aufwertung der Richterschaft oder nach einer Stärkung des Gesetzgebers sein und ist offen für unterschiedlichste Methodenauffassungen.¹⁷ Für sich allein ist der Zweckbegriff zu abstrakt und seine möglichen Verwendungsweisen sind zu vielgestaltig, um ihn mittels einfacher Dichotomien wie Formalismus/Realismus oder konservativ/progressiv zu fassen oder um ihn mit bestimmten methodischen oder gar rechtspolitischen Positionen zu identifizieren. Aus diesem Grund ist, wie dargestellt, stets eine mehrdimensionale Bestimmung dessen, was mit Zweck im konkreten Verwendungskontext gemeint sein soll, notwendig.¹⁸

Bezieht man diese Einsichten auf den Aufbruch im Rechtsdenken um 1870 zurück, ist klar, dass sich dieser nicht in der einfachen Forderung nach einem ‚mehr‘ an teleologischer Auslegung oder an richterlichen Folgenanalysen erschöpft hat. Die Gründe des Wandels, die die Intuition von der „teleologischen Epoche“ einfangen will, sind struktureller Art. Sie können sich nur auf Änderungen der Vorstellungen beziehen, die von allen drei Dimensionen des Zweckdenkens angesprochen werden.

desrepublik vor allem auch *Wilhelm*, Methodenlehre, 1958, S. 121 ff., beigetragen hat (vgl. dann aber auch *ders.*, Theorie des abstrakten Privatrechts, in: *ders.* (Hrsg.), Studien, 1972, S. 265 ff.), und zur Kritik der polemischen Formulierung von der „Begriffsjurisprudenz“ aus der jüngeren Forschung: *Falk*, Windscheid, 1989, S. 164 ff., 215 ff., und passim; *Rückert*, Kontinuitäten und Diskontinuitäten, in: Acham/Nörr/Schefold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, S. 113 ff.; *Haferkamp*, Puchta, 2004, S. 79 ff. und passim; *ders.*, Begriffsjurisprudenz, in: Depenheuer (Hrsg.), Reinheit des Rechts, 2010, S. 79 ff.; ebenfalls gegen entsprechende Entstellungen: *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2012, S. 247 f., 255 f., 268 ff., 277 je m. w. N. Vgl. auch die instruktive Savigny-Interpretation durch *Beaud*, Savigny et le droit public, in: Kervegan/Mohnhaupt (Hrsg.), Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, S. 169 ff.

¹⁵ Hierzu nur spezifisch § 4. A. IV. und V.

¹⁶ Hierzu § 5 Fn. 2 und § 5 Fn. 4.

¹⁷ Hierzu nur spezifisch § 2 A. II.

¹⁸ Hierzu § 2 C. und D.

II. Die Popularität des Zweckdenkens als Ausdruck einer Transformation des Rechtsbegriffs

Die verbreitete These, um 1870 habe eine Wende von einem formalistischen zu einem zweckorientierten, ‚realistischen‘ Rechtsverständnis stattgefunden, wird also weder der Komplexität des Zweckbegriffs noch der Vielgestaltigkeit der „teleologischen Epoche“ gerecht. Kantorowicz’ Deutung der rechtstheoretischen Entwicklung ab 1870 arbeitet mit zwei Unbekannten, die zur Erklärung wechselseitig aufeinander und damit ins Leere verweisen: Der Aufbruch im Rechtsdenken liegt bei ihm im Durchbruch zum Zweck. Was Zweck in diesem progressiven Sinne, d. h. in Abgrenzung zu traditionellen Verwendungsweisen des Begriffs, bedeuten sollte, setzt er mit dem Rechtsverständnis gleich, das sich in der Aufbruchssituation durchgesetzt hat. Dieses wird dann in einer diffusen Weise für ‚realistisch‘ erklärt. Die Theorie bestätigt sich so selbst. Um diesen Erklärungszirkel zu durchbrechen, muss das, was hier mit ‚Zweck‘ gemeint sein kann, aus der weitgehend unfruchtbaren Kantorowicz’schen Interpretationstradition gelöst werden.

Die „teleologische Epoche“ markiert damit keinen *Durchbruch* zum „Zweck im Recht“. Vielmehr reflektieren die damaligen Debatten eine allmähliche *Verschiebung* im Verständnis dessen, was mit ‚Zweck‘ *im* Recht – und damit mit ‚Recht‘ – gemeint ist. In einer Zeit, in der sich das Verständnis des Ordnungscharakters von Recht, der Quelle seiner Normativität und der Rolle des Staates im Verhältnis zum Recht wandelt, bietet der Zweckbegriff gerade aufgrund seiner semantischen Offenheit eine Arena, um ganz unterschiedliche Modelle unter *einem* Begriff diskutieren zu können. Wesentliches Movens der Diskussionen um den Zweck im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts ist die immer stärkere Positivierung der Rechtsordnung. Über den Zweckbegriff konnten nun die grundlegenden Auseinandersetzungen dieser Zeit ausgetragen werden – zwischen Anhängern der alten Idee von Recht als Ausdruck einer traditionell „zweckmäßigen“ Ordnung und denen, die Recht schlicht als Produkt kontingenter gesetzgeberischer Handlungen und „Zwecksetzungen“ definieren wollten,¹⁹ ferner zwischen denen, die dem Recht eine inhärente Normativität unterstellten, und denen, die sich von den neuen Entwicklungen in den Natur- und Geisteswissenschaften herausgefordert sahen und moderne Rechtfertigungsansätze zu entwerfen suchten,²⁰ sowie schließlich zwischen denen, für die die staatliche Einheit und die Aktionsfähigkeit staatlicher Organe gegeben, und denen, die nach einem tragfähigen Modell für solch kollektive Akteure suchten²¹. Das entscheidende Merkmal des Zweckbegriffs war, dass sich unter seinem begrifflichen Dach alle

¹⁹ Hierzu unter § 2 D.

²⁰ Hierzu u. a. unter § 2 A. IV., § 3 B. I. und § 4 D.

²¹ Hierzu unter § 2 A. IV. und § 4 C.

hier je als Idealtyp skizzierten Positionen darstellen und verhandeln ließen. Was dabei unter ‚Zweck‘ je verstanden wurde, differierte erheblich; doch eröffnete der Begriff offensichtlich eine gemeinsame Kommunikationsebene.

Die Frage nach dem Zweck wird damit hier als Teil eines größeren Kontextes verstanden. In ihr ging es letztlich um das große Thema des Rechts- und Staatsdenkens im 19. Jahrhundert, nämlich – mit dem damals in Rostock lehrenden *Otto Mejer* – um die Unterschiede „in der Auffassung des Staates und des Rechts entweder als einer über den Menschen stehenden Schöpfungsordnung oder als Produkt menschlicher Willkür“. ²² Danach sind die Diskussionen um den Zweckbegriff Ausdruck eines tiefgreifenden Transformationsprozesses des Rechtsdenkens oder des Rechtsbegriffs. ²³

Ursprünge, Gründe, Ablauf und Umfang dieses Prozesses sind äußerst komplex und in vielfältiger Hinsicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung geworden. Um nur einige der zentralen Parameter zu erwähnen: Der Prozess ging einher mit Änderungen in der Zeitsemantik der Gesellschaft, die den Raum für Politik als zweckgerichtete Gestaltung von Wirklichkeit weiter öffneten. ²⁴ Dies führte zu Modifikationen der Theorie des Gesetzes. Gesetzgebung wurde zwar keineswegs erstmals, aber doch immer dominanter als Mittel zum Zweck sozialer Gestaltung wahrgenommen, was sich auch in den praktischen Gesetzesinhalten widerspiegelte. ²⁵ Wichtiger

²² *Mejer*, Einleitung, ¹1861, S. 234 Note 7, zitiert bei *von Oertzen*, Positivismus, 1974, S. 251 ff.

²³ Zum Konzept des Rechtsbegriffs aus jüngerer Zeit vgl. *Schröder*, Recht als Wissenschaft, ²2012, S. 9 ff., 99 ff., 194 ff., 281 ff. (besonders relevant für den hier untersuchten Zeitraum); *ders.*, Rechtsbegriff, in: *Hoyer/Hattenhauer et al.* (Hrsg.), *GS Jörn Eckert*, 2008, S. 835 ff.; *ders.*, Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, *RG* 13 (2008), S. 160 (insbes. 161 f.). Zuvor schon etwa: *Böckenförde*, Rechtsbegriff, *Archiv für Begriffsgeschichte* 12 (1968), S. 145 ff.; *Herberger*, „Recht“, in: *HWPh*, Bd. 8, 1992, Sp. 221 m. w. N.

²⁴ Zu diesen Veränderungen in der Zeitsemantik vgl. die Hinweise oben § 2 Fn. 142.

²⁵ Hierzu unter § 2 A. I., IV. und V., § 3 C. III. sowie § 4 A. I., II. 1., III. und § 4 B. III. 1. Grundlegend für die entsprechende Theoriebildung *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ⁵1980, S. 513 (danach ist die „Fachmäßigkeit des Rechts, und die zunehmende Wertung des jeweils geltenden Rechts als eines rationalen, daher jederzeit zweckrational umzuschaffenden, jeder inhaltlichen Heiligkeit entbehrenden, technischen Apparats sein unvermeidliches Schicksal“). Aus der äußerst umfangreichen Forschung zum positiven Gesetzesbegriff vgl. die Darstellungen von *Badura*, *Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, S. 16 ff., 25, 31 ff.; *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, ²1981; *Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität*, 2013, S. 45 f. (zu den kanonistischen Wurzeln dieses Konzepts); *Ebel*, *Geschichte der Gesetzgebung*, ²1988; *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst*, 2006, S. 200 ff.; *Gagnér*, *Studien*, 1960, S. 1 ff.; *Grawert*, „Gesetz“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 863 ff.; *ders.*, *Gesetzgebung*, in: *Gesetzgebung*, Beiheft zu „Der Staat“ 7 (1983), S. 113 ff.; *Grimm*, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866*, 1988, S. 116 ff. (zum Gesetz im Konstitutionalismus); *Luhmann*, *Positivität, Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 113 ff.; *Mohnhaupt*, *Potestas legislativa*, Ius

Bestandteil dieser Geschichte war der Aufstieg des Nationalstaates, der ebenfalls immer stärker als Einheit und als Zwecke setzender Akteur erschien; hierdurch veränderte sich zudem die Stellung von Gerichten und Wissenschaft im Verhältnis zur Gesetzgebung.²⁶ Diese Veränderungen führten nicht nur in der Rechts-, sondern auch in den Nachbarwissenschaften zu Verschiebungen im Verständnis des Zweckbegriffs.²⁷ Diese Entwicklung wird theore-

Commune 4 (1972), S. 188 (202 ff.); *Reinhard*, Staatsgewalt, 1999, S. 298 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, ²1967, S. 582 ff.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, ⁶2009, S. 125 ff. Vgl. auch die Beiträge in *Dölemeyer/Klippel*, Gesetz und Gesetzgebung, 1998. Prägnante Zusammenfassungen der Forschungslage bei *Ogorek*, Richterkönig, ²2008, S. 14 ff.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3 (seit 1650), ⁵2008, S. 79 f.; *Schröder*, Recht als Wissenschaft, ²2012, S. 14 ff., 99 f., 106 ff., 203 f.

Fest steht, dass die Idee, Recht als Mittel zur sozialen Gestaltung einzusetzen, kein Produkt des 19. Jahrhunderts ist: Unter anderem *Preu* hat die Existenz umfassender sozialer „Maßnahmerechte“ in Gesetzesform sowie die Verwendung von Polizeiordnungen als „Instrumente ökonomischer und sozialer Planung“ schon im 16. Jahrhundert nachgewiesen (vgl. *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983, S. 18); bei *Hobbes*, *Bodin* und *Pufendorf* begegnet das Gesetz als Mittel zur Erreichung des Zweckmäßigen (s. nur die Nachweise bei *Schröder*, Recht als Wissenschaft, ²2012, S. 100 f., 106 f.); in der Rechtsgeschichte ist konsentiert, dass spätestens um 1750 allgemein Recht (auch) als Maßnahme gedacht wird (*Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3 (seit 1650), ⁵2008, S. 80). Ausführlich und mit zahlreichen Beispielen dazu, dass im frühen 19. Jahrhundert umfangreiche Sozialgestaltung durch Gesetz stattfindet: *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 9 ff., 79 f.; ebd., S. 135 ff., dann zu Gesetzesbegriff und -praxis der frühkonstitutionellen Zeit mit dem Fazit, dass im frühen 19. Jahrhundert das Gesetz vorwiegend „als befristete, politische Reaktion auf konkrete Situationen“ konzipiert war. Analog für das Strafrecht dieser Zeit als Mittel zur Steuerung von Gesellschaft *Reulecke*, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht, 2007. Selbst in der historischen Rechtsschule, die in vielerlei Hinsicht einen Sonderfall der rechtswissenschaftlichen Theoriegeschichte darstellt, wird Gesetzgebung (auch) als Möglichkeit zur Erreichung bestimmter sozialer Zwecke akzeptiert, etwa bei *Stahl* und *Beseler* (vgl. *Schröder*, Recht als Wissenschaft, ²2012, S. 204 mit Fn. 69). Neu ist daher allenfalls die Prominenz, die die Idee des Gesetzes als eines zweckorientierten Steuerungsinstruments gegen Ende des 19. Jahrhunderts erhält. Dadurch werden plötzlich die traditionell auch bzw. insbesondere mit dem Gesetzesbegriff assoziierten Ideen der Allgemeinheit und Vernünftigkeit einer gesetzlichen Regelung theoretisch wie praktisch an den Rand gedrängt (hierzu näher unter § 7 bei Fn. 61). Im Übrigen dient das Narrativ vom Funktionswandel des Gesetzesbegriffs aber auch strategischen Zwecken (hierzu näher unter § 7 B.).

²⁶ Hierzu § 2 A. I., § 3 C. I. und II., § 4. B. III. 3. Vgl. allgemein zur Veränderung der Rolle von Gerichten nur *Wieacker*, Bemerkung, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Positivismus im 19. Jahrhundert, 1971, S. 122 f.; *Mohnhaupt*, Potestas legislativa, Ius Commune 4 (1972), S. 188 (220 ff.).

²⁷ In der Nationalökonomie, die zunehmend größere Bedeutung als eigenständige Wissenschaft entfaltet, wird der Zweckbegriff ebenfalls in dieser Zeit populär. Die Kategorie der Zweckmäßigkeit bildet hier sogar bald das maßgebliche Paradigma. Vgl. hierzu auch *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 106–128. Zum Verständnis des Zweckbegriffs bei einem

tisch nicht allein über den Begriff des Zwecks verarbeitet; auch ‚Person‘, ‚Handlung‘ und vor allem ‚Willen‘ sind prominente Kategorien dieser rechtswissenschaftlichen „Sattelzeit“.²⁸ Die Frage nach dem Zweck bildet jedoch *einen* zentralen Ausschnitt dieses Transformationsprozesses ab. Sie fügt sich in eine zeitgenössische Diskussion ein, die an allen Fronten mit dem Problem der Positivierung bzw. der Positivität des Rechts konfrontiert ist. Die dadurch in der Rechtsordnung hervorgerufene Spannung hat alle hier untersuchten Beiträgen zum Problem des Zwecks geprägt.

III. Die „teleologische Epoche“: Unschärfe als Programm

Über eine kohärentere Interpretation der vorstehend diskutierten Schriften hinaus kann die hier vorgeschlagene Interpretation drei Punkte erklären, an denen die Kantorowicz'sche Deutung der „teleologischen Epoche“ scheitert.

Erstens erklärt sie, weshalb der „Zweck“ ab 1870 scheinbar zur gleichen Zeit progressiv *und* veraltet sein kann – indem sie darauf hinweist, dass weder das eine noch das andere der Fall ist. Vielmehr büßen bestimmte Vorstellungen von Staat und Recht, die traditionell unter Berufung auf den Ausdruck „Zweck“ konzeptionalisiert wurden, an Überzeugungskraft ein. An die Stelle der Ordnung tritt die Handlung als Grundbegriff. Auch das daran neu ausgerichtete Verständnis von Staat und Recht bedient sich dabei des Zweckbegriffs, aber eben in einem handlungstheoretischen Sinne.

Die überkommenen Begriffe und Figuren werden jedoch noch länger mitgeführt. Erst allmählich erstarren sie. Im Nebeneinander ‚alter‘ und ‚neuer‘ Verwendungsweisen kommt es zu erheblichen Verwirrungen, die zeigen, wie

ihrer Gründungsväter, *Adolph Wagner*, vgl. *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2001, S. 111 ff.

²⁸ Zum Willensbegriff insbesondere *Schröder*, Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, RG 13 (2008), S. 160 ff.; *ders.*, Recht als Wissenschaft, ²2012, S. 281 ff., der den Wandel im späten 19. Jahrhundert als Wende zu einem „voluntaristischen Rechtsbegriff“ versteht. Nach der Zwischenphase der historischen Rechtsschule schließe die Rechtswissenschaft so wieder an das 18. Jahrhundert an, das die instrumentelle Funktion des positiven Gesetzes stärker betont hätte. Der entscheidende Unterschied liege im wenigstens partiellen Verzicht auf eine Identifikation des Produkts des staatlichen Willens mit Vernunft- oder Gerechtigkeitsgehalten. Zudem werde nunmehr Rechtsetzung mit *staatlicher* Tätigkeit identifiziert. Der voluntaristische Rechtsbegriff differenziere sich in verschiedene Spielarten aus, insbesondere in eine soziologische (vertreten etwa durch *Jhering*, *Heck* und *Ehrlich*), eine philosophische (vertreten durch *Stammler*, *Radbruch* und die Anhänger der neuhegelianischen Schule) und eine normative (*Kelsen*) Variante. Wenn dagegen hier nicht der Willens-, sondern der Zweckbegriff im Mittelpunkt steht, stellt das nur eine andere Perspektive auf dasselbe Phänomen dar. Gegenüber Schröder ist jedoch hervorzuheben, wie wenig die Einigung auf einen gemeinsamen Oberbegriff zu einer Vereinheitlichung der Gedanken führt – so werden unter dem Begriff des Zwecks völlig inkommensurable Konzepte artikuliert. Eine harmonisierende Lesart verkennt die diskursive Funktion derartiger Oberbegriffe.

zäh sich das Rechtsdenken verändert. Die besondere Qualität des Zweckbegriffs besteht nun *zweitens* eben darin, dass er in dieser Krisenzeit beide Seiten der Auseinandersetzung miteinander ins Gespräch bringt, ohne jedoch eine Lösung vorzugeben.²⁹ Der Verweis auf den Zweck hält in der rechtswissenschaftlichen Grundlagendebatte die Entscheidung zwischen ganz unterschiedlichen Positionen offen. Aufgrund seiner vagen Struktur und der komplexen Begriffsgeschichte ist er umfassend anschlussfähig. Dies ist Stärke ebenso wie Schwäche des Begriffs. Es ermöglicht Kommunikation zwischen Vertretern letztlich inkommensurabler Positionen; die gemeinsame Begrifflichkeit verhindert jedoch auch die Artikulation der eigentlichen Probleme. So werden in den historischen Debatten um den Zweck im Recht die wesentlichen Fragen nur indirekt diskutiert. Diese Unschärfe war vermutlich unvermeidlich. Denn die Transformation des Rechtsdenkens geschah ja nicht bewusst und gesteuert. Vielmehr vollziehen die historischen Diskussionen um den Zweckbegriff epiphenomenal strukturelle Veränderungen im Rechtsdenken nach bzw. artikulieren diese Veränderungen. Die Popularität des Zweckbegriffs ab 1870 ist in diesem Sinne ein Krisenzeichen, ein Hinweis darauf, dass unklar und umstritten ist, was nunmehr unter Recht zu verstehen ist.

Dennoch ermöglicht *drittens* die hier unternommene Unterscheidung von verschiedenen Bedeutungsdimensionen des Zwecks und ihre Verbindung mit unterschiedlichen Stadien im Prozess der Positivierung der Rechtsordnung eben das, was der zeitgenössischen Diskussion kaum je gelang: Die Verknüpfung des abstrakten Begriffes „Zweck“ mit genuin rechtswissenschaftlichen Fragestellungen. Hierzu gehören etwa: Wie kann der Gesetzgeber als zwecksetzender Akteur konzipiert werden? Wie ist mit den Produkten eines derartigen gesetzten Rechts interpretatorisch umzugehen? Welche Rolle spielen die traditionell ausgeschlossenen Zweckmäßigkeit-Argumente im juristischen Diskurs, wenn doch Recht nunmehr selbst als Zwecksetzung verstanden wird?

Vor diesem Hintergrund wird dann *viertens* endlich auch verständlich, was den Kern der These vom ‚Realismus‘ der teleologischen Epoche ausmacht. Versteht man Gesetzgebung als zweckorientierte Handlung eines historisch verortbaren Gesetzgebers, rücken die einzelnen rechtlichen Akteure neu in den Blick und das Rechtsverständnis wird dynamisiert.

B. Drei Miniaturen zum Zweck als Reform-Formel

Das Krisenbewusstsein in der Rechtswissenschaft legt sich nach der Jahrhundertwende nicht. Vielmehr erreicht es wohl erst in den 1920er Jahren seinen

²⁹ Hierzu unter § 4 E.

Höhepunkt.³⁰ Doch die Diskussionen verlagern sich, je mehr die Positivität des Rechts als ausgemacht gilt. Bestimmte Theorieoptionen, an denen sich die Juristen der Jahrhundertwende noch abgearbeitet hatten, werden bald nicht einmal mehr mitgedacht, während umgekehrt der Positivität des *Gesetzesrechts* in der Kritik des Parlamentarismus und dem Plädoyer für ein freies Richterrecht neue Gegner erwachsen. In drei Miniaturen soll hier noch einmal ausgeleuchtet werden, wie sich diese Veränderungen auf das Verständnis des Zweckbegriffs auswirken. Gezeigt werden kann, wie zwischen Freirecht (I.), *Philipp Hecks* Interessenjurisprudenz (II.) und einer neuen, wertbezogen-teleologischen Bewegung (III.) der Zweckbegriff weitgehend zur Chiffre für jede Art von Reform wird. Die ausgewählten Diskurse decken dabei das Spektrum weitgehend ab: So steht der Zweck im Freirecht für Progressivität, während Heck darin die Inspiration für ein pragmatisches, am Gesetzesgehoram orientiertes Rechtsanwendungsmodell sieht; Autoren wie *Ernst von Hippel* und *Erich Schwinge* erblicken hingegen im Zweck die Möglichkeit, das in den 1920er Jahren wieder stärker aufkommende, (teils) irrationalistische Wertdenken auf den Begriff zu bringen.

I. Progressivität: Der Zweck im Freirecht als Programm

Wie unpräzise Kantorowicz als maßgeblicher Vertreter der Freirechtsbewegung in seiner Schilderung der „teleologischen Epoche“ den Zweckbegriff verwendet, wurde schon ausgeführt.³¹ Dabei sind die Präferenzen der Freirechtsbewegung in den oben angesprochenen Fragen eindeutig.³² Doch gelingt es ihr nicht, dies in ein ausgearbeitetes theoretisches Konzept zu übersetzen. Präzisere Bestimmungen als die bei Kantorowicz finden sich auch nicht an anderen Orten. Im Wesentlichen geht die Freirechtsbewegung darin auf, das schöpferische Potential, das der etatistische ‚Objektivismus‘ *Oskar von Bülow*s und *Josef Kohlers* in konservativer Absicht dem Richter als Amtsträger zugeschrieben hatte, in ein aus ihrer Sicht progressives Programm

³⁰ Zur Krise als Topos der Staatsrechtslehre der 1920er Jahre vgl. nur über das Meinungsspektrum hinweg *Heller*, *Krisis*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 55 (1926), S. 289 ff.; *Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, S. 1 f.; *Koellreutter*, *Krisis der deutschen Staatslehre*, *Süddeutsche Monatshefte* 26 (1929), S. 307 ff.

³¹ Zu Kantorowicz näher u. a. *Riebschläger*, *Die Freirechtsbewegung*, 1967; *Krawietz*, „Freirechtslehre“, in: *HWPhil*, Bd. 2, 1972, Sp. 1098 ff.; *Meyer-Pritzl*, *Kantorowicz*, *Christiana Albertina* 65 (2007), S. 67 ff.; *Ogorek*, *Richterkönig*, 2008, S. 278; *Rückert*, *Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“*, *ZSGerm* 125 (2008), S. 199 ff.

³² So bringt Kantorowicz mit der zum Schlagwort gewordenen Sentenz „Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind“ (*Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911, S. 29) sein Plädoyer für eine „Zweckforschung im Rechtssinn“ als rechtssoziologische Vorbedingung der Rechtswissenschaft und der richterlichen Tätigkeit vor (vgl. auch ebd., S. 7).

richterlicher Gestaltungsmacht zu übersetzen.³³ Suggestiv, wenn auch aus historischer Sicht wenig überzeugend, wird Jhering als Überwinder der Begriffsjurisprudenz gefeiert und als Ahnvater der Bewegung in Anspruch genommen.³⁴ Kantorowicz selbst propagierte hierzu das Bild der „Bekehrung“ Jherings.³⁵ In dieser rhetorischen Bezugnahme auf Jhering und den *Zweck* erschöpft sich jedoch weithin das theoretische Potential der Bewegung. Von Jhering unterscheidet die Freirechtler eben ihre starke Betonung der Rolle der Rechtsprechung.³⁶ Immerhin wird die bei Jhering angedeutete Öffnung des Rechts gegenüber sozialen Problemen in der Freirechtsbewegung zum Programm.³⁷ Was jedoch den Zweckbegriff betrifft, so gehen die dortigen Ansätze über Banalitäten nicht hinaus, wenn etwa *Hans Reichel* ausführt:

„Der Sinn der gesetzlichen Anordnungen bestimmt sich nun aber nach ihrem *Zwecke*. Gesetzliche Anordnungen sind Willenskundgebungen. Das Gesetz soll etwas erreichen helfen, es ist stets und ausnahmslos Mittel zum Zweck. Um diesen Zweck zu erreichen, darum trifft es die und die Anordnungen. Mithin ist die Anordnung so gemeint, daß sie denjenigen Sinn hat, der sie als taugliches Mittel zur Erreichung des Zweckes erscheinen läßt, der mit ihr erkennbar verfolgt wird.“³⁸

Damit ist zur damaligen Zeit eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen, die, insbesondere im Hinblick auf die praktische Realisierbarkeit, weit hinter den zu gleicher Zeit von Heck erreichten Diskussionsstand zurückfällt. Dennoch wird durch die Emphase der Freirechtslehre ein revolutionäres Potential mit dem Zweckbegriff verbunden, von dem bis heute unklar ist, wie genau es eingelöst werden kann.³⁹

II. Pragmatik: Der Zweck in der Interessenjurisprudenz als Rationalisierungsmodell

Während der Verweis auf den Zweck im Freirecht also eher schemenhaft bleibt, arbeitet sich Heck regelrecht an den praktischen Konsequenzen des Begriffs ab. Der Standarderzählung nach fungieren Heck und die Interessen-

³³ Vgl. hierzu die Reaktion bei *Bülow*, Rechtsprechung, Das Recht 1906, Sp. 769 ff.

³⁴ Vgl. das *Kantorowicz*-Zitat oben § 3 Fn. 12; s. auch *Kantorowicz*, Some Rationalism about Realism, Yale L. J. 43 (1934), S. 1240 (1241). Kritischer dagegen *Fuchs*, Jhering und die Freirechtsbewegung in: Foulkes/Kaufmann (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft, 1965, S. 181 (185 ff.).

³⁵ *Kantorowicz*, Jherings Bekehrung, Deutsche Richterzeitung 1914, Sp. 84–87 ff. Vgl. dazu oben § 3 A. II.

³⁶ *Duxbury*, Jhering, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), S. 23 (29).

³⁷ *Losano*, Studien, Bd. 2, 1984, S. 151.

³⁸ *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 67.

³⁹ Hierzu näher unter § 7 D.

jurisprudenz⁴⁰ als Vollender Jherings: Erst Heck sei es gelungen, die Zwecktheorie zu einer praktikablen Methodenlehre auszuarbeiten, für die Jhering allerdings eine Art intellektueller Urheberschaft gebühre.⁴¹ Zahlreiche Selbstzeugnisse Hecks zeigen jedoch nicht nur eine starke Affinität zu Jhering. Diese existierte durchaus.⁴² So stand etwa Hecks Referendarsarbeit unter dem Leitspruch „Der Zweck gestaltet das Recht“.⁴³ Bei einer genaueren Analyse wird allerdings auch eine nicht geringe Distanz zu Jhering sichtbar, die sich gerade an Hecks Beurteilung des Zweckbegriffs zeigt.⁴⁴

Hecks weit verstandener Interessenbegriff knüpft an einen zunächst realistisch verstandenen zwecksetzenden Willen des Gesetzgebers an.⁴⁵ Charakteristisch für Heck ist aber die Betonung des Interessenbegriffs, der in Jherings Spätwerk zugunsten des Zweckbegriffs eher zurückgetreten war, ohne diesen ganz verdrängen zu können.⁴⁶ Nach Heck muss die Auslegung nun „die Abgrenzung der menschlichen Interessen durch den Gesetzgeber verwirklichen“.⁴⁷ Heck lenkt damit den Blick darauf, dass mit der Bestimmung des Gesetzes als Resultat einer zwecksetzenden Handlung allenfalls der erste Schritt im Rahmen der Auslegung getan ist. So sieht er die Zweckorientierung nur als Verweis auf die stets komplexere Interessenlage. Das Gesetz als Zweckgebot muss dann vom Richter interessengerecht aktualisiert werden.

Das ist keine Absage an den Zweck als Rechtsbegriff, im Gegenteil: Der Zweck des einzelnen Gesetzes ist „selbstredend“ ins Auge zu fassen.⁴⁸ Doch

⁴⁰ Zur Interessenjurisprudenz vgl. nur *Edelmann*, Interessenjurisprudenz, 1967; *Coing*, Ihering und Bentham, in: Weick (Hrsg.), 375 Jahre Rechtswissenschaft in Gießen, 1982, S. 1 ff.; *Dorndorf*, Theoretische Grundlagen, ARSP 81 (1995), S. 542 ff.; sowie ausführlich *Schoppmeyer*, Juristische Methode, 2001.

⁴¹ Vgl. etwa *Larenz*, Jhering, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, 1970, S. 135 (136); *Coing*, Ihering und Bentham, in: Weick (Hrsg.), 375 Jahre Rechtswissenschaft in Gießen, 1982, S. 1 (9).

⁴² S. etwa *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 32: „Jhering hat mich zum Interessenjuristen gemacht, bevor ich überhaupt Jurist war. [...] [Der Geist des römischen Rechts, Bd. II, 2] ist das erste juristische Buch, das ich gelesen habe. Ich las es mit heller Begeisterung. Namentlich packte mich die Aussicht auf die Umgestaltung der Wissenschaft durch Verwendung der Interessenbegriffe, die Jhering am Schlusse eröffnete.“ Beachtlich ist die Bezugnahme gerade auf den *Geist*, nicht etwa auf den *Zweck*.

⁴³ *Schoppmeyer*, Juristische Methode, 2001, S. 72.

⁴⁴ S. etwa *Heck*, Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142 (1936), S. 129 ff., 297 ff. (171 mit Fn. 106): „Bei aller Verehrung und Dankbarkeit, die ich Jhering zolle, habe ich mich bei dem Lesen seiner letzten Arbeiten manchmal gefragt, wie der gelegentlich auftretende Abstieg zur Trivialität möglich war“.

⁴⁵ *Heck*, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (8). Zum Verhältnis von Kollektiv und Individuum vgl. *Heck*, Rezension Mayer, AcP 121 (1923), S. 128 (134).

⁴⁶ S. zum Interessenbegriff bei Jhering näher oben § 3 C. II. 1.

⁴⁷ *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 106.

⁴⁸ *Heck*, Rechtsgewinnung, ²1932, S. 33.

drohe die teleologische Perspektive mit ihrem Fokus auf ‚den‘ Zweck des Gesetzes die immer vorhandenen Gegeninteressen zu verdecken und so die Rechtsnorm auf ein Mittel zu diesem einen Zweck zu reduzieren; die Interessenforschung will nun gegenüber dem „roheren Zweckbegriffe“⁴⁹ die Rekonstruktion multipolarer Interessenkonflikte in den Vordergrund stellen.⁵⁰ Heck stellt also zu Recht auf die Uneindeutigkeit und Polyvalenz vieler Normzwecke ab.⁵¹ Er löst deswegen jedoch den Interessenbegriff vom gesetzgeberischen Willen ab und lädt ihn mit letztlich nicht voll zu entschlüsselnden Momenten eines Wert- und Gerechtigkeitsdenkens auf.⁵²

Hecks Ansatz ist bei alledem an klare gesellschaftstheoretische bzw. staatsorganisationsrechtliche Vorstellungen rückgebunden und von einem sensiblen Verständnis des immer spannungsreichen Verhältnisses von Gesetzgeber und Gerichten getragen.⁵³ Die Rolle des Richters in der Entscheidungsfindung bestimmt sich gerade aus der überragenden Bedeutung des Gesetzgebers, der bei Heck weniger demokratisch als obrigkeitstaatlich gedacht wird.⁵⁴ Dessen Wille genießt unbedingte Autorität; menschlicher Bedingtheiten wegen bedarf seine tatsächliche Artikulation allerdings einer Interpretation über den Umweg einer Analyse der tatsächlichen Interessen.⁵⁵ Seiner Bestimmung des Richters als „Diener“, nicht als „Schulmeister“ des Gesetzgebers ist zwar zunächst nur eine weitere der vielen vermittelnden Formeln, mittels derer Juristen den Grundsatz der Gesetzesbindung affirmieren, um gleichzeitig die rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters anzuerkennen.⁵⁶ Doch ist Hecks Skepsis gegenüber richterlicher Willkür in seinem Werk durchgängig spürbar.⁵⁷

⁴⁹ Heck, Gastvorlesung, 1933, S. 14.

⁵⁰ Heck, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (219); Schoppmeyer, Juristische Methode, 2001, S. 119 f. m. w. N.

⁵¹ Hierzu ausführlicher unter § 7 B. II. 2. b.

⁵² Zum unklaren Verhältnis des Interessenbegriffs zum Gerechtigkeitsgedanken vgl. nur Heck, Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142 (1936), S. 129 ff., 297 ff. (164 f.). Zum ambivalenten Verhältnis Hecks zu objektiven Werten einerseits Heck, Rezension Binder, AcP 128 (1928), S. 112 (112 f., 117); ders., Rechtsphilosophie, AcP 143 (1937), S. 129 (139 f., 160); und andererseits ders., Rümelin, AcP 134 (1931), S. 259 (270). Näher Krawietz, „Interessenjurisprudenz“, in: HWPh, Bd. 4, 1976, Sp. 494 (504).

⁵³ Vgl. hierzu und zur „Kodifikationsgläubigkeit“ Hecks: Schoppmeyer, Juristische Methode, 2001, S. 73 ff.

⁵⁴ Umfassend Schoppmeyer, Juristische Methode, 2001, S. 25 ff., 78.

⁵⁵ Schoppmeyer, Juristische Methode, 2001, S. 87 ff. Dabei teilt Heck nicht die verbreitete Skepsis gegen die historische Auslegung, da die Entstehungsgeschichte moderner Gesetze regelmäßig bekannt sei (Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 90; s. auch ders., Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (98 mit Anm. 141)).

⁵⁶ Heck, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (139); ebd., S. 98, 247 ff., ausführlich zur Rechtsetzungskompetenz des Richters.

⁵⁷ Heck, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (250–301).

Diese Neubestimmung des Zweckbegriffs als eines reinen Methodenbegriffs geht damit einher, dass Hecks Forschungsansatz gegenüber dem Jherings, aber auch gegenüber dem der Freirechtsschule ganz wesentlich verschoben ist, nämlich von der Rechtstheorie hin zur Rechtsanwendungslehre.⁵⁸ Interessenjurisprudenz ist in der Sache vor allem eine Lehre der richterlichen Entscheidungstechnik und der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung.⁵⁹ Wo Jhering noch versuchte, über den Zweckbegriff rechtswissenschaftliche Methodik und Begriffsbildung in eine vom Zweckprinzip angetriebene, dynamische Gesellschaftstheorie zu integrieren, baut Heck seine Theorie auf dem statischen Modell des eingespielten und funktionierenden Rechtsstaats auf. Für Heck ist die Positivität des Rechts, die für Jhering noch ein Problem war, schlicht selbstverständlich geworden. Philosophische Exkurse dienen Heck im Wesentlichen noch dazu, eine hingenommene Grundentscheidung für Staatlichkeit und für ein grundsätzlich positivistisches Rechtsverständnis zu rechtfertigen und ihre praktische Umsetzung zu optimieren.⁶⁰ Zahlreiche Aspekte von Jherings teleologischer Theorie der Gesellschaft finden daher im Werk Hecks keine Parallelen, sondern bleiben unhinterfragt.

Methodischer Fortschritt besteht für Heck also im Nachdenken über bessere Normimplementierungstechniken, weniger in theoretischen Großentwürfen. Die Aufmerksamkeit, die Heck den damit einhergehenden Fragen entgegenbringt, und die Genauigkeit, mit der er insbesondere die richterliche Tätigkeit analysiert, stellt Jherings diesbezügliche Leistung ohne Zweifel in den Schatten. Umgekehrt gibt diese Konzentration auf die Detailfragen den Anspruch einer umfassenderen Erklärung der gesellschaftlichen Voraussetzungen des Rechts auf, beraubt sich damit aber auch jeder kritischen Perspektive. War diese schon bei Jhering nicht besonders ausgeprägt, so fällt sie im justizzentrierten Etatismus Hecks völlig weg.⁶¹ Das stellt eine so wesentliche Veränderung im Forschungsansatz dar, dass Hecks genetische Interessentheorie

⁵⁸ Unterschiede im Forschungsdesign konstatieren auch *Jenkins*, *Jhering*, *Vanderbilt Law Review* 14 (1960–1961), S. 169 (174 f.); *Duxbury*, *Jhering*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23 (44).

⁵⁹ Allerdings plädiert Heck ganz ausdrücklich für eine weitergehende Methodenöffnung, vgl. *Schoppmeyer*, *Juristische Methode*, 2001, S. 54 f., 62 f. m. w. N.

⁶⁰ So auch im Ergebnis *Schoppmeyer*, *Juristische Methode*, 2001, S. 147. Zu Einflüssen von *Wundt*, *Rickert*, *Max Weber* und insbesondere *Heinrich Maier* vgl. ausführlich *Schoppmeyer*, a. a. O., S. 152 ff.; *Dorndorf*, *Theoretische Grundlagen*, ARSP 81 (1995), S. 542 ff.; *Edelmann*, *Interessenjurisprudenz*, 1967, S. 53; *Krawietz*, „Interessenjurisprudenz“, in: HWPh, Bd. 4, 1976, Sp. 494 (494, 504, 507 ff., 512). Zum Fehlen jeder Rezeption von *Bentham*, *Mill* oder *Beneke*, die beim Interessenbegriff äußerst nahe gelegen hätte, s. *Schoppmeyer*, a. a. O., S. 169. Vgl. auch schon den allerdings mit Vorsicht zu würdigen Beitrag von *Larenz*, *Rechtswissenschaft*, AcP 143 (1937), S. 257 (271 ff.).

⁶¹ *Behrends*, *Durchbruch*, in: Loos (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 229 (268).

kaum als Vollendung der Theorie Jherings beschrieben werden kann. In jedem Fall hatte die Entscheidung Hecks, die Frage nach dem Zweck nicht mehr als rechtstheoretische Grundfrage, sondern als Spezialproblem der Rechtsanwendungstheorie zu verstehen, erhebliche Auswirkungen und beeinflusst auch noch aktuelle rechtswissenschaftliche Diskussionen über den Begriff.

III. Diffusität: Schwinge, von Hippel und die „teleologische“ Strömung

Während Jherings vermeintliche Entdeckung des Zweckbegriffs bei Kantorowicz auslösendes Moment einer Revolution im Rechtsdenken und bei Heck eine Zwischenstufe auf dem Weg zur rationalen Interessenanalyse war, wird die dadurch in Gang gesetzte Bewegung in der Literatur der 1920er Jahre, die sich selbst als ‚geisteswissenschaftlich‘ einordnet, ganz anders interpretiert. In Anknüpfung an die neuhegelianischen und neoidealistischen Theorien von Bülow, Kohler und Binder steht der Zweckbegriff hier für die Notwendigkeit, Recht in seiner letzten Konsequenz als Form eines mehr oder weniger intuitiven Wertedenkens verstehen zu müssen.⁶² Die öffentlich-rechtliche Habilitationsschrift von Hippels⁶³ und die strafrechtliche Schwinges⁶⁴ führen vor Augen, wie weit sich dabei die Diskussion des Zweckbegriffs von allen noch begrifflich identifizierbaren Merkmalen entfernt.⁶⁵

Bei von Hippel steht der Zweckbegriff ganz im Kontext des Auslegungsproblems: Aus der Unmöglichkeit, Rechtsbegriffe im Wege der Logik zu entwickeln, folgt ohne größere theoretische Zwischenschritte, dass diese daher nur „teleologisch“ verständlich seien.⁶⁶ Da sich der (subjektive) Wille des Gesetzgebers nicht anders als normativ vorstellen ließe, müsse sich der Rechtsanwender am objektiven „Sinn des Gesetzes“, dessen „besonderem

⁶² Zu diesen Konzeptionen – etwa bei Kohler, Interpretation, GrünhutsZ 13 (1886), S. 1 ff. – s. nur Heck, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (6 ff.); rückblickend Haverkate, Gewissheitsverluste, 1977, S. 129 ff.; Henne/Kretschmann, Mythos, Ius Commune 26 (1999), S. 211 ff.

⁶³ von Hippel, Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1924; ders., Über Objektivität, AöR 51 (1927), S. 393 (414).

⁶⁴ Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, 1930. Zum weiteren Wirken Schwinges vgl. nur Garbe, Schwinge, in: Kirschner (Hrsg.), Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter, 2010, S. 109 ff.

⁶⁵ Für weitere Beiträge zu dieser sehr diversen ‚teleologischen‘ Bewegung, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, vgl. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts, 1911, S. 211; ders., Gleichheit, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2 (15, 21); Leibholz, Begriffsbildung (1931), in: Strukturprobleme, 1967, S. 262 ff.; ders., Zweck im Recht (1937), in: Strukturprobleme, ³1967, S. 282 ff. Vgl. auch die Feststellung bei Schwinge, Methodenstreit, 1930, S. 18 f., wonach die teleologische Methode „über den Positivismus einen Sieg auf der ganzen Linie errungen“ habe; sowie die Verweise unten § 5 Fn. 80 ff.

⁶⁶ von Hippel, Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1924, S. 57 f.

Zweck“ sowie am „Wert des Ergebnisses“ orientieren.⁶⁷ Das Teleologische wird hier ganz zum übergreifenden Prinzip, so dass der Zweckbegriff auch in der Durchführung der Argumentation verloren geht. So heißt es dann:

„Die Frage nach dem richtigen Verfahren der Rechtsauslegung wird überhaupt zu einem Sinnproblem. Zu seiner Auflösung wird auszugehen sein vom Wesen der Rechtsordnung wie ihrer sozialen Funktion im Gemeinschaftsleben. Es zeigt sich da, wie die Gesetze im Interesse der Gemeinschaft bestimmte Handlungen fordern oder gestatten, andere verbieten, damit also *wertend* zum menschlichen Treiben Stellung nehmen. Aufgabe der Rechtsauslegung ist so offenbar, die generelle gesetzliche Wertung für den Einzelfall gewissermaßen umzusetzen.“⁶⁸

Falls die Bestimmung des Zwecks doch einmal schwierig sei oder mehrere Zwecke in Ausgleich zu bringen seien, müsse gelten: „Allein die eigene schöpferische Zielsetzung des ‚Auslegenden‘ kann dann die fehlende gesetzliche Regelung ersetzen. [...] Im Übrigen aber ist es offenbar ein sittliches Postulat, als richtig nur diejenige Lösung anzuerkennen, welche sich als höchstwertigste darstellt, d. h. als geeignetes Mittel zur Erreichung des höchsten Zweckes, den ein konkreter Normenkomplex überhaupt zulässt.“⁶⁹ So unklar diese Bestimmung ist, so deutlich stehen von Hippel doch seine Gegner vor Augen: Einerseits wird das teleologische Denken der formallogischen Beschäftigung mit dem Recht gegenübergestellt, die *Laband* und *Kelsen*, aber auch *Jhering* in seiner naturhistorischen Phase repräsentieren sollen⁷⁰, andererseits der soziologischen Rechtstheorie *Eugen Ehrlichs* und *Franz Jerusalems*⁷¹.

Ganz ähnlich, wenn auch methodisch etwas breiter aufgestellt, geht Schwinge vor. Mit *Emil Lask*, und das heißt mittelbar mit *Heinrich Rickert* und *Wilhelm Windelband*, stellt Schwinge zunächst die wiederum „teleologische“ Natur des Rechts der naturwissenschaftlichen Betrachtung apriorisch gegenüber.⁷² Diese methodische Aussage ist ihm dann auch gleich Beweis für das Versagen Labands, Kelsens und generell der Positivisten, „praktische Jurisprudenz“ zu betreiben.⁷³ Schwinge stellt sich dabei, was die Formalismuskritik betrifft, in eine Reihe mit *Erich Kaufmann*⁷⁴, *Julius Binder*⁷⁵ und

⁶⁷ Alles bei von Hippel, *Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1924, S. 56 (unter Zitierung von *Ludwig Enneccerus*); vgl. auch ebd., S. 86 f.

⁶⁸ von Hippel, *Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1924, S. 59 f.

⁶⁹ von Hippel, *Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1924, S. 63 f.

⁷⁰ von Hippel, *Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1924, S. 57 f., 130 ff.

⁷¹ von Hippel, *Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1924, S. 60.

⁷² *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung*, 1930, S. 4, verweist auf *Lask*, *Rechtsphilosophie*, in: *Gesammelte Schriften*, 1923, S. 275 (316 ff.).

⁷³ *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung*, 1930, S. 14.

⁷⁴ *Kaufmann*, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, S. 20 ff.

⁷⁵ *Binder*, *Philosophie des Rechts*, 1925, S. 894.

*Hermann Heller*⁷⁶, versucht aber über diese hinausgehend den Schulter-schluss zweier „Geistesströmungen“ nämlich zwischen „dem Neukantianismus südwestdeutscher Prägung und der antipositivistischen Richtung in der Staatsrechtslehre“ herzustellen.⁷⁷ Leitgedanke für die (straf-)rechtliche Begriffsbildung wird für Schwinge dann der Rechtsgutsbegriff, in dem er den Zweckbegriff aufhebt:

„Die Frage ist jetzt, welcher ‚Wert‘ im Sinne Rickerts es ist, der das *Auswahlprinzip* für die Bildung der Deliktusbegriffe des Besonderen Teils abgibt. Genauere Überlegung lehrt nun, daß nur *das* Auswahlprinzip sein kann, was man die ‚gesetzgeberische Idee‘, den ‚Grund‘ oder ‚Zweck‘ des Rechtssatzes, seine ‚ratio‘ genannt hat – m. a. W. das, was Triebkraft oder Motiv für die Schaffung der Gesetzesnorm war. Unbestreitbar verfolgt die Rechtsordnung mit allen ihren Einsätzen bestimmte Zwecke.“⁷⁸

„Zweck“ wird hier endgültig zu einer bloßen Bezeichnung des Wertungsproblems, das insbesondere die richterliche Entscheidung prägt, die zwar nicht völlig frei, aber eben auch nur durch eine Art „emotionales Denken“ geleitet ist, das nicht einer formal-rationalen Vernunft, sondern eben einer „Teleo-Logik“ folge.⁷⁹

Eine weitere Untersuchung dieser Ansätze erübrigt sich. Denn der Zweckbegriff ist in dieser ‚geisteswissenschaftlichen‘ Strömung ein reiner Versatz-

⁷⁶ *Heller*, *Krisis*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 55 (1926), S. 289 (300 ff.).

⁷⁷ *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung*, 1930, S. 18; hierzu ausführlich *ders.*, *Methodenstreit*, 1930.

⁷⁸ *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung*, 1930, S. 22. Vgl. auch ebd., S. 58: „An dieser Stelle ist endlich eine Rechtfertigung möglich, weshalb wir uns unter den gleichbedeutenden Ausdrücken ‚Zweck‘ des Gesetzes, gesetzgeberische ‚Idee‘, ‚ratio‘, ‚Wert‘, ‚Schutzobjekt‘ und ‚Rechtsgut‘ für den letzteren entschieden haben, obwohl es am aller-nächsten gelegen hätte, den Ausdruck Zweck zu wählen. Bei dem Wort ‚Zweck‘ liegt die Vorstellung an ein zwecksetzendes Wesen zu nahe, und das wieder lässt einen allzu leicht in die Fehler der bekämpften subjektiven Auslegungstheorie verfallen. Das Gleiche gilt für den Begriff ‚ratio‘ und die Worte ‚gesetzgeberische Idee‘. Das Wort ‚Wert‘ kam deshalb nicht in Frage, weil es in der Rechtswissenschaft nicht heimisch ist. Und so bleiben als die besten Ausdrucksmittel die Bezeichnungen ‚Schutzobjekt‘ oder ‚Rechtsgut‘; da die letztere gebräuchlicher ist als die andere, musste die Entscheidung zugunsten des Wortes ‚Rechtsgut‘ ausfallen.“ Vgl. auch schon *Laun*, *Staatsrechtslehrer und die Politik*, *AöR* 43 (1922), S. 145 (162).

⁷⁹ Vgl. *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung*, 1930, S. 63 f. Orientierungspunkte sind hier zum einen aus philosophisch-psychologischer Sicht *Maier*, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, S. 1 ff., 40 ff., 349 ff.; *ders.*, *Wahrheit und Wirklichkeit*, 1926, S. 274 ff.; zum anderen aus juristischer Sicht *Beling*, *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, S. 1 f.: „Es gibt ein Denken nicht bloß beim Erkennen, sondern auch bei den emotionalen Vorgängen in der Seele: beim Fühlen und beim Wollen. Und dieses ‚emotionale‘, ‚nicht kognitive‘ Denken [...] ist, um werthhaft zu sein, auszurichten an der Logik – nur nicht an der ‚kognitiven Logik‘, sondern an der emotionalen, beim Willensdenkakt also an der ‚volitiven Logik‘, der Zwecklogik, der Teleo-Logik“.

begriff, der einerseits in polemischer Manier den Mythos eines nun überwundenen, formal-logizistischen Rechtsdenken bekräftigen soll und andererseits das Neue, nunmehr wirklichkeitsorientierte *und* wertsensible, kontextuelle etc. Denken markieren soll. Wo, wie bei von Hippel und Schwinge, Wertdenken wichtig ist, steht der Zweck eben für dieses. Wo andernorts die Öffnung des Rechts gegenüber der Politik gefordert wird, wird auch dazu die „teleologische Methode“ zu der „dem Gegenstande der Rechtswissenschaft adäquate[n] Methode“ erklärt.⁸⁰ Wiederum andernorts steht Zweck, ganz dunkel, für die notwendig antiformale, „materiale“ Dimension des Rechts.⁸¹ Entsprechende Belege ließen sich beliebig vermehren, ohne dass sich daraus eine ergiebigere theoretische Bestimmung ergäbe. In der Weimarer Diskussion und mehr noch dann im Nationalsozialismus vermischt sich der Zweckbegriff in einer letztlich nicht mehr charakteristischen Weise mit dem allgemeinen Methodendiskurs.⁸²

Um dieses Dickicht zu durchdringen, ist der Zweckbegriff kein geeigneter Ansatzpunkt, wie umgekehrt uns die Diskussionen dieser Zeit nicht mehr über den Begriff mitteilen, als dass dessen Einsatz als rhetorische Figur in methodischen Kontexten kaum Grenzen kennt.

C. Der Zweckbegriff als Auftrag

„Zweck“ bildet in der Weimarer Republik damit fast jede mögliche Facette methodischen und institutionellen Rechtsdenkens ab. Der Begriff steht für Rationalisierungsversuche ebenso wie für ein bewusst irrationales, werteführendes Rechtsverständnis, für Richtermacht und für das Primat des Gesetzge-

⁸⁰ *Triepel*, Staatsrecht und Politik, 1926, S. 36. Ähnlich auch schon *Laun*, Staatsrechtslehrer und die Politik, AöR 43 (1922), S. 145 (162), zur Austauschbarkeit dieser Begriffe.

⁸¹ *Heller*, Krisis, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289 (310); *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 4 f. Zur Gegenüberstellung der „rationalistischen Teleologie“ des liberalen Staatsrechts, die mit den Begriffen Zweck und Mittel operiert, und den von Smend wiederaufgenommenen „Selbstzweck“-Theorien der Organismustheoretiker und den damit an die Stelle des Zweckbegriffs gesetzten Kategorien von „Sinn“ und „Wesen“ des Staates, vgl. ebd., S. 123, 126 ff., 160 ff. Zur ganz ähnlichen, zwischen den Begriffen Zweck, Sinn und Wert changierenden Erörterung des Staatszwecks bei Heller vgl. die Zusammenfassung bei *Stolleis*, Gemeinwohlformeln, 1974, S. 208: „Der Zweck des Staates erschloß sich ihm aus der ‚immanenten‘ oder ‚objektiven Sinnfunktion‘ des Staates, aus dessen Bindung an ‚Werte‘“ (mit Zitaten aus *Heller*, Staatslehre, 41970, S. 203, 206, 216).

⁸² Vgl. die umfassende Aufarbeitung entsprechend diffuser Bezüge auf den Zweckbegriff in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus, vor allem auch im Kontext der Referenzen auf das Staatszweck-Konzept, bei *Stolleis*, Gemeinwohlformeln, 1974, S. 46 ff. (für *Wilhelm Sauer*), 50 ff. (für *Binder* und *Larenz*), 198 ff. (für *Smend* und *Heller*), 213 ff. (für *Koellreuter*, *Tatarin-Tarnheyden* u. a.).

bers, für Verfestigung des demokratischen Rechts ebenso wie für dessen Verflüssigung und Auflösung.

Diese ganz unterschiedlichen Assoziationen beeinflussen seither auch immer das Begriffsverständnis. So kann die Wertungsjurisprudenz bald eine Ausrichtung des Rechts an bestimmten „wertvollen“ Zwecken fordern.⁸³ Aber auch die Forderung nach der Öffnung des Rechts für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse bedient sich des Begriffs.⁸⁴ Schließlich wird Zweck, in der einen oder anderen Form, mit Forderungen nach weitgehender richterlicher Entscheidungsfreiheit wie umgekehrt nach einer engen Bindung der Gerichte an den zwecksetzenden Willen des sozialgestaltenden Normgebers verbunden.⁸⁵

Es wäre nun allerdings falsch, aus diesen widersprüchlichen Begriffsangeboten die Schlussfolgerung zu ziehen, dass jeder Versuch einer systematischen und theoretischen Annäherung an den Begriff zum Scheitern verurteilt ist, da dieser allein rhetorische Figur, Formel, Chiffre für Beliebiges sei. Bevor weithin akzeptierte Figuren der Methodik und Dogmatik des heutigen Rechts unter einen derartigen Verdacht gestellt werden, muss geklärt werden, ob nicht für viele der Probleme, auf die die Juristen der Weimarer Zeit nur mit einer Entgrenzung des Rechts- und des Zweckbegriffs glaubten reagieren zu können, im Recht des Verfassungsstaates eine adäquate Lösung gefunden werden kann.

Mit dem Übergang zur Analyse des Zweckbegriffs im Recht des Verfassungsstaats kommt die primär genealogische, an der Geschichte der Begriffsverwendung orientierte Art der Darstellung an ihr Ende. Die Bedeutung der historischen Rekonstruktion wird dadurch jedoch keineswegs entwertet. Vielmehr gilt es, das durch die bisher geleistete Begriffsarbeit und die getroffenen Differenzierungen gewonnene Problembewusstsein vor dem Hintergrund des dem Verfassungsstaat eigenen Rechtsdenkens zur Anwendung zu bringen. Um die in der Einleitung genannten Formeln wieder aufzuneh-

⁸³ Hierzu unter § 6 A. III und § 8 B. I. In diese Richtung dann etwa *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 333 ff.; *Klug*, Juristische Logik, ³1966, S. 176 ff. (zur „Teleologik“); im Ergebnis ähnlich – allerdings mit anderem Hintergrund – *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, ²1967, S. 582 ff. *Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977, S. 133 ff., beschreibt und kritisiert diese Interpretationstradition und deutet sie ihrerseits als „Nachwirken der juristischen Tradition materialer Rechtslogik“ (ebd., S. 135).

⁸⁴ Hierzu unter § 6 B. II. 1. und § 8. C. II. In diese Richtung dann auch die Deutung der Rolle des Zweckbegriffs im Recht etwa bei: *Grimm*, Recht und Politik, JuS 1969, S. 501 ff.; *Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977, S. 123 ff.

⁸⁵ Hierzu unter § 8 B. II. Vgl. *Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977, S. 118 f., zur Ambivalenz, die jeder Forderung nach „Zweckorientierung“ des Rechts innewohnt und die einerseits die „*Verwirklichung der gesetzgeberischen Zielvorstellung*“ sichern soll, andererseits aber auch die „*Möglichkeit einer rechtspolitischen Überprüfung des geltenden Rechts*“ sichert (Hervorhebungen im Original).

men: Was heißt es also, wenn Verfassung und einfaches Recht in einem demokratischen Rechtsstaat auf die Verwirklichung sozialer Zwecke zielen?

Zweiter Teil: Der Zweckbegriff im Recht des Verfassungsstaates

§ 6 Rechtsetzung als Zwecksetzung

„Jedenfalls muß man fragen: Was heißt eigentlich ‚Zweck‘? Offengestanden, die Antworten der Referenten haben mich nicht befriedigt.“¹

Im demokratischen Verfassungsstaat ist der Bruch mit dem teleologischen Erbe vollzogen. Die Schriften *Jherings*, *Jellineks* und anderer Autoren dieser Zeit waren noch vom Gegeneinander zweier Logiken, zweier Zeitvorstellungen, zweier Zweckbegriffe gekennzeichnet. Nun aber ist nicht mehr plausibel, im Zweck eine eigenständige Ordnung zu suchen, die normative Ansprüche erhebt und gegen die das Recht zu verteidigen wäre. Stattdessen prägt das Paradigma einer durch Recht gestaltbaren sozialen Welt heute auch das Verständnis der Zweck-Mittel-Relation. Zwecke sind nach dem Zusammenbruch eines teleologischen Weltverständnisses also nicht mehr „systemexterne, allein durch ihren Wertgehalt gültige Entscheidungsmaßstäbe; sie werden vielmehr durch Entscheidungsprozesse im System selbst geschaffen“.² Rechtlich relevante Zwecke sind damit Resultate von Setzungen, die den Formen und Verfahren der positiven Rechtsordnung folgen. Das Recht versteht Zwecke von der Kategorie der rechtserzeugenden Handlung her, deren Endpunkte die Zwecke im Recht darstellen. Daher lässt sich ‚der Zweck‘ nicht mehr pauschal mit rechtsexternen Größen, beispielsweise der Politik, identifizieren. Ebenso ist die Formel vom Zweck als ‚Mittler‘ zwischen Recht und Politik, die um 1900 wenigstens noch plausibel schien, problematisch geworden.

Das dieser Analyse zugrundeliegende nachmetaphysische Verständnis des Zweckbegriffs entspricht weitgehend unserem Alltagsgebrauch und der Begriffsverwendung in der modernen Wissenschafts- und Handlungstheorie. Wie diese glaubt die Rechtsordnung des demokratischen Verfassungsstaates nicht an eine vorgegebene, unverfügbare Ordnung und entsprechend festge-

¹ *Roellecke*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 48 (1990), S. 162.

² *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 192.

fügte, von den Entscheidungen individueller Akteure unabhängige Zwecke. Die Voraussetzungen hierfür sind spätestens im 19. Jahrhundert weggefallen, in einem Prozess, den die Rechtswissenschaft als „Gewissheitsverlust“ erlebt hat.³ Der Verweis auf Zwecke ist seither nicht Ausdruck eines teleologischen Geschichtsbilds, sondern in Zwecksetzungen öffnen sich immer auch anders mögliche Handlungen gegenüber einer nie abgeschlossen Zukunft.⁴ Handlung als Grundkategorie des Sozialen, Verfügbarkeit der Welt, Zukunftsoffenheit – diese Ideen beeinflussen gleichermaßen das Verständnis von Zweck und Recht im Verfassungsstaat. Diese Parallelität wird etwa bei *Scott Shapiro* deutlich:

„In this sense, laws, like intentions, are ‘universal means’. Just as there are no specific ends that intentions are supposed to serve, there are no substantive goals or values that laws are supposed to achieve or realize. They are all-purpose tools that enable agents with complex goals, conflicting values, and limited abilities to achieve ends that they would not be able to achieve, or achieve as well, without them.“⁵

Aus theoretischer Sicht gestaltet diese Entwicklung das Verhältnis des Rechts zu den Zwecken allerdings deutlich komplizierter. Nunmehr geht es in der Frage nach dem Zweck im Recht nicht mehr um den Gegensatz zweier normativer Ordnungen, der mittels Hierarchisierung und/oder Kollisionsnormen zu bewältigen ist. Vielmehr wird der Zweckbegriff Teil der Selbstbeschreibung des Rechts. Explizit wird dies etwa dort, wo Rechtsnormen in Leitvorschriften den ‚Zweck des Gesetzes‘ regeln. Aber ganz allgemein *gilt* das Recht im Verfassungsstaat, weil es *gesetzt* ist, d. h. als Resultat von sozialen Handlungen verstanden wird. Damit lässt es sich immer als Zweck-Mittel-Relation begreifen. Von Zwecken ist im Recht und außerhalb des Rechts je auf eine eigene Art die Rede. All dies erschwert klare Grenzziehungen und verhindert eindimensionale Thesenbildung.

Ziel des folgenden Kapitels ist, die Zweckorientierung des positiven Rechts aufzuarbeiten. Dies erfordert eine neue Perspektive auf das positive Recht als Handlungsordnung. Üblicherweise wird die Frage nach der Positivität des Rechts anders gestellt. Im Zentrum entsprechender rechtstheoretischer Untersuchungen stehen Fragen nach dem Verhältnis des positiven Rechts zu konkurrierenden normativen Ordnungen oder nach den Bedingungen der Möglichkeit, normative, speziell rechtliche, Geltungsansprüche allein auf die Entscheidungen sozialer Akteure zu stützen, also nach der Begründung einer legitimen rechtlichen Autorität aus sozialen Fakten.⁶ Aus verfas-

³ *Haverkate*, Gewissheitsverluste, 1977.

⁴ Zur Entwicklung des spezifisch modernen Zeitverständnisses vgl. oben § 2 C. I.

⁵ *Shapiro*, *Legality*, 2011, S. 173.

⁶ Einen aktuellen, knappen und instruktiven Überblick über die Diskussion gibt *Green*, „Legal Positivism“, in: SEP, Fall 2009 Edition. Hilfreich zu verbreiteten Fehllassoziationen des „Positivismus“-Begriffs *Gardner*, *Legal Positivism*, *American Journal of Jurispru-*

sungstheoretischer Perspektive stellen sich darüber hinaus Fragen nach der Natur des Grundgesetzes als einer Verfassung, die „voll positiviert“ ist oder aber weitergehende materielle, nicht allein dem positiven Recht zu entnehmende Anforderungen an die Geltung von Recht stellt, sowie nach den Konsequenzen dieser Alternativen für das Verhältnis verschiedener Normsetzungsebenen oder -stufen im Verfassungsstaat.⁷

Derartige Fragen bilden zwar gewissermaßen den Horizont des hier verfolgten Vorhabens, stehen jedoch nicht im Mittelpunkt. Vielmehr geht es im Folgenden ausschließlich darum, eine Lücke im rechtswissenschaftlichen Verständnis der, wenn man so will, Natur des positiven Rechts zu schließen: Wie gehen wir in rechtlichen Diskursen damit um, dass wir (positives) Recht als Resultat einer sozialen Handlung verstehen? Dass hier eine Lücke besteht, zeigt nun eben gerade die oft unklare, zwischen ganz unterschiedlichen Bedeutungsebenen changierende Verwendung des Zweckbegriffs im Recht – etwa wenn über das Verhältnis von positivem Recht und Staatszwecken räsoniert, vom Recht als ‚teleologischem Sinngebilde‘ gesprochen oder über den ‚objektiven‘ oder ‚subjektiven‘ Charakter des Zweckbegriffs gestritten wird.

Gleichzeitig eröffnet eine ‚rechtsimmanente Theorie‘ der Verwendungen des Zweckbegriffs im Recht einzigartige Einblicke in ein am Modell sozialer Handlung orientiertes Verständnis des positiven Rechts.⁸ Denn sie gewährt Zugriff darauf, wie innerhalb der auf das positive Recht bezogenen Diskurse dessen Handlungscharakter zur Sprache gebracht wird. Dies geschieht, indem Argumente ausgetauscht werden, die auf die Resultate entsprechender rechtserheblicher Handlungen, d. h. auf rechtlich relevante Zwecke, Bezug nehmen. In derartigen Argumenten kommt zum Ausdruck, in welcher Form sich das Recht selbst als soziale Handlung thematisieren kann. Anders als die noch allgemeinere Kategorie der Handlung sind ‚Zwecke‘ in Rechtstheorie, Dogmatik und Methodik daher auch ständig als theoretische Kategorie und in Form konkreter normativer Argumente präsent. Rein abstrakte Überlegungen über Recht als (soziale) Handlung können so durch eine Untersuchung der Verwendungen des Zweckbegriffs weitgehend vermieden werden.

Diesen Zusammenhängen ist im Folgenden in drei Schritten nachzugehen. Zunächst ist im Rahmen einer Rekonstruktion des Staatszweckdiskurses das komplexe Verhältnis von Recht, Normativität und Zweckbegriff zu untersuchen. Insbesondere ist herauszuarbeiten, in welcher charakteristischen Form diese Kategorien im positiven Recht des Verfassungsstaates miteinander verbunden sind – nämlich über das Konzept der sozialen Handlung (A.). Die weitere Darstellung konzentriert sich darauf, allein diese Form der Begriffs-

dence 46 (2001), S. 199 ff. Zu weiteren, hier relevanten Gesichtspunkten s. sogleich in § 6 Fn. 10.

⁷ Exemplarisch hierzu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 288 ff.

⁸ Zu dieser hier gewählten Form des theoretischen Zugriffs bereits unter § 1. B.

verwendung weiter zu konkretisieren. Dabei zeigt sich, dass die Bezugnahme auf derartige positive Gesetzeszwecke in rechtlichen Argumentationen drei ganz unterschiedliche Funktionen haben kann. Die Rede vom Zweck eines Rechtssatzes bündelt gewissermaßen in einem Begriff verschiedene Perspektiven auf das Recht als Handlungsordnung. Der Verweis auf den oder die Zwecke einer Norm kann Teil eines offenen Austauschs von *normativen* Gründen, einer – für das Recht relevanten – *empirischen* Analyse oder aber einer ebenfalls spezifisch rechtlichen Rekonstruktion von *intentionalen* Momenten sein (B.). Insbesondere letzteres bedarf einer Erläuterung. Dass die Idee von Rechtsetzung als kollektiv intentionaler Aktivität mehr als eine schlechte Fiktion oder eine überlebte Metapher ist, soll mit Hilfe aktueller sozialontologischer Theorien über Kollektive Intentionalität gegen traditionelle Kritik verteidigt werden (C.).

Im Spiegel des Zweckbegriffs wird das positive Recht so als Resultat von normativen Anspruch erhebenden, auf praktische Wirksamkeit gerichteten, kollektiv intentionalen Handlungen sichtbar. Anders formuliert beschreibt sich das Recht in seinen Verwendungen des Zweckbegriffs selbst als System von Akteuren, die mit normativem Geltungsanspruch, sozialem Gestaltungsanspruch und (kollektiv) intentional handeln, dabei mit entsprechenden Handlungen anderer Akteure konfrontiert sind und diese je in ihren unterschiedlichen Bedeutungsdimensionen verarbeiten müssen. Welche Konsequenzen hieraus gerade im Verhältnis zum herkömmlichen Gebrauch des Zweckbegriffs in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu ziehen sind, ist in den nachfolgenden Kapiteln auszuführen.

Das Kapitel kann sich nicht auf eine einheitliche Methode oder Beschreibungsebene – Philosophie, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Methodenlehre – einlassen, da sein Gegenstand die entsprechenden Grenzen übergreift. In gewissem Sinn ist die Kombination unterschiedlicher Perspektiven sogar Methode, weil sonst die Frage nach dem Zweck nicht zu fassen ist. Lohnt es sich, eine so flüchtige Fragestellung zu verfolgen? Die Darstellung muss sich daran messen lassen, ob es ihr gelingt, den Einzeldiskursen in ihrer Eigenständigkeit und gleichzeitigen Abhängigkeit voneinander gerecht zu werden.

A. Die Normativität von Zwecken im Recht des Verfassungsstaates

Wann sind Zwecke normativ bzw., im Falle des Rechts, rechtlich relevant?⁹
Wie und unter welchen Bedingungen können Gerichte also bestimmte Ge-

⁹ Der Begriff normativer ‚Relevanz‘ ist angelehnt an *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 67 f. („Normativ bedeutsam ist alles das, was zu Recht als Argument für oder gegen eine juristische Entscheidung angeführt werden kann.“). Von ‚rechtlicher Relevanz‘

sichtspunkte als Gründe für ihre Handlungen berücksichtigen, d. h. etwa als Argumente im Rahmen der Rechtsanwendung verwenden? Und was bedeutet es, wenn diese Gesichtspunkte als Zwecke bezeichnet werden? Antworten darauf muten im demokratischen Verfassungsstaat selbstverständlich an und rühren doch an Grundfragen des Rechts. Um herauszuarbeiten, in welcher spezifischen Form im Bezug auf das Recht des Verfassungsstaats von Zwecken als normativen Gründen bzw. umgekehrt die Rede sein kann, bedarf es zunächst einer Analyse des Zusammenhangs von Normativität und Zweckbegriff.¹⁰ Dabei sind drei Möglichkeiten zu unterscheiden.

Heute muss keine große Überzeugungsarbeit mehr dafür geleistet werden, dass unter dem Grundgesetz *objektive Zwecke*, d. h. aus sich selbst heraus rechtlich relevante Zwecke, und (vermeintliche) teleologische Notwendigkeiten, nicht gegen positive Rechtssätze ausgespielt werden können (I.). Vielmehr gilt das in den Verfahren und Institutionen der Verfassungsrechtsordnung gesetzte Recht als Recht im Sinne dieser (positiven) Rechtsordnung. *Zwecke* sind damit allenfalls insofern rechtlich relevant, als sie die *Resultate*

ist die Rede, wo gerade auf die spezifischen Legitimationsmodi des Rechts Bezug genommen wird. Hierzu, insbes. zum Begriff des Grundes, näher unter § 6 B. II. 1.

¹⁰ Wenn hier und im Folgenden von Normativität die Rede ist, wird erstens unterstellt, dass es normative Phänomene – auch im Recht – gibt, und zweitens, dass in verschiedenen normativen Ordnungen unterschiedliche Regeln etabliert und akzeptiert sind, nach denen sich bemisst, unter welchen Bedingungen bestimmte Gesichtspunkte als Gründe und damit als normativ relevant gelten, also unterschiedliche Normativitätsmodelle bestehen. Zwischen diesen Modellen unterscheiden sich Fragerichtung und Theorieansätze erheblich. So wird das Begründungsproblem in der *Moralphilosophie* insbesondere als meta-ethische Frage nach Normativität im Sinne einer Bedingung der Möglichkeit von Sollens-Sätzen diskutiert. Klassische Begründungsstrategien sind insoweit Voluntarismus, Realismus, Reflexivität und Autonomie (zu diesen *Korsgaard*, Normativity, 1996); herangezogen werden aber auch Intentionalität, Sprache (vgl. hierzu *Glüer/Wikforss*, „Normativity of Meaning“, in: SEP, Winter 2010 Edition) und Handlung (hierzu etwa *Winkler*, Normative Kraft des Praktischen, JZ 2009, S. 821 ff.), sowie in jüngster Zeit insbesondere auch – quasi als Meta-Meta-Theorie – Narration bzw. Narrative (vgl. dazu nur den Überblick bei *Forst*, Zum Begriff, in: Fahrmeir (Hrsg.), Rechtfertigungsnarrative, 2013, S. 11 ff.). In der *Rechtsphilosophie* wird das Normativitätsproblem – deutlich weniger ausdifferenziert – regelmäßig als Frage nach der ‚Natur des Rechts‘ gefasst. Zu den insoweit möglichen Begründungsstrategien wird im Folgenden, soweit dies hier relevant ist, Stellung genommen (insbesondere unter § 6 A. III. 3.; vgl. insbesondere auch den Überblick bei *Green*, Law as a Means, in: Cane (Hrsg.), Hart-Fuller Debate, 2010, S. 169 ff.; *Marmor*, „Nature of Law“, in: SEP, Winter 2011 Edition (unter 2.)) Aus *verfassungsrechtlicher* Sicht stellt sich das Problem der Normativität als Frage nach der Genese von Verbindlichkeit von Rechtsnormen und damit nach spezifischen Rechtserzeugungsmechanismen dar. Ob nun dem (positiven) Verfassungsrecht ein (philosophisch) überzeugendes Begründungsmodell für Normativität unterliegt oder ob insoweit nur mit einer (quasi-transzendentalen) Unterstellung von Normativität gearbeitet wird und werden kann, kann hier nicht entschieden werden. S. dazu auch unter § 6 A. III. 1. mit Fn. 67.

von *rechtserheblichen Handlungen* eines verfassungsrechtlich dazu ermächtigten Akteurs bezeichnen (II.). Besonders plastisch zeigt sich diese Veränderung des Begriffsverständnisses in der Entwicklung des Diskurses um objektive Staatszwecke oder – nunmehr – positive Staatsziele. Eben in diesem Diskurs begegnen allerdings auch Zweifel daran, ob eine allein auf Setzungsakte und entsprechende soziale Praktiken fokussierte Beschreibung des Rechts und seiner Zwecke wirklich alles ist, was über das Recht zu sagen ist. Die damit angesprochene Frage nach einem normativen Überschuss des positiven Rechts hat viele Facetten. Besonders häufig wird sie als Verhältnis von Recht und Moral oder Recht und Gerechtigkeit gefasst. Immer wieder wird in diesem Zusammenhang jedoch auf den Zweckbegriff Bezug genommen, etwa wenn vom Recht als „*teleologischem Sinngebilde*“¹¹ die Rede ist oder wenn die alten Diskussionen um Staatszwecke zu wertgeladenen Interpretationen des Verfassungsrechts umgemünzt werden. Die Berufung auf Zwecke dient hier dazu, nicht gegen, aber doch über das gesetzte Recht hinaus Gründe in den rechtlichen Diskurs einzubringen (III.). Hier muss nicht abschließend entschieden werden, ob sich ein derartig überschießendes Verständnis von Zwecken als überpositiven Werten sinnvoll in eine Theorie des positiven Rechts integrieren lässt. Allerdings muss sich eine Analyse des Zweckbegriffs dazu verhalten, dass dieser Begriff im Kontext so unterschiedlicher Konstruktionen von Normativität begegnet. Zu klären ist, was aus dieser Vielgestaltigkeit für die Tauglichkeit des Zweckbegriffs als Instrument zur Analyse des *positiven* Recht, die in diesem Kapitel ja eigentlich zu betreiben ist, folgt (IV.).

Die eingangs gestellten Fragen erweisen sich bei näherem Hinsehen als voraussetzungsreich. Vor allem verlangen sie eine Haltung zur Begründung normativ relevanter Gesichtspunkte in der Verfassungsrechtsordnung. Wenn insoweit im Verfassungsstaat die Vorstellung herrschend ist, dass Rechtssätze durch soziale Einstellungen und Entscheidungen begründet werden, zeigen doch gerade bestimmte Verwendungsformen des Zweckbegriffs in rechtlichen Diskursen, dass diese Idee nicht unangefochten oder alternativlos ist.

I. Zur Normativität „objektiver“ Zwecke: Der Staatszweckdiskurs

Dass bestimmte Sachzwecke keine von der Verfassungsrechtsordnung unabhängigen und ihr vorgehenden Ansprüche artikulieren, die dem Verfassungs- und Gesetzesrecht ‚objektiv‘ entgegnetreten könnten, ist weithin akzeptiert. ‚Objektiv‘ sollen Zwecke hier genannt werden, wenn der mit der Zweckerreichung verknüpfte Zustand als unbedingt vorzugswürdig und als notwendiger

¹¹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 14. 12. 1965 (*Kirchenbausteuer*) – E 19, 206 (220).

Endpunkt der auf ihn bezogenen Handlungen gilt.¹² Derartige Denkfiguren werden heute zu Recht als „naturrechtliche“ oder „metaphysische“ Rechtskonzeptionen oder auch als schlechte – weil unterkomplexe – Geschichtsphilosophie kritisiert.¹³

Entsprechende Kritik wird in der Rechtswissenschaft unter verschiedenen Leitbegriffen und mit unterschiedlichen Konnotationen formuliert. Dazu gehören das Prinzip des (geltungstheoretisch verstandenen) Vorrangs der Verfassung¹⁴, die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt als Artikulation eines politischen Willens¹⁵, oder die – entsprechend zurückhaltend gehandhabte – Frage nach dem Gemeinwohlbezug staatlichen Handelns¹⁶. Besonders aussagekräftig ist in diesem Kontext die Staatszweckdebatte.¹⁷ Denn hier ist

¹² S. dazu auch schon § 6 Fn. 2 und ausführlich § 2 D. Diese Verwendungsweise unterscheidet sich vom Verständnis ‚objektiver Zwecke‘, wie dies im Kontext der Theorie der teleologischen Auslegung gebräuchlich ist. Dazu näher unter § 8 B. Objektive Zwecke im hier gebrauchten Sinne entziehen sich – ebenso wie naturrechtliche Überlegungen (Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 517 f.) – streng genommen schon jeder Formulierung in einer vom Verfassungsdenken geprägten Theoriesprache.

¹³ Zu diesen Epitheta s. etwa Bull, *Staatszwecke*, NVwZ 1989, S. 801 (802, 804) – der Geschichtsphilosophie-Vorwurf gilt *Isensee*, *Staat und Verfassung*, HStR I, ¹1987, § 13, S. 630 f. Vgl. auch *Sommermann*, *Staatsziele*, 1997, S. 3, 80.

¹⁴ Zu den von dieser Formel umfassten Gesichtspunkten vgl. nur *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 11 ff., 288 ff., mit dem wichtigen Hinweis, dass sich der Vorrang, verstanden als Geltungsvorrang des positiven Rechts und in Form eines Stufenbaus (dazu *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 229 ff.; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, ²1960, S. 228 ff.), nicht „rechtsordnungsimmanent“ begründen lässt, sondern vorausgesetzt werden muss: ebd., S. 14, 303 f. Zur historischen Ausbildung des Vorrangprinzips – der allerdings weniger die Positivität des Rechts, sondern das Verhältnis von Gesetz und Verfassung betrifft – *Wahl*, *Vorrang*, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; sowie die kritische Lektüre dieser Interpretation bei *Schönberger*, *Vorrang der Verfassung*, in: *Apel/Hermes/Schönberger* (Hrsg.), *FS Wahl*, 2011, S. 385 ff.

¹⁵ *P. Kirchhof*, *Identität der Verfassung*, HStR II, ³2004, § 21 Rn. 3, 9, 19, 29 ff. (zu den Grenzen der Gebundenheit des Verfassungsgesetzes).

¹⁶ Vgl. dazu die Hinweise unten § 6 Fn. 31.

¹⁷ Allen Abgesängen zum Trotz ist die Frage nach dem Staatszweck ungebrochen präsent und bildet den Rahmen für die Diskussion einer ‚meta-rechtlichen Rechtfertigung‘ des Staates: *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 192 m. w. N. Die Popularität der Frage ist allerdings konjunkturabhängig; sie steigt, wenn alte Gewissheiten erschüttert werden – etwa durch das neue Paradigma Umweltschutz (*Michel*, *Staatszwecke*, 1986; *Murswiek*, *Umweltschutz als Staatszweck*, 1995), durch die Europäisierung und Internationalisierung des Staates (dies gilt insbesondere für die Staatsrechtslehrertagung von 1989, vgl. nur *Link*, *Staatszwecke*, in: *VVDStRL* 48 (1990), S. 5 ff.; *Ress*, *Staatszwecke*, in: *VVDStRL* 48 (1990), S. 56 (79 ff.); aus den Begleitartikeln insbes. *Bethge*, *Staatszwecke*, DVBl. 1989, S. 841 ff.; *Bull*, *Staatszwecke*, NVwZ 1989, S. 801 ff.; *Brugger*, *Staatszwecke*, NJW 1989, S. 2425 ff.; *Schulze-Fielitz*, *Staatszwecke*, StWStP 1 (1990), S. 223 ff.), durch Diskussionen um eine mögliche Verfassungsrevision nach der Wiedervereinigung (*Merten*, *Staatsziele*, DÖV 1993, S. 368 ff.; *Sommermann*, *Die Diskussion über die Normierung von*

der Zweckbegriff selbst und unmittelbar Gegenstand der Auseinandersetzung.¹⁸ Dass die Anerkennung objektiver Zwecke grundsätzlich inkompatibel mit Grundentscheidungen des demokratischen Verfassungsstaates ist, ist anhand der fünf wichtigsten Gründe zu rekapitulieren:

Erstens sprengt die Vorstellung, das Erreichen bestimmter substantieller Zwecke wie Wohlfahrt, Frieden oder Sicherheit könne unabhängig von der Verfassung, vor allem aber auch ohne Beachtung der Grundrechte und ohne Rückbindung an den demokratischen Gesetzgebungsprozess staatliche Entscheidungen legitimieren, das Konzept des Verfassungsstaats.¹⁹ Der Verfassungsstaat erzeugt vielmehr Entscheidungen in verfassungsrechtlich institutionalisierten Verfahren.²⁰

Zweitens ist Verfassungsstaatlichkeit gerade ein Gegenentwurf zur Vorstellung, bestimmte objektive Zwecke würden die Fähigkeit von Staat und Verfassung zur Rechtsetzung a priori beschränken oder alle staatliche Tätigkeit müsste von vornherein allein auf die Erreichung dieser Zwecke ausge-

Staatszielen, *Der Staat* 32 (1993), S. 430 ff.) und schließlich durch die Privatisierungsdiskussion (s. etwa *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, 1990, S. 11 ff.; *Wahl*, Staatsaufgaben, in: Ellwein/Hesse (Hrsg.), *Staatswissenschaften*, 1990, S. 29 ff.; *Gramm*, *Privatisierung*, 2001, S. 51 ff.; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, S. 83).

¹⁸ Die Gründe des Scheiterns der Staatszwecklehren im Verfassungsstaat wurden ebenso oft analysiert wie ignoriert. Die ständigen Revitalisierungsbestrebungen rechtfertigen insoweit eine stete Erneuerung der Kritik. Schon frühere Zeiten und nachbarwissenschaftliche Zugänge haben mit radikaler Kritik nicht gespart: s. hierzu schon oben § 2 A. IV. und § 4 D. Hieran schließt die Kritik *Kerstens* an, die bundesrepublikanische Diskussion um Staatszwecke, insbesondere die Beiträge zur Staatsrechtslehrertagung von 1989, blieben hinter dem Reflexionsniveau Jellineks und seiner Zeitgenossen zurück: *Kersten*, Jellinek, 2000, S. 345–351. Äußerst kritisch auch schon *Anschütz*, Staatsrecht, in: Holtzendorff/Kohler (Hrsg.), *Enzyklopädie*, Bd. 4, ⁷1914, S. 1 (26); *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 39 ff.; *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, S. 196, 256; *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 92, 217 f. (zur ideologischen Funktion); *Häberle*, *Staatsaufgabenlehre*, *AöR* 111 (1986), S. 595 (600 f.); *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 194 ff., der nicht nur die Unvereinbarkeit der Kerngedanken der klassischen Staatszwecklehren mit dem „Legitimationssystem des Grundgesetzes“ konstatiert, sondern als einer der wenigen daran die Forderung knüpft, das nur noch rhetorische Funktionen einnehmende Konzept endgültig zu verabschieden (ebd., S. 198, 213); ähnlich *Lepsius*, *Besitz und Sachherrschaft*, 2002, S. 406 f.

¹⁹ Zu einem Katalog entsprechender Staatszwecke vgl. die Überblicke bei *Bethge*, *Staatszwecke*, *DVBl.* 1989, S. 841 ff.; *Brugger*, *Staatszwecke*, *NJW* 1989, S. 2425 ff.; *Schwind*, *Zukunftsgestaltende Elemente*, 2008, S. 198 ff.

²⁰ *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 197 m. w. N. Zur Bewältigung der hierdurch hervorgerufenen Unsicherheiten stellt der demokratische Verfassungsstaat eben Institutionen bereit, vgl. nur *Luhmann*, *Vertrauen*, ⁴2000, S. 79. *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 218, nennt weitere Beispiele für Verfahrens- und Organisationsregeln zur Spezifikation sekundärer Entscheidungskriterien.

richtet sein. Grenzen begründen allein verfassungsrechtliche Regeln, insbesondere die positivierte Kompetenzordnung, die Staatsstrukturprinzipien und die Grundrechte als Freiheitsordnung.²¹ Konkrete inhaltlich Zwecke, die über dem Verfassungsrecht schweben und dieses konditionieren, sind mit diesen Grundannahmen unvereinbar.²² Dementsprechend gilt der Verfassungsstaat als *virtuell allzuständig*.²³ Er ist nicht von einem vorgeformten Sozialen abhängig, sondern ist ein „planender, verteiler, gestaltender, individuelles wie soziales Leben erst ermöglichender Staat“.²⁴

Ursächlich dafür ist *drittens*, dass es im *pluralistischen* Verfassungsstaat an einem einheitlichen Verständnis vom Sinn staatlicher Gemeinschaft fehlt.²⁵ *Gerhard Leibholz* konnte noch ausführen: „Jede echte Staatsform setzt einen festen Bestand von politisch-materialen Werten voraus, durch die die staatliche Gemeinschaft glaubensmäßig legitimiert und inhaltlich zusammengehalten wird. Jede politische Staatsform wird hierdurch zugleich im Metaphysischen begründet.“²⁶ In einem auf der Anerkennung von Individualität und der Absage an totalitäre Uniformierung basierenden Gesellschaftsmodell, das durch die Vielfalt von Handlungen und Interessen gekennzeichnet ist, sind derartige ‚fundamentale‘ Werte oder Zwecke jedoch immer Teil der gesellschaftlichen Aushandlung und gehen dieser nicht vor.²⁷

²¹ In diesem Sinne ist der Gesetzgeber nicht an überverfassungsrechtliche Zwecke gebunden (*Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 196). Auch die Bindung an verfassungsrechtlich ausgezeichnete Zwecke ist begrenzt (*Hillgruber*, Grundrechtsschranken, ³2011, § 201 Rn. 54). Zu bestehenden Bindungen nur *Dreier*, in: *Dreier*, GG, ²2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 86 f.

²² Auch aus Art. 79 Abs. 3 GG ergibt sich nichts anderes. Art. 79 Abs. 3 GG appelliert keineswegs an Zwecke, die dem Grundgesetz (in dem hier geschilderten objektiven Sinne) vorgehen. Die Grundsätze, die durch Art. 79 Abs. 3 GG dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen werden, sind vielmehr solche, die erst das Grundgesetz selbst instituiert hat.

²³ Vgl. nur *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 760 (der Staat als Institution, „die sich nach den Erfordernissen der jeweiligen Lage jeden Zweck setzen darf“); *Isensee*, Staat und Verfassung, HStR I, ³2003, § 15 Rn. 28, 115 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 50 f.; *Isensee*, Staatsaufgaben, HStR IV, ³2006, § 73 Rn. 55 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, ²2006, S. 186 f. (zum „parlamentarischen Zugriffsrecht“); *Heinig*, Sozialstaat, 2008, S. 462 f. Dass die virtuelle Allzuständigkeit keine „virtuell allumfassende Staatsgewalt“ ist (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 21. 9. 1976 (*Inkompatibilität*) – E 42, 312 (332)), sondern den verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt, versteht sich von selbst.

²⁴ *Hesse*, Rechtsstaat, in: FG Smend, 1962, S. 71 (78).

²⁵ *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: Schnur (Hrsg.), FS Forsthoff, 1972, S. 325 (338 f.); *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 196; *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, S. 5 ff.

²⁶ *Leibholz*, Auflösung der liberalen Demokratie, 1933, S. 9.

²⁷ Daher zu Recht skeptisch zur Kohärenz und Leistungsfähigkeit der typischen Kataloge von Staatszwecken, die Begriffe wie „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“,

Damit hängt *viertens* zusammen, dass selbst dort, wo eine Einigung auf bestimmte Begriffe gelingen könnte, diese zu diffus sind, um dogmatisch operationalisiert zu werden.²⁸ Man muss aus *Niklas Luhmanns* Entthronung des Zweckbegriffs als Zentralbegriff der Organisationssoziologie nicht die Schlussfolgerungen ziehen, dass institutionelle Analysen grundsätzlich nur noch auf der Basis einer Systemtheorie möglich sind.²⁹ Aber an seiner Kritik der *mangelnden Trennschärfe* des Zweck-Mittel-Schemas für die Analyse des Bestandes komplexer Organisationen kommt man nicht vorbei.³⁰ Für welches Problem ist der Verweis auf das ‚Gemeinwohl‘ keine Lösung – und welches Problem ließe sich damit wirklich lösen? Erst in den Institutionen und Verfahren der Verfassungsordnung gelingt die Konkretisierung derartiger abstrakter gesellschaftlicher Ziele.³¹ Hingegen lebt die Idee objektiver Zwecke gera-

„Frieden“, „Gemeinwohl“ oder auch „Selbstbehauptung des Staates“ enthalten: *Alexy*, Diskussionsbemerkung, in: *VVDStRL* 48 (1990), S. 122; *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 210 ff.

²⁸ Kritisch etwa zur Differenzierungsleistung des Begriffs „Sicherheit“: *Gusy*, Rechtsgüterschutz, *DÖV* 1996, S. 573 (581).

²⁹ Dies bildet das zentrale Argument von *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973; die Kritik setzt sich fort bis in das posthum veröffentlichte Werk: *Luhmann*, Organisation und Entscheidung, 2000, S. 261 ff.

³⁰ S. nur *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 93, 156 f., 180.

³¹ *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 218. Dies gilt speziell für den Gemeinwohlbegriff, der eben nur als „Kontingenzformel“ (*Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 210 Fn. 127; sowie schon auf *Häberle*, Gemeinwohlproblematik, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 257 (273 f.); *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, 1991, S. 117 f. m. w. N.; einen ähnlichen prozeduralen Gemeinwohlansatz entwickelt auch *Green*, Law, Co-ordination, and the Common Good, *Oxford Journal of Legal Studies* 3 (1983), S. 299; zu entsprechenden Überlegungen bei *Dworkin* vgl. *Gardner*, Law’s Aim, in: *Hershovitz* (Hrsg.), *Law’s Empire*, 2006, S. 103 ff.) oder als „Kompetenz- und Verfahrensfrage“ (so richtig *Isensee*, Staat und Verfassung, *HStR* I, ³2003, § 15 Rn. 130, der aber ebendort sowie in *ders.*, Staatsaufgaben, *HStR* IV, ³2006, § 73 Rn. 5, betont, dass Gemeinwohl gleichzeitig auch eine „material-ethische Frage“ darstellt; vgl. jetzt ausführlich *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, S. 229 ff.) verstanden werden kann. Wo dies nicht beachtet wird, will der Verweis auf das Gemeinwohl als Formelbegriff häufig eine sorgfältige dogmatisch geleitete Analyse der konkret betroffenen Interessen ersetzen (zum allerdings anspruchsvolleren Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit dem Gemeinwohlbegriff s. nur *Häberle*, „Gemeinwohlljudikatur“, *AöR* 95 (1970), S. 86, 260 ff.) – oder überantwortet letztlich doch alle Entscheidungen dem Verfassungs- bzw. einfachen Gesetzgeber, ohne einen konzeptionellen Mehrwert zu leisten (vgl. *Böckenförde*, Demokratie, in: *HStR* II, ³2004, § 24 Rn. 74 ff., 78). Zum weitgehend ergebnislosen „unendlichen Diskurs über Gemeinwohl“ auch *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater, in: *VVDStRL* 62 (2003), S. 266 (273 ff.). Zu den Problemen einer „empirischen“ Annäherung an „das Gemeinwohl“ aus anthropologischer Sicht *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 264 ff. Zur problematischen Handhabung der Formel in der Vergangenheit s. nur *Stolleis*, Gemeinwohlformeln, 1974.

de davon, diese Verfahren transzendieren beziehungsweise durchbrechen zu wollen.³²

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist schließlich *fünftens* der Gedanke, Zwecke könnten Quelle der Rechtfertigung staatlicher Handlungen sein, nicht mehr nur normativ fragwürdig und theoretisch unplausibel. Es besteht ferner schlicht *kein Bedarf* mehr für derartige Überlegungen.³³ Wo früher das (objektive) Zweckargument Kompetenzen erschloss oder begrenzte, hat der Verfassungsstaat entsprechende Regelungen positiviert.³⁴

Was eingangs nur als These formuliert werden konnte, ist jetzt argumentativ eingeholt, nämlich dass allein der Verweis auf bestimmte Zwecke im demokratischen Verfassungsstaat weder zur Rechtfertigung staatlicher Tätigkeit ausreicht noch sich dadurch staatlichem Recht a priori Grenzen ziehen lassen. Die Idee objektiver Zwecke kollidiert fundamental mit der Grundannahme des demokratischen Verfassungsstaates, dass die politische Ordnung in der Moderne verfügbar ist.³⁵ Demokratische Verfassungsstaatlichkeit erschöpft sich nicht darin, dass Verfassung und Recht vorgegebene Zwecke oder Aufgaben abarbeiten oder entsprechende Funktionen erfüllen.³⁶

Für den Staatszweckdiskurs bedeutet das, über die Zeit nicht nur seines Gegenstandes, des Staates, in weiten Teilen verlustig gegangen zu sein. Vielmehr arbeitet er auch, sofern er sich nicht in offenen Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Ordnung setzen möchte, mit einem Zweckbegriff, der seine ursprünglichen Konturen verloren hat. Schon deswegen ist die Erörterung der Staatszwecke ganz überwiegend zum „ideengeschichtlichen Vorspann“³⁷ dogmatischer Analysen herabgesunken. Was bei Jellinek schon angelegt war, ist heute vollends eingetreten: Der Zweckbegriff ist hier zur bloßen Chiffre für das Rechtfertigungsproblem geworden.³⁸ Theoretische

³² Gleiches gilt im Übrigen für Ansätze, die statt von „objektiven Zwecken“ von „Wirkungsbedingungen“ des Staates sprechen. Vgl. nur die kritischen Bemerkungen bei *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 63, 90–93.

³³ Vgl. *Brohm*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 48 (1990), S. 147.

³⁴ S. nur die Hinweise bei *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 186, 209, der dennoch Staatszwecken bleibende Bedeutung zuerkennen will.

³⁵ S. nur *Böckenförde*, Demokratie, in: HStR II, ³2004, § 24 Rn. 38; *Benz*, Der Staat als politisches Projekt, in: Bröckler/Lauth (Hrsg.), Politikwissenschaftliche Perspektiven, 2008, S. 71 (72). S. auch *Habermas*, Zeitbewußtsein, in: ders., Diskurs der Moderne, 1985, S. 9 (16): „[...] die Moderne kann und will ihre orientierenden Maßstäbe nicht mehr Vorbildern einer anderen Epoche entlehnen, sie muß ihre Normativität aus sich selber schöpfen. Die Moderne sieht sich, ohne Möglichkeit der Ausflucht, an sich selbst verwiesen. Das erklärt die Irritierbarkeit ihres Selbstverständnisses, die Dynamik der ruhelos bis in unsere Zeit fortgesetzten Versuche, sich selbst ‚festzustellen‘.“ Hierzu auch § 2 C. I. 1.

³⁶ *Leisner*, Effizienz, 1971, S. 23.

³⁷ *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 207 f.

³⁸ Aktuelle „Staatszwecklehren“ kranken vor allem daran, ihr eigentliches Thema, die Frage nach der Rechtfertigung staatlichen Handelns, bis zur Unkenntlichkeit zu verstellen;

Überlegungen zum Zweckbegriff, soweit sie überhaupt je erfolgen, wirken in diesem Zusammenhang wie Fremdkörper.³⁹ Bevor darauf einzugehen ist, ob dem Verweis auf Staatszwecke nicht wenigstens unter bestimmten Umständen ein produktives Potential zuzuschreiben ist, lässt sich zunächst zusammenfassen, dass, was *Karl-Peter Sommermann* als Essenz von Kelsens Staatszwecklehre bestimmt hat, im Verfassungsstaat allgemein gilt:

„Allein in diesem Sinne kann man *Kelsens* Staatstheorie als ‚antiteleologisch‘ bezeichnen: Zwecke und Ziele sind dem Staat nicht immanent, sondern werden ihm erst durch positive Rechtsnormen vermittelt. Teleologisch bleibt das Staatsdenken *Kelsens* freilich insofern, als er sich den Staat nur in Verwirklichung bestimmter Zwecke denken kann.“⁴⁰

Dass das Recht des demokratischen Verfassungsstaates „antiteleologisch“ ist, wurde gerade gezeigt. Doch was heißt es, wenn auch das positive, gesetzte Recht als ‚teleologisch‘ verstanden werden kann?

II. Die Normativität zweckgerichteter Setzungen im Recht des Verfassungsstaates

Ergebnis des bisher Gesagten ist nicht, dass der Verweis auf Zwecke im Verfassungsstaat keine rechtliche Relevanz mehr hat. Nur haben sich hierfür die entsprechenden Konstruktionen und der Modus der Begründung radikal verändert. Unter den Bedingungen teleologischer Objektivität war die normative Bedeutung bestimmter Sachzwecke gegeben. Das Recht hatte diese ihm externen Gesichtspunkte zu realisieren und bezog daraus seine normativ motivierende Kraft. Wenn nunmehr Zwecke nur noch unter den Bedingungen der

vgl. etwa *Maurer*, Staatsrecht I, ⁶2010 § 6 Rn. 23; *Link*, Staatszwecke, in: VVDStRL 48 (1990), S. 5 (49); *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 185 (zur Vermischung von Rechtfertigungs- und Staatszweckargument schon bei *Jellinek* s. oben unter § 4 D.). So werden isoliert bestimmte Zwecke zu zentralen Werten erklärt, ohne jedoch hierfür ein entsprechendes Rechtfertigungsnarrativ zu entwickeln – oft bleibt allein der Verweis auf die Tradition. Insgesamt sind Theorien, die staatliche Entscheidungen auf die Erreichung diffuser materieller Zustände bzw. Zwecke zurückführen und dadurch legitimieren wollen, von den rechts- und gesellschaftsphilosophischen Legitimationskonzepten der Gegenwart sehr weit entfernt. Diese stellen dagegen primär auf (demokratische) Verfahren (*Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 212, mit entsprechender Kritik an der Vernachlässigung der Verfahrensdimension bei *Brugger*, Staatszwecke, NJW 1989, S. 2425 (2430)) und/oder Grund- und Menschenrechte ab (*Alexy*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 48 (1990), S. 122). Aus diesen Gründen ist äußerst zweifelhaft, ob gerade die Staatszweck-Diskussion kritische Verstehenspotentiale erschließen kann. Eher erscheint zutreffend, dass der historische Ballast eine Aktualisierung von Gedanken wie Frieden oder Sicherheit unter den Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates verhindert.

³⁹ Vgl. etwa bei *Brugger*, Staatszwecke, NJW 1989, S. 2425 (2426).

⁴⁰ *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 83. Zu Kelsens Theorie des Staates als Rechts- bzw. Selbstzweck s. nur *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 39 ff., sowie oben § 5 Fn. 4.

Kontingenz denkbar sind, bedarf es einer alternativen Begründung. Im demokratischen Verfassungsstaat liegt die Antwort nahe: Die rechtliche Relevanz derartiger Zwecke folgt allein daraus, dass diese sich auf Normen zurückführen lassen, die in den verfassungsrechtlich geregelten oder bei der Verfassungsgebung vorausgesetzten Verfahren *gesetzt* wurden.⁴¹ Die Normativität von Zwecken ist in diesem Sinne akzessorisch zur Normativität des positiven Rechts, das heißt zur Idee der Normerzeugung durch Setzung.

Das Grundgesetz organisiert dabei die Generierung von rechtlichen Geltungsansprüchen, indem es den sozialen Handlungen, die in den Formen und Verfahren der Verfassungsrechtsordnung vorgenommen werden, Rechtsqualität zuschreibt.⁴² Besonders plastisch zeigt dies das Beispiel der parlamentarischen Gesetzgebung: Wenn die grundgesetzlichen Regelungen beachtet werden – im Fall parlamentarischer Gesetze ist das vor allem das verfassungsrechtliche Prinzip demokratischer Legitimation⁴³ – gelten im Parlament vorgenommene Handlungen als rechtlich verbindlich. Kontrolliert wird dies nicht durch meta-rechtliche Zwecke, sondern wiederum durch die vom Verfassungsgeber gesetzten Bedingungen, etwa die Grundrechte.⁴⁴ Sofern also unter dem Grundgesetz von den Zwecken eines Gesetzes die Rede ist, verweist dies auf den parlamentarischen Gesetzgebungs*akt*, dessen Zwecke, seien sie in Leitvorschriften explizit normiert oder aber im Wege der Auslegung zu erschließen, eben wegen ihrer Setzung rechtlich relevant sind.⁴⁵ In

⁴¹ Zum Begriff der rechtlichen Relevanz vgl. § 6 Fn. 9. Wann genau sich ein spezifischer Zweck auf eine Norm „zurückführen“ lässt, ist Gegenstand der Konkretisierungs- bzw. Auslegungstheorie. Hierzu ausführlich unter § 8 C.

⁴² Ausführlich zum Grundgesetz als einer vollpositivierten Verfassung *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 288 ff.; vgl. auch *ders.*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 7 f. („Rechtsordnung als rechtsquellenpluraler, gestuft-arbeitsteiliger Prozess der Konkretisierung und Individualisierung von Recht“).

⁴³ In diesem Sinne ist die Fähigkeit des Parlaments, rechtlich relevante Zwecke zu setzen, Ausdruck des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips. Daher erscheinen jedenfalls exklusive Assoziationen des Zweckbegriffs mit dem Sozialstaatsprinzip (handelt der demokratische Gesetzgeber nur in Bereichen wie der Daseinsvorsorge zielgerichtet?) als allenfalls sekundär. Zum historischen Zusammenhang und ideologischen Hintergrund dieser Thesen s. etwa *Joerges*, Rechtsstaat and Social Europe, *Comparative Sociology* 9 (2010), S. 65 (66); sowie ausführlich unten § 7 B. II. 1. c.

⁴⁴ In diesem konditionalen Sinne ist also zu verstehen, wenn davon die Rede ist, das parlamentarische Gesetz ziele darauf, „die Zwecke der Verfassung, wie Grundrechtsgewährleistung oder Staatszielbestimmungen, zu realisieren und sich dafür als verhältnismäßig zu erweisen“ (*Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, ²1981, S. 402). Zum Verhältnis von Gesetzgebungsfreiheit und Grundrechtsbindung vgl. nur *Masing*, Rechtsstatus, in: *GVwR* I, ²2012, § 7 Rn. 63.

⁴⁵ Problematisch ist vor diesem Hintergrund die Auszeichnung bestimmter Normtypen als „final“. Sind „konditionale“ Normen nicht in vergleichbarer Form als Zweck-Mittel-Relationen rekonstruierbar und etwa teleologischer Auslegung zugänglich? Zur (notwendig-

diesem Sinne wird das parlamentarische Gesetz ganz allgemein als das zentrale „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse“ verstanden.⁴⁶ Der in dieser Formel zum Ausdruck kommende Anspruch des Rechts auf „Steuerung“ ist ganz allgemein akzeptiert⁴⁷, auch wenn sich dessen Realisierung deutlich komplexer darstellt, als von einfachen, mechanistischen Modellen suggeriert wird.⁴⁸

Diese Zusammenhänge gelten nun keineswegs allein für parlamentarische Gesetze, sondern für alle rechtserzeugenden Handlungen im Verfassungsstaat einschließlich der Verfassung.⁴⁹ Auch die Verfassung wird als „Entwurf“, als

gen) Zweckorientierung aller formellen Gesetze s. ausführlich § 7 B. Zum historischen Hintergrund vgl. oben § 5 A. II.

⁴⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 25. 2. 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*) – E 39, 1 (59) (dort allerdings ergänzt durch den Hinweis, dass das Gesetz „auch bleibender Ausdruck sozialetischer und – ihr folgend – rechtlicher Bewertung menschlicher Handlungen“ ist). Aus der überbordenden Literatur zum Gesetz als „zentralem Steuerungsmedium“ vgl. nur *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970, S. 688; *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 117; *Zeh*, Wille und Wirkung, 1984, S. 43 f.; *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis, 1988, S. 152 f., 375 ff.; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, 1991, S. 160 f.; *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 139; *Schuppert*, Gesetz, in: Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1998, S. 105 ff.; *Voßkuhle*, Kompensationsprinzip, 1999, S. 80; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, ²2006, S. 18 ff., 81, 185; *Badura*, Gesetzgebung, in: Pitschas/Uhle (Hrsg.), FS Scholz, 2007, S. 3 ff.; *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, HStR V, ³2007, § 100 Rn. 19 ff. (unter besonderer Betonung der Funktion „demokratischer Steuerung“ durch Gesetze); *Schober*, Zweck, 2007, S. 2; *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 1, 21; *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 77 (85): „Im demokratisch-parlamentarischen Verfassungsstaat handelt es sich um eine demokratisch legitimierte Steuerung der Gesellschaft durch Rechtsnormen. Das Gesetz bildet dabei die zentrale Steuerungsressource, das zentrale Steuerungsmedium. Unsere Verfassung legt demnach ein Herrschaftsmodell zugrunde, in dem demokratisch legitimiert in Formen des Rechts Steuerung und Konfliktbehebung betrieben wird“.

⁴⁷ *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 139, spricht insofern zu Recht von der „Steuerungsfunktion des Rechts“ als einem „ideologieneutralen Topos“.

⁴⁸ Hier beginnt eben erst die eigentliche „Steuerungsdiskussion“ (vgl. dazu nur *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, ²2012, § 1 Rn. 17 ff.; *Franzius*, Steuerung, in: GVwR I, ²2012, § 4 Rn. 42 ff.), die allzu häufig auf die Bewältigung einer echten oder gefühlten „Steuerungskrise“ reduziert wird (vgl. dazu den instruktiven Überblick bei *Callies*, Steuerungskrise, in: ders./Fischer-Lescano et al. (Hrsg.), FS Teubner, 2009, S. 465 (467–477)).

⁴⁹ Von diesem Konstruktionsprinzip ist die Frage zu unterscheiden, welche Gewalt im demokratischen Verfassungsstaat durch das Grundgesetz primär zur sozialen Gestaltung ermächtigt ist. In diesem Zusammenhang ist häufig die Rede davon, dass es nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz vor allem Sache des parlamentarischen Gesetzgebers ist, soziale Zwecke zu verfolgen. Mit dieser Formel wird jedoch lediglich eine kompetenzielle Kollisionsregel festgelegt, die die oben getroffene Aussage nicht tangiert, jedoch vielfach Missverständnisse produziert. Hierzu auch § 7 Fn. 96 und § 7 B. IV. sowie § 8 Fn. 149.

„Plan“ eines, wenn auch schwer zu fassenden, verfassungsgebenden Gesetzgebers verstanden.⁵⁰ Dementsprechend wird dem Grundgesetz als demokratischer Verfassung der Anspruch auf „Zukunftsgestaltung“ zugeschrieben – und dies sowohl im Hinblick auf die gesamte Verfassung als Rahmen einer zukunftsorientierten Ordnung als auch auf spezifische Verfassungsnormen mit zukunftsgestaltendem Auftrag.⁵¹ Was darüber hinaus alles zur Rechtserzeugung zählt, wer also *Recht* im Sinne der Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG setzen kann – nur zwei kontroverse Stichpunkte: Richterrecht⁵² und Verfassungswandel⁵³ –, braucht nicht entschieden zu werden, da es hier nur auf das Konstruktionsprinzip ankommt.⁵⁴

Rechtserzeugung knüpft also immer an soziale Handlungen an. Als Handlung lässt sich das positive Recht mit den Kategorien von Zweck und Mittel beschreiben. Die Normativität von Zwecken ist im demokratischen Verfassungsstaat daher bedingt durch die Normativität des Rechts. Zwecke stellen (nur) eine spezifische Form der Rekonstruktion dieses Rechts dar. In diesem Sinne ist allgemein davon die Rede, dass demokratisches Recht auf zweckmäßige Zukunftsgestaltung gerichtet ist und so der gesellschaftlichen Steuerung dient.⁵⁵

Diese Veränderung in der Begründung von Normativität und rechtlicher Relevanz von Zwecken wird nun im Staatszweckdiskurs insofern nachvollzogen, als sich dieser von der Diskussion überpositiver Staatszwecke zur Dogmatisierung positiver Staatsziele oder Staatszielbestimmungen verlagert

⁵⁰ Hierzu umfassend *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 115 ff. mit Ausführungen zu den prominenten Deutungsmustern der Verfassung als „Plan“ (*Thomas Württemberg*), „Programm“ (*Herbert Krüger*) oder „Entwurf“ (u. a. *Dieter Grimm*).

⁵¹ Dazu etwa *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 326 („Die Verfassung ist als normatives Sinngefüge primär etwas Gesolltes, nicht notwendig etwas Bestehendes.“); *Vofßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), S. 35 (53 f.); *Reimer*, Verfassungsprinzipien, 2001, S. 74 ff.; *Bumke*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (8).

⁵² S. dazu die Beiträge in *Bumke* (Hrsg.), Richterrecht, 2012.

⁵³ Dazu nur (restriktiv und in Abgrenzung zu Verfassungsrechtsfortbildung und -interpretation) *Böckenförde*, Verfassungswandel, in: Staat – Nation – Europa, 1999, S. 141 ff.; zum Diskurs über Verfassungswandel *Vofßkuhle*, Verfassungswandel, Der Staat 43 (2004), S. 450 ff., sowie nochmals unter § 8 B. II. 2. b.

⁵⁴ Zu Umfang und Abgrenzungsfragen nur *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, HStR V, 32007, § 100.

⁵⁵ Dazu nur *Häberle*, Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43 (57); *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 31998, S. 69 (Demokratie als „ein Zukunftsoffenheit spezifisch legitimierendes Verfassungsprinzip“); s. auch *Schober*, Zweck, 2007, S. 2; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 32008, S. 251 f. (zur Gestaltungs- und Steuerungsfunktion des (positiven) Rechts).

hat.⁵⁶ Mit dem Wechsel des Untersuchungsgegenstands ist so ein (unter den Bedingungen des Grundgesetzes) genuin juristischer Standpunkt wiedergewonnen. Es wäre daher verfehlt, Staatsziele oder Staatszielbestimmungen – ein im Übrigen geschichtlich weit fragwürdigerer Begriff als üblicherweise angenommen⁵⁷ – als ‚Nachfolger‘ der alten Staatszwecke zu verstehen. Trotz der semantischen Nähe der Ausdrücke antworten Staatszielbestimmungen auf ganz andere Fragen als Staatszwecke.⁵⁸ In Rechtsform positivierte Zwecke

⁵⁶ Zu den Begrifflichkeiten „Staatsziel“ und „Staatszielbestimmung“: *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: Schnur (Hrsg.), FS Forsthoff, 1972, S. 325 (335, 343); wichtig für die Verbreitung des Begriffs wurde die Definition der „Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“ von 1983 (*BMJ/BMI*, Bericht SVK Staatszielbestimmungen, 1983); zu diesem Bericht und dessen Rezeption vgl. *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 225 ff. Zur dogmatischen Abgrenzung von Staatszweck und Staatsziel s. etwa *Bull*, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (802); *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 193; *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 184 f. Wo diese elementare Abgrenzung fehlt oder unklar ist (etwa bei *Bethge*, Staatszwecke, DVBl. 1989, S. 841 (842 ff.)); *Ress*, Staatszwecke, in: VVDStRL 48 (1990), S. 56 (61 f.); *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 3), bleibt die Argumentation unscharf. Zur Differenzierung von Staatsziel und Staatszielbestimmung vgl. die Überlegungen bei *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 246 ff. Wiederum anders ist der Ausdruck „Staatsaufgaben“ besetzt, der regelmäßig neben Staatszwecke und Staatsziele tritt, s. dazu nur *Bull*, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (802); *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 262 ff., 299 ff.; sowie kritisch *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (273 ff.).

⁵⁷ Gemeinhin wird die ‚Erfindung‘ des Ausdrucks „Staatszielbestimmung“ Hans Peter Ipsen zugeschrieben und mit seiner Rektorats-Antrittsrede *Über das GG* von 1949 verbunden (so etwa *Bull*, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (802 mit Fn. 8); *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 5 mit Fn. 21; *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 218 f.). Ipsen selbst bestätigt dieses Narrativ (s. *Ipsen*, Rezension Stern, AöR 103 (1978), S. 413 (423 f.); *Ipsen*, Rezension Sommermann, DVBl. 1998, S. 357). Tatsächlich hat Ipsen diesen Ausdruck jedoch bereits in seiner Habilitation von 1937 prominent und in einem durchaus anderen Sinne gebraucht, nämlich im Zusammenhang mit dem Konzept des nicht justiziell überprüfaren „Regierungsgesetzes“ oder „politischen Gesetzes“, vgl. *Ipsen*, Politik und Justiz, 1937, S. 194: „Die Besinnung auf die Stellung der Justiz im neuen Staat endet bei dem Gesetz, das auch im neuen Staat zentrale Funktion besitzt; nämlich die einer formalisierten Verlautbarung autonomer, unüberprüfbarer und nur durch sich selbst änderbarer Staatszielbestimmung des Führers“.

⁵⁸ *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: Schnur (Hrsg.), FS Forsthoff, 1972, S. 325 (340), wonach das Verhältnis von Staatszwecken und Staatsziel(-bestimmungen) ein „sehr entferntes“ ist; ebs. grds. *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 299 ff., der beiden Konzepten jedoch als Gemeinsamkeit die Funktion der „Zukunftsgestaltung“ attestiert. Es ist jedoch schon zweifelhaft, ob sich die Utopie (ebd., S. 136 ff.) des durch Zweckerreichung legitimierten Staates tatsächlich zeitlich verstehen lässt. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, dürften die Unterschiede der Konzepte dennoch hinreichend stark sein, um Scheuners Einschätzung zu tragen. Die gegenteilige Ansicht von *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 81, dürfte dessen Bemühen geschuldet sein, aus seiner Staats-

oder Ziele legitimieren die Rechtsordnung nicht, sondern sind ihrerseits durch den Vorgang der Verfassungsgebung bzw. Rechtsetzung legitimiert. Die rechtsdogmatische Diskussion von Staatszielen beschäftigt sich daher nie mit der Rechtfertigung und den Grenzen staatlicher Tätigkeit, sondern fragt auf einer sehr viel konkreteren Ebene nach der Auslegung und Anwendung offen formulierter, auf weitergehende Konkretisierung angewiesener Rechtsätze. Die Eigenschaften eines solchen Normtyps, der dem Normadressaten (nur) das Erreichen bestimmter Ziele vorschreibt, sind später noch genauer zu untersuchen.⁵⁹ Festzuhalten ist, dass sich in der Entwicklung des Diskurses von der Untersuchung überpositiver Staatszwecke zu positivierten Staatszielen auch ein Wandel in der Begründung der Normativität von Zwecken im Recht dokumentiert.

III. Der normative Überschuss des Rechts und die Normativität von Zwecken

Die Entscheidung für ein primär positivistisches Verständnis der Rechts- und Geltungserzeugung ist in vielerlei Hinsicht ein Sprung in die Kontingenz. Sie beschränkt den juristischen Diskurs über die Rechtfertigung und die Wirksamkeitsbedingungen von Recht und verweist insoweit immer nur auf die der Rechtsordnung spezifischen Rechtserzeugungsmechanismen.⁶⁰ Diese Beschränkungen eröffnen Recht und Rechtswissenschaft erhebliche Präzisionsgewinne – um den Preis, keine, bzw. nur eine von vielen als unbefriedigend empfundene, weil indifferente Antwort auf die Frage nach den Bedingungen und Grenzen des Rechts liefern zu können.⁶¹ Diese Unzufriedenheit kann zu Ausweichbewegungen führen, die eine Lösung der Indifferenz jenseits der Binnenlogik des positiven Rechts suchen. Hierbei wird nun eben auch auf ‚Zwecke‘ oder auf ‚Teleologien‘ rekurriert. Allerdings stehen diese Formeln dabei nur für ein diffus bleibendes Wertedenken.

zwecklehre konkrete verfassungsrechtliche Folgerungen abzuleiten (dazu unten § 6 A. III. 2.).

⁵⁹ S. hierzu unten § 7 B.

⁶⁰ *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 98 ff.; *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 198 f. m. w. N.

⁶¹ S. zum Problem der „Unabgeschlossenheit des liberalen Rechts, [das] in der Positivierung explizit die Perspektive der Selbständerung eröffnet, ohne das ‚Wie‘ bestimmen zu können“ nur *Ladeur*, *Negative Freiheitsrechte*, 2000, S. 10. Vgl. dazu auch *Green*, „Legal Positivism“, in: SEP, Fall 2009 Edition (unter 3.): „The most influential criticisms of legal positivism all flow, in one way or another, from the suspicion that it fails to give morality its due. A theory that insists on the facticity of law seems to contribute little to our understanding that law has important functions in making human life go well, that the rule of law is a prized ideal, and that the language and practice of law is highly moralized“.

1. Überschuss und Immanenz im Verfassungsrecht

Es ist kaum zu bestreiten, dass das Grundgesetz als positive Rechtsordnung einen normativen „Überschuss“ aufweist.⁶² Die oben begründete „Antiteleologie“ des Verfassungsrechts meint auch nicht Immunität der Verfassung gegenüber Ideen davon, wie das Recht sein soll. Schon der Impuls der Verfassungsgebung war ja keineswegs allein von positivistischen Überzeugungen getragen.⁶³ Demokratische Verfassungsstaatlichkeit nötigt nicht zur politischen Agnostik, sondern ist selbst Ausdruck einer spezifischen politischen Wertvorstellung.⁶⁴ Umstritten ist nur, wie dieser Überschuss produktiv im Recht zu bewältigen ist.

Einigkeit besteht insofern, als anerkannt ist, dass sich der überschießende Anspruch des Grundgesetzes in erster Linie darin dokumentiert, dass es „praktisch alle relevanten moralisch-politischen Basisprinzipien als Verfassungsprinzipien dem positiven Recht inkorporiert“ hat.⁶⁵ Welche Wirkung

⁶² Zur Begrifflichkeit des Überschusses: *Reinhardt*, Überschuss der Gerechtigkeit, 2009. Zur Notwendigkeit derartiger Überlegungen auch vom rechtspositivistischen Standpunkt aus siehe *Green*, „Legal Positivism“, in: SEP, Fall 2009 Edition (unter 4.2.): „(1) Necessarily, law deals with moral matters. [...] (2) Necessarily, law makes moral claims on its subjects. [...] (3) Necessarily, law is justice-apt. [...] These three theses establish connections between law and morality that are both necessary and highly significant. Each of them is consistent with the positivist thesis that the existence and content of law depends on social facts, not on its merits. Each of them contributes to an understanding of the nature of law. The familiar idea that legal positivism insists on the separability of law and morality is therefore significantly mistaken“.

⁶³ Vgl. nur beispielhaft zur Position *Süsterhenns* die Darstellung bei *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, S. 116 ff.

⁶⁴ Siehe nur *Volkmann*, Verfassungslehre, 2013, S. 37, 41 ff., 46; sowie auch bereits *Häberle*, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, AöR 99 (1974), S. 437 ff.; *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 96. Siehe etwa auch BVerfGE 42, 312 (332) – *Inkompatibilität/Kirchliches Amt* („[...] daß das Grundgesetz den Staat nicht als den Hüter eines Heilsplans versteht“); 44, 125 (142) – *Öffentlichkeitsarbeit*. Wenigstens in seiner Antiteleologie ist das Grundgesetz etwa einem politischen Liberalismus verpflichtet (vgl. nur *Popper*, Utopie, in: Vermutungen und Widerlegungen, 1997, S. 515 (520 ff.)), wonach es umgekehrt Kennzeichen totalitärer Regime ist, über „endgültige Ziele“ zu verfügen; ähnlich *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairneß, in: Die Idee des politischen Liberalismus, 1992, S. 255 (288 f.); *ders.*, Bereich des Politischen, in: Die Idee des politischen Liberalismus, 1992, S. 333 (343 f.)).

⁶⁵ *Dreier*, Begriff des Rechts, NJW 1986, S. 890 (893). Ebenso auf der Basis je ganz unterschiedlicher theoretischer Prämissen etwa *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 11; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 20, VI, Rn. 67–69; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 39. Ob diese äußerst affirmative Aussage wirklich zutrifft, muss hier offen bleiben. Kritisch stimmt insofern, dass die „relevanten“ moralischen Prinzipien mit dem Stand des moralphilosophischen Diskurses zur Zeit der Verabschiedung der verfassungsrechtlichen Normen, für den Grundrechtskatalog also überwiegend 1949, gleichgesetzt werden.

derartige Inkorporationen aus rechtstheoretischer Sicht haben, ist wiederum im Einzelnen stark umstritten.⁶⁶ Jedenfalls verliert das Recht seine Eigenschaft als positives Recht nicht, indem es auf außerrechtliche und/oder überpositive Normen Bezug nimmt und moralische Forderungen in den Formen und Verfahren des positiven Rechts – verfassungsimmanent – fasst.⁶⁷

Darüber hinaus wird jedoch ein direkter Einfluss überpositiver Gesichtspunkte auf die Rechtsarbeit in Praxis und Wissenschaft äußerst defensiv gehandhabt. Paradigmatisch stellt sich dies im Umgang mit Art. 20 Abs. 3 GG dar.⁶⁸ Auch wo vertreten wird, dass die „Spannung“ von „Gesetz und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG den Anspruch des Grundgesetzes dokumentiere, eine „richtige“ und legitime Ordnung zu sein⁶⁹, wird das in den Rechtsbegriff projizierte Potential überwiegend als bloße „regulative Idee“ verstanden⁷⁰. So

⁶⁶ Die um dieses Problem kreisenden Debatte von „exclusive legal positivism“ (insbes. *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, 1996, S. 210 ff.; *ders.*, *Authority of Law*, 1979, S. 182 ff.) und „inclusive legal positivism“ (namensgebend: *Waluchow*, *Inclusive Legal Positivism*, 1994; prominent, jedoch eher beiläufig: *Hart*, *Concept of Law*, ²1994, S. 250; dazu auch schon *Kelsen*, *General Theory*, 1945, S. 132, sowie, mit der Formel vom „Midas-Prinzip“ des Rechts: *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, ²1960, S. 282; vgl. dazu auch *Possner*, *The Hand of Midas*, in: Hage/von der Pfordten (Hrsg.), *Concepts in Law*, 2009, S. 99 ff.; kritische Einwände: *Green*, „Legal Positivism“, in: SEP, Fall 2009 Edition, der demgegenüber mit *Raz* vom Recht als einem „open normative system“ spricht (ebd., unter 3.); systemtheoretisch gedeutet findet sich dieser Sachverhalt bei *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 78 ff.; dagegen wiederum etwa *Latour*, *Making of Law*, 2010, S. 263) beschränkt sich meist auf rein begriffliche Überlegungen, ohne eventuell erforderliche rechtspraktische Schlussfolgerungen zu erörtern.

⁶⁷ Auch aus diesem Grund ist es so schwierig, den Status des grundgesetzlichen Normativitäts- oder Legitimationsmodells in philosophischen Kategorien zu beschreiben (s. dazu oben § 6 Fn. 10). Selbstverständlich zeigt die Grundentscheidung für eine *positive* Rechtsordnung Züge eines voluntaristischen Legitimationsmodells; gleichzeitig fordert jedoch das (gesetzte) Grundgesetz von den (kollektiven) Entscheidungsmechanismen im demokratischen Verfassungsstaat die Beachtung einer Vielzahl von nicht voluntaristischen Gesichtspunkten, etwa die Beachtung der Grenzen der Autonomie der Individuen.

⁶⁸ Ein Überblick über die Diskussionslage bei *Robbers*, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, 1980; *Hoffmann*, *Gesetz und Recht*, 2003; *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, 2008, S. 168 ff.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 20, VI, Rn. 63–70; vgl. auch die umfassende verfassungshistorische Aufarbeitung bei *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 35 ff. S. dazu instruktiv die Kontroverse zwischen *R. Dreier*, *Rechtsstaat*, JZ 1985, S. 353 ff.; *ders.*, *Begriff des Rechts*, NJW 1986, S. 890 ff., und *Hoerster*, *Rechtspositivismus*, NJW 1986, S. 2480 ff.; *Krawietz*, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, *Rechtstheorie* 18 (1987), S. 209 ff. (dazu dann wieder *Dreier*, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, *Rechtstheorie* 18 (1987), S. 368 ff.).

⁶⁹ *Hesse*, *Grundzüge*, ²⁰1995, Rn. 14; *Morlok*, *Verfassungstheorie*, 1988, S. 91 ff. m. w. N. Vgl. insbes. auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (286).

⁷⁰ *Voßkuhle*, *Rechtssprechen*, in: Kube/Mellinghoff et al. (Hrsg.), *FS Kirchhof*, Bd. 1, 2013, S. 931 (936).

sollen derartige Gesichtspunkte jedenfalls nach ganz herrschender Ansicht keine gegenteiligen Entscheidungen des (Verfassungs-)Gesetzgebers durchbrechen können.⁷¹ Dies überzeugt, da innerhalb der Ordnung eines funktionierenden demokratischen Verfassungsstaates die Aufweichung dieses positivistischen Verständnisses von Rechtsgeltung selbst fundamentale Werte gefährdet.⁷²

Selbst wenn man die Geltungsfrage ausklammert, bleibt zu klären, welchen Einfluss überpositive Ideen auf die Konkretisierung des positiven Rechts ausüben.⁷³ Ist es im Rahmen der auf Konkretisierung gerichteten juristischen Argumentation möglich oder sogar notwendig, auf ‚Moralvorstellungen‘ als Entscheidungsgründe zurückzugreifen?⁷⁴ Dass der Gesetzgeber bei

⁷¹ So etwa bei *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 94 f., der sich bemüht, „gegen mögliche Mißverständnisse [...] klarzustellen, daß diese Deutung keine Beschreibung des positiven Rechts [...] darstellt“, so dass der Gerechtigkeitsanspruch des grundgesetzlichen Rechtsbegriffs dann doch zur bloßen „regulativen Idee“ absinkt, die in der Praxis vom Verfassungsrecht verdrängt ist. Ähnlich unentschlossen etwa *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 87; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 20, VI, Rn. 69. Offensiver dagegen die appellative Wendung des Gerechtigkeitsbegriffs bei *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 173: „[Gerechtigkeit] ist der Stachel, welche die praktische Rechtsarbeit darauf aufmerksam macht, dass die Legitimität einer Rechtsordnung niemals ein endgültig erreichbarer Zustand ist.“ Ebenso *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 142 ff. Vgl. aber auch *Neuner*, Rechtsfindung, ²2005, S. 67 (nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung „zur Ergänzung des positiven Rechts nach materialen Gerechtigkeitskriterien berufen“); dazu kritisch eben *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 143, 150.

⁷² Verneinte man die Geltung von verfassungsrechtlich einwandfreien parlamentarischen Gesetzen aufgrund überpositiver Werte, bedrohte dies – ungeachtet aller weiteren Probleme derartiger Ansätze – seinerseits verfassungsrechtlich anerkannte Werte, u. a. die Entscheidung für Demokratie. Vermutlich beschränken sich die diskutierten Fälle einer Durchbrechung positiven Rechts auf der Grundlage überpositiver Moral aus diesem Grund auf Fälle der Bewältigung der Rechtsfolgen eines nicht-demokratischen (Un-)Rechtssystems. S. hierzu insbes. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 24. 10. 1996 (*Mauerschützen*) – E 95, 96 (134 f.), sowie nur einerseits *Alexy*, Tötungen, 1997, S. 26 ff., und andererseits *H. Dreier*, *Mauerschützen*, JZ 1997, S. 421 ff. Regelmäßig werden in dieser Diskussion die institutionellen Konsequenzen nicht ausreichend mitbedacht; dazu aber *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 169: „Weil die Gerechtigkeit gerade nicht als holistisches Konzept handhabbar ist, läuft sie in der Praxis auf eine Ermächtigung der jeweils letzten Instanz der Handlungskette zu einer unvermeidlich subjektiv willkürlichen Definition der Gerechtigkeit hinaus“.

⁷³ Dass sich entsprechende Fragen auch bei der Akzeptanz eines positivistischen Geltungsbegriffs stellen, hebt insbesondere *Green*, „Legal Positivism“, in: SEP, Fall 2009 Edition (unter 3. und 4.) hervor.

⁷⁴ Zu verschiedenen Aspekten einer „notwendigen“ Beziehung zwischen Recht und Moral – empirisch, begrifflich, normativ – s. *Alexy*, Kritik des Rechtspositivismus, in: *Dreier* (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug, 1990, S. 9 ff., der selbst einen „begrifflich notwendigen“ Zusammenhang von Recht und Moral annimmt, da nur so ein „performativer

der Umsetzung der eine Rahmenordnung bildenden Verfassung wie auch der Richter bei der Rechtsanwendung die immer bestehenden Lücken und Entscheidungsspielräume teilweise unter Rückgriff auf solche Gesichtspunkte füllt, die er oder sie für ‚Moralvorstellungen‘ hält, lässt sich aus deskriptiver Sicht kaum bestreiten.⁷⁵

Dass dabei stets eine den Anforderungen praktischer Rationalität genügende Leistung erbracht wird, also eine kohärente Moraltheorie zugrunde gelegt wird, ist allerdings genauso zu bezweifeln wie die Annahme, dass derartige Vorgänge sinnvollerweise als *Konkretisierung des Rechts* zu begreifen sind. Viel spricht im Gegenteil dafür, die Behandlung von Wertungsgesichtspunkten, die über das positive Recht hinausweisen, von der Untersuchung der Eigenheiten positiver Rechtssätze und deren Behandlung streng zu trennen. Unter anderem liegt ja gerade die entscheidende Eigenleistung des Rechts als normativer Ordnung darin, Rückgriffe der rechtlichen Entscheidungsträger auf private Moralvorstellungen zu unterbinden und Verfahren zur Verfügung zu stellen, um jenseits des notwendig (ergebnis-)offenen moralischen Diskurses zu Resultaten zu gelangen.⁷⁶

Hier kommt es letztlich nicht darauf an, ob überpositive Erwägungen tatsächlich sinnvoll in die Analyse einer Rechtsordnung integriert werden können, deren grundsätzliche Entscheidung für ein positives Rechtserzeugungsmodell nicht in Frage steht. Denn Ziel der vorliegenden Darstellung ist nicht, die Rechtsordnung des Grundgesetzes als Manifestation einer „vollpositivier-

Widerspruch“ der Teilnehmer des Rechtsdiskurses vermieden werden könne. Zur Kritik daran etwa *Hoerster*, Zur Verteidigung, in: Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug, 1990, S. 24 ff.

⁷⁵ Zu den damit verbundenen Problemen der Rechtsanwendung näher § 8 B. II. 1. Für die Gesetzgebung gilt, dass das Recht des demokratischen Verfassungsstaats grundsätzlich nicht auf eine bestimmte moralphilosophische Konzeption verpflichtet ist, sondern vielmehr die Herstellung normativ verbindlicher Regeln demokratischer Entscheidung überantwortet. Selbstverständlich haben aber die großen moralphilosophischen Theorien die verfassungsrechtlichen Vorgaben beeinflusst und üben kontinuierlich Einfluss auf den politischen Diskurs und darüber auf Rechtsetzung und Rechtsanwendung aus. So wird der demokratische Gesetzgeber in einem funktionierenden Gemeinwesen regelmäßig Normen erlassen, die wenigstens anstreben, sich in Übereinstimmung mit entsprechenden moralphilosophischen Intuitionen zu befinden. Doch spiegelt sich im Recht des demokratischen Verfassungsstaates eben auch die Uneinigkeit, die in der Gesellschaft im Hinblick auf derartige grundlegende Fragen legitimerweise besteht. Daher liegt das Recht in seiner Vielgestaltigkeit regelmäßig quer zu den jeweils in sich geschlossenen moralphilosophischen Modellen. Dies muss beachtet werden, wo über den Austausch zwischen Recht und Moralphilosophie nachgedacht wird. Zu stark daher *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 377 ff.

⁷⁶ *Raz*, Ethics in the Public Domain, 1996, S. 230 ff.; vgl. dazu anhand von Beispielsfällen *Herzog/Wischmeyer*, „Moral Luck“ in Moral und Recht, ARSP 99 (2013), S. 212 ff.

ten“ Verfassungsordnung nachzuweisen.⁷⁷ Vielmehr sind allein die unterschiedlichen Verwendungen des Zweckbegriffs im Kontext von Vorstellungen über die Entstehung von normativ relevanten Gesichtspunkten im Recht zu analysieren. Insoweit ist schlicht zu diagnostizieren, dass in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eben auch der Zweckbegriff verwendet wird, um einen möglichen ‚Überschuss‘ des Rechts auszudrücken.

2. *Das Recht als „teleologisches Sinngebilde“?*

In diesem Sinne wird dann etwa die Verfassung als „logisch-teleologische[s] Sinngebilde, [das] eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft“ sein will, bezeichnet.⁷⁸ Die historischen Vorbilder für derartige Formulierungen wurden bereits analysiert.⁷⁹ In ähnlicher Form macht das in der Rechtsanwendungstheorie diskutierte Konzept einer ‚objektiv-teleologischen‘ Methode von entsprechenden Ideen Gebrauch.⁸⁰ In der Rechtstheorie wird ganz in diesem Sinne darüber nachgedacht, ob nicht Recht insgesamt als „a purposive thing“ beschrieben werden müsse.⁸¹ Aber auch in der Staatszweckdiskussion, auf die in diesem Zusammenhang ein letztes Mal zurückzukommen ist, zeigt sich diese appellative Funktion der Berufung auf ‚Zwecke‘. Gerade die (wenigen) produktiven Beiträge versuchen eben, positives Verfassungsrecht und ‚überpositive‘ Wertbehauptungen über den Staatszweck miteinander zu verknüpfen. Relativ unspezifisch ist in diesem Sinne noch von Staatszwecken als Anlass für „philosophische Kritik“⁸² oder für eine Reflexion über „Sein und Sinnbestim-

⁷⁷ Hierzu nur eindrucksvoll *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 288 ff.

⁷⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 14. 12. 1965 (*Kirchenbausteuer*) – E 19, 206 (220); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (287, 290).

⁷⁹ Hierzu etwa unter § 2 A. I, B. II. 3., C. III, § 4 B. II, § 5 B. III. und C.

⁸⁰ Hierzu unten § 8 B. I. und II. 1.

⁸¹ *Fuller*, *Morality*, 1969, S. 146. Ähnliche Argumentationen werden auch von solchen Vertretern der gegenwärtigen Rechtsphilosophie entwickelt, die davon ausgehen, dass das Recht bestimmte Zwecke notwendig verfolgen müsse, dazu ausführlich *Green*, *Law as a Means*, in: Cane (Hrsg.), *Hart-Fuller Debate*, 2010, S. 169 (173 ff.). Insofern normative Theorien bestimmte Werte propagieren, werden diese Werte häufig auch als Zweck oder Telos der Theorie bezeichnet. Insofern ist daher auch in der Politikwissenschaft und der politischen Philosophie von „demokratischer Teleologie“ die Rede. Entsprechend bemüht sich etwa *Petersen* um die Rekonstruktion eines (schwachen) Demokratieprinzips auf der Ebene des Völkerrechts (*Petersen*, *Demokratie als teleologisches Prinzip*, 2009). Petersen geht dabei nicht davon aus, die Entwicklung hin zur Demokratie folge einem irgendwie geschichtsphilosophisch notwendigen Plan. Petersens Verständnis von „teleologisch“ fügt dem Begriff des „Prinzips“ daher analytisch nichts hinzu (vgl. auch ebd., S. 68 ff., 139 ff.); im konkreten Fall soll er nur markieren, dass im Völkerrecht statt von einem „Demokratieprinzip“ eher von einem „Demokratisierungsgebot“ die Rede sein sollte (ebd., S. 54 f.).

⁸² So etwa *Bull*, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (802).

mung des Staates”⁸³ die Rede. Wesentlich präziser geht *Josef Isensee* dies in seinem Versuch an, dem Staatszweck Sicherheit neue Bedeutung zuzuschreiben.⁸⁴ Isensees Grundrechtsverständnis basiert auf einer rekonstruierend verfahrenen Analyse, einer „Verfassungstheorie der Anknüpfung“, die versucht, die ungeschriebenen, aber notwendig mitgedachten ideengeschichtlichen Gehalte positiver Normen aufzudecken und ihnen zu rechtlicher Geltung zu verhelfen.⁸⁵ Isensee geht es mit seinem Rückgriff auf Autoren und Texte aus der Geschichte von Staatsphilosophie und Verfassungsrecht keineswegs darum, – im Sinn der oben diskutierten alten Funktion der Staatszwecke – Sicherheit gewährleistenden Maßnahmen per se rechtfertigende Wirkung zuzuschreiben.⁸⁶ Vielmehr bedient er sich des Staatszweckdiskurses im Rahmen einer Rekonstruktion des inhaltlichen Gehalts voll positiver Grundrechtsnormen. So nutzt er die textuelle Offenheit der Verfassung gleichsam dazu, in den Grundrechtskatalog eine ungeschriebene Staatszielbestimmung Sicherheit hineinzulesen.⁸⁷ Damit behandelt er Staatszwecke jedoch nicht als vom Grundgesetz unabhängige Rechtfertigungsgründe, die sich kraft ihrer normativen Valenz gegen entgegenstehendes Verfassungsrecht durchsetzen können.⁸⁸ Die historischen Diskussionen stellen also Motive und Traditionen bereit, die auf der Basis des grundgesetzlichen Legitimationsmodells argumentativ auszuspielen sind, um (vermeintliche) Lücken des positiven Verfassungstextes auszufüllen.⁸⁹

⁸³ *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: Schnur (Hrsg.), FS Forsthoff, 1972, S. 325 (341 f.). Ähnlich auch *Link*, Staatszwecke, in: VVDStRL 48 (1990), S. 5 (10) (die Staatszwecklehre liefere ein Bild vom „richtigen“ Staat); *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 210 (die Staatszwecklehre halte „den Blick für philosophische Fragen jenseits der Verfassung offen“); *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 83 ff.

⁸⁴ Hierzu grundlegend *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983. Vgl. auch *ders.*, Staat und Verfassung, HStR I, ³2003, § 15 Rn. 85, 91, 118, zu Frieden und Sicherheit als Staatszwecken. Die hiergegen geäußerten Bedenken an der historischen Tragfähigkeit der Argumentation (dazu etwa *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 32 mit Anm. 110 a. E.) und am dogmatischen Differenzierungspotential der Theorie (dazu Hinweise bei *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 90), das mögliche politische Missbrauchspotential derartiger Konstruktionen (s. nur *Sommermann*, Staatsziele, 1997, S. 204) sowie mögliche normative Einwände (*Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 207 ff.) müssen hier ausgeblendet bleiben.

⁸⁵ S. etwa *Isensee*, Staat und Verfassung, HStR I, ³2003, § 15 Rn. 23, 43, 45.

⁸⁶ Vgl. zu den entsprechenden historischen Interpretationen *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.

⁸⁷ Die Intention Isensees, das Schweigen des Verfassungstexts und die „Vergesslichkeit“ des Verfassungsgebers zu korrigieren, wird deutlich etwa in *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 18, 27, 33.

⁸⁸ Ganz ähnlich auch die Rekonstruktion des Gemeinwohlbegriffs in Form einer verfassungsimmanenten Teleologie *Isensee*, Gemeinwohl, HStR IV, ³2006, § 71 Rn. 74 ff.

⁸⁹ In diesem Sinne etwa die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 29.

Man kann mit dieser Interpretation der Grundrechte übereinstimmen oder nicht; man kann die „ideologische“ Funktion derartiger Argumentationen denunzieren⁹⁰ oder ein solches ‚wertbezogenes‘ Vorgehen für fruchtbar oder sogar unvermeidbar erachten⁹¹. Im vorliegenden Kontext ist allein entscheidend, dass in dieser Argumentation ein anderes Konzept der Normativität bestimmter, als Zwecke gefasster Gesichtspunkte zum Ausdruck kommt. Dass diese Art der Verwendung mit ihrem Anklang an Ideen objektiver Teleologie äußerst missverständlich ist, liegt auf der Hand. Dennoch sind, sofern hierbei eben auf (Staats-)Zwecke Bezug genommen wird, diese weder im

⁹⁰ Schon *Luhmann* hat die „ideologische Funktion“ des Verweises auf Staatszwecke diagnostiziert (*Luhmann, Zweckbegriff*, 1973, S. 217). Danach dient die Berufung auf die extrem allgemeinen und damit extrem konsensfähigen Staatszwecke vor allem dazu, breite Unterstützung für politisches Handeln zu aktivieren. Für die interne Rationalisierung, Arbeitsteilung und als Kontrollstruktur versagen Staatszwecke dagegen. Darüber hinaus kann der Verweis auf Überverfassungsrechtliches verfassungsrechtliche Konsense unterminieren und verändern. Andernorts ist bereits ausführlich untersucht worden, wo der Verweis auf Staatszwecke der Verschleierung fehlender dogmatischer Präzision dient, fragwürdige empirische Prämissen im normativem Gewand einführt, Wertungen unterschiebt, vor allem aber institutionellen Fragen nach Kompetenzen, Gesetzesvorbehalt und der Rolle der Rechtswissenschaft im Prozess der Rechtserzeugung ausweicht (dazu insbes. auch *Möllers, Staat als Argument*, 2000, S. 192 ff., 317 ff., 389 ff.; ähnlich zur in vielem verwandten Staatsaufgabenlehre: *Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, 1990, S. 11 ff.; *Günther, Wandel der Staatsaufgaben*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, 1990, S. 51 ff.; *Grimm, Wandel der Staatsaufgaben*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff.; *Lepsius, Besitz und Sachherrschaft*, 2002, S. 408.).

⁹¹ Ganz ähnlich wie *Isensee* verfahren etwa *Murswiek* und *Brugger*. *Murswiek* betont in seinem Versuch einer Untersuchung der „ökologischen Legitimitätsgrundlagen“ moderner Staatlichkeit zwar noch offensiver als *Isensee* den normativen Charakter überpositiver Staatszwecke. Allerdings findet er in geschriebenen und ungeschriebenen Passagen des Grundgesetzes – auch jenseits der Absicherung durch Art. 20a GG – hinreichende Anhaltspunkte für die Existenz eines verfassungsrechtlichen Staatsziels Umweltschutz. Daher kommt es auch bei ihm nicht zum Schwur, zwischen der von ihm behaupteten Legitimitätsidee und dem grundgesetzlichen Legitimationsmodell wählen zu müssen (*Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck*, 1995). In gleicher Weise benutzt *Brugger* Motive der klassischen Staatszwecklehren dazu, die verfassungsimmanenten Wertvorstellungen auszuarbeiten. So verortet *Brugger* die „klassischen“ Staatszwecke wie Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit im Grundgesetz und schreibt ihnen rechtliche Verbindlichkeit – als Optimierungsgebote – zu (*Brugger, Staatszwecke*, NJW 1989, S. 2425 (2427)). *Bruggers* inklusiver Positivismus, in dem sich „Rechts- und Wertebene“ wechselseitig „durchdringen“ (ebd., S. 2431), zielt auf eine Vermittlung von positivem Recht und Rechtfertigung. „Staatszweck“ ist dabei nur eine Chiffre für werthaltige Positionen, deren Konkretisierung – im Ergebnis wohl zutreffend, aber bei *Brugger* nicht weiter ausgeführt – dem „demokratisch organisierten politischen Prozess“ überantwortet werden soll (ebd., S. 2425). *Bruggers* „Staatszwecklehre“ dient so als Ausgangspunkt für eine immanente Werttheorie des Verfassungsrechts.

oben genannten Sinn ‚objektiv‘, also aus sich selbst heraus normativ wirksam, noch wird ihre normative Relevanz allein daraus abgeleitet, dass sie sich als Resultat einer ‚positiven‘ Entscheidung darstellen. Vielmehr verweist diese Redeweise schlicht auf das weite Feld des praktisch-philosophischen Diskurses, der in einer zunächst nicht näher bestimmten Form neben das Recht tritt.

3. „Zweck“ als Chiffre für den normativen Überschuss des Rechts

Dieser Verweis geht zwar nicht grundsätzlich fehl, ist allerdings für sich genommen sehr unspezifisch. Tatsächlich bedienen sich beinahe alle klassisch praktisch-philosophischen Theorien in der einen oder anderen Weise des Zweckbegriffs, ohne damit jedoch ansatzweise gemeinsame Vorstellungen von der Entstehung selbst basaler Erscheinungsformen von Normativität zu verbinden.⁹²

Wie vielfältig der Zweckbegriff einsetzbar ist, zeigt sich schon daran, dass der Begriff sowohl in konsequentialistischen als auch in deontologischen Ansätzen Verwendung findet.⁹³ So kann Zwecken etwa im Kontext von konsequentialistischen Theorien normative Relevanz zugeschrieben werden, wenn darunter die Folgen von Handlungen verstanden werden, die ihrerseits für die Frage der moralischen Bewertung (allein) relevant sind.⁹⁴ In einem ganz anderen Sinn – nämlich einem intentionalen – sind dagegen Zwecke für bestimmte deontologische Theorien relevant, wenn sich etwa in ihnen ein die Handlung tragender „guter Wille“ dokumentiert.⁹⁵

⁹² Vgl. zum Spektrum derartiger Ansätze die knappe Skizze bei *Halbig/Henning*, *Neue Kritik*, in: dies. (Hrsg.), *Neue Kritik*, 2012, S. 7 f.

⁹³ Diese Trennung wird hier der Einfachheit halber vorgenommen, auch wenn damit die Gefahr verbunden ist, die Positionen bis an die Grenze ihrer Kenntlichkeit zu verzerren. Die konkrete Abgrenzung deontologischer und konsequentialistischer Positionen wird in der politischen Philosophie intensiv diskutiert, dazu nur beispielhaft *Kymlicka*, *Rawls on Teleology and Deontology*, *Philosophy and Public Affairs* 17, no. 3 (1988), S. 173 ff.; *Ronzoni*, *Teleology, Deontology, and the Priority of the Right*, *Ethical Theory and Moral Practice* 13 (2010), S. 453 ff.

⁹⁴ Wenigstens insofern besteht unter konsequentialistischen Ansätzen Einigkeit, wenn auch sonst äußerst umstritten ist, welche Folgen aus inhaltlicher Sicht moralisch relevant sind, was als Folge gilt – ob hierfür etwa eine intentionale Beziehung zur Handlung erforderlich ist –, wem gegenüber eine Folgenbetrachtung erfolgt, ob und wie sich die Idee von allgemeinen Regeln und Rechten in das Grundkonzept integrieren lassen. Vgl. dazu den konzisen Überblick bei *Sinnott-Armstrong*, „Consequentialism“, in: SEP, Winter 2012 Edition; zur Entwicklung vom Utilitarismus zum Konsequentialismus vgl. nur *Driver*, „History of Utilitarianism“, in: SEP, Summer 2009 Edition.

⁹⁵ *Kant*, *Grundlegung*, AA IV, S. 385, S. 393; vgl. zu weiteren ähnlich gelagerten Ansätzen nur den Überblick bei *Alexander/Moore*, „Deontological Ethics“, in: SEP, Winter 2012 Edition (unter 2.1.).

Es würde nicht helfen, diese moralphilosophischen Zweckbegriffe hier weiter aufzuarbeiten.⁹⁶ Denn diese oberflächlichen begrifflichen Gemeinsamkeiten begründen keineswegs eine gemeinsame ‚moralphilosophische‘ Theorie der Normativität der Zwecke. Zwar knüpfen die moralphilosophischen Theorien wie das Recht ihre Urteile an Handlungen an. Dies ermöglicht stets einen Rückgriff auf die Zweck-Mittel-Terminologie.⁹⁷ Das abstrakte Zweck-Mittel-Schema verknüpft dabei die für den jeweiligen praktischen Diskurs relevanten Argumente – Folgen, guter Wille, Werte, positive Setzung etc. – mit dem Gegenstand der moralischen Bewertung, der Handlung. In diesem Konstruktionsprinzip erschöpfen sich jedoch weitgehend die Gemeinsamkeiten. Im Hinblick auf das jeweilige Verständnis des Zweckbegriffs ebenso wie im Hinblick auf die Begründung normativer Relevanz konkreter Zwecke bestehen jedoch sowohl innerhalb des moralphilosophischen Diskurses wie auch im Verhältnis zum Recht kategoriale Unterschiede.

Eine allgemeine moralphilosophische Theorie lässt sich ebenfalls nicht für die oft gesondert diskutierte Fragestellung finden, ob schon allein die Tatsache, dass etwas bezweckt wird, einen Grund dafür gibt, diesen Zweck zu realisieren. In der praktischen Philosophie wird zwar verbreitet davon ausgegangen, dass es rational ist, ein einmal gegebenes Ziel erreichen zu wollen und dazu die Mittel zu ergreifen. So ist etwa der sogenannte praktische Schluss vom Zweck auf das Mittel für Kant als allgemeine *Maxime* rationalen Handelns schlicht gegeben.⁹⁸ Doch begründet dies allein kein normatives Gebot, dass wir die uns bekannten Mittel zu unseren Zwecken nutzen sollten.

Die damit zusammenhängenden Fragen sind in jüngster Zeit in einem Teilbereich der analytischen Moralphilosophie intensiv diskutiert worden. Diese firmiert in Deutschland unter dem Titel der „Neuen Kritik der instrumentellen Vernunft“.⁹⁹ Im Zentrum dieser Kritik steht die Frage, ob das gerade genannte Konzept des praktischen Schlusses in sich kohärent ist.¹⁰⁰ Tatsächlich scheint die Art und Weise, wie das Prinzip des praktischen Schlusses üblicherweise formuliert wird, dazu zu führen, dass schon die Tatsache, dass sich ein Handelnder irgendein Ziel setzt, ihm einen normativen Grund für die

⁹⁶ Klar sollte geworden sein, dass es grundsätzlich verfehlt ist, Zweck-Mittel-Relationen mit einer bestimmten moralphilosophischen Sichtweise, etwa „dem Utilitarismus“, zu assoziieren, und zu unterstellen, dass das Recht sich mit der Bezugnahme auf eben diese Terminologie auch die entsprechende moralphilosophische Konzeption zu eigen mache bzw. davon usurpiert werde. Zu entsprechenden Assoziationen näher unter § 7 A.

⁹⁷ Hierzu näher sogleich § 6 B. I.

⁹⁸ So heißt es etwa bei *Kant*, *Grundlegung*, AA IV, S. 385, S. 417: „Wer den Zweck will, will (so fern die Vernunft auf seine Handlungen entscheidenden Einfluß hat) auch das dazu unentbehrlich nothwendige Mittel, das in seiner Gewalt ist. Dieser Satz ist, was das Wollen betrifft, analytisch“.

⁹⁹ Halbig/Henning (Hrsg.), *Neue Kritik*, 2012.

¹⁰⁰ Halbig/Henning, *Neue Kritik*, in: dies. (Hrsg.), *Neue Kritik*, 2012, S. 7 (8).

Verfolgung dieses Ziels gibt.¹⁰¹ Die insoweit getroffenen Annahmen fassen *Christoph Halbig* und *Tim Henning* wie folgt zusammen:

- „(1) Ein Handelnder sollte rationalerweise die (bekanntesten, geeigneten) Mittel zu seinen Zielen ergreifen.
- (2) Ein Handelnder hat nur dann hinreichenden Grund, ein Mittel zu einem Ziel zu ergreifen, wenn er hinreichenden Grund hat, das Ziel zu verwirklichen.
- (3) Es ist nur dann der Fall, dass ein Handelnder rationalerweise eine Handlung vollziehen sollte, wenn er hinreichenden Grund hat, sie zu vollziehen.“¹⁰²

Nun kann man die normative Verbindlichkeit einer Handlung nicht begründen, ohne einen Grund angeben zu können. Zwecke können Gründe für Handlungen darstellen: Ich handle, weil ich etwas bezwecke. Grundsätzlich sind Zwecke dabei *normativ* relevant, wenn sie *gute* Gründe für Verhalten geben können. Allerdings führt die Kombination aus (1) und (3) offenbar dazu, dass allein die Setzung eines Ziels mir einen guten Grund zu geben scheint, diese Handlung zu vollziehen („sollte“). Dies ist insofern nachvollziehbar, als eine einmal getroffene Entscheidung eine gewisse Eigendynamik entwickelt. Aus meinem zweckrationalen Handeln, dem Festhalten an einem einmal gesetzten Zweck, sprechen Konsistenz und Rationalität. Doch sind diese Gesichtspunkte allein schon *gute* Gründe dafür, das einmal gewählte Ziel auch tatsächlich anzustreben? Dass dies nicht sein kann, ist ebenso intuitiv einleuchtend wie schwer zu begründen, da keine der drei oben genannten Prämissen offensichtlich falsch ist.

Hier setzt die Kritik am herkömmlichen Modell des praktischen Schlusses an. Die technischen Details dieser Debatte sind nicht weiter von Interesse. Es genügt, die grundsätzliche Stoßrichtung zu erfassen. Die zwei Pole der Debatte bilden die Positionen von *Michael Bratman* und *Joseph Raz*. Bratman schlägt – sehr vereinfacht – vor, zwischen dem praktischen Grund, den die Setzung eines Zweckes *ipso facto* induziert, und praktischen Gründen, die sich aus dem Inhalt der gesetzten Zwecke ergeben, zu differenzieren, wobei letztere den ersteren im Zweifel vorgehen; der ‚Sachgrund‘ setze sich also gegenüber dem bloßen ‚Konsistenzgrund‘ durch.¹⁰³ Raz dagegen verneint schon, dass instrumentelle Erwägungen allein überhaupt normativ wirken;

¹⁰¹ S. dazu erstmals *Bratman*, *Intentions*, *Philosophical Review* 90, no. 2 (1981), S. 252 ff. Zum inhärenten Wertbezug jeder Zwecksetzung s. auch *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 44: „Die Zwecksetzung besagt, daß der Wert der bezweckten Wirkungen *ungeachtet der Werte oder Unwerte der Nebenwirkungen bzw. der aufgegebenen Wirkungen* anderer Handlungen das Handeln zu begründen vermag.“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰² *Halbig/Henning*, *Neue Kritik*, in: dies. (Hrsg.), *Neue Kritik*, 2012, S. 7 (9).

¹⁰³ *Bratman*, *Intentions*, *Philosophical Review* 90, no. 2 (1981), S. 252 ff.

ihm zufolge können instrumentelle Erwägungen stets nur in Verbindung mit dem jeweiligen ‚Sachgrund‘ zu einem Sollens-Satz führen.¹⁰⁴

Gemeinsam sind sich jedoch alle Beteiligten dieser Debatte darin einig, dass das Setzen eines Zweckes *allein* noch keinen normativ endgültig relevanten Grund zur Verwirklichung dieses Zweckes gibt. Zwar wird anerkannt, dass ein Handeln, das den einmal gesetzten Zwecken folgt, rationaler und damit ‚begründeter‘ ist, als ein Handeln, das den eigenen Zwecken zuwider läuft. Doch kann sich die Begründung einer Handlung nicht allein im Setzen des die Handlung motivierenden Zwecks erschöpfen. Woher dann diese weitergehenden ‚Sachgründe‘ kommen, lässt sich nun aber wieder nur unter Rückgriff auf die oben angerissenen moralphilosophischen Theorien klären, die ihrerseits eben ganz unterschiedliche Aussagen zu den Bedingungen normativer Verbindlichkeit von Zwecken treffen.¹⁰⁵ Damit ist nun wiederum alles offen.

4. Zwischenfazit: Zweck als Formel für diffuses Wertedenken

Was also ist gemeint, wenn vom Recht als „teleologischem Sinngebilde“ gesprochen wird? Unterstellt man, der normative Überschuss des Rechts ließe sich in den Umgang mit dem positiven Recht integrieren, ist doch die Rede von Zwecken in entsprechenden Kontexten regelmäßig nur eine Chiffre eben für die Behauptung eines überschießenden Gesichtspunkts sowie für einzelne für wertvoll erachtete normative Gesichtspunkte und, ganz in der Ferne, für bestimmte moralphilosophische Rechtfertigungsnarrative. Dieser Verweis wird meist nicht einmal ansatzweise präzisiert, so dass eine weitergehende Rationalisierung gar nicht möglich ist. Die Formel vom ‚Telos‘ ist daher entweder nur Ausdruck eines (wiederum in seinen Konsequenzen diffus bleibenden) Wertedenkens.¹⁰⁶ Für jede weitere inhaltliche Auseinandersetzung kann auf die Kritik derartiger Wertideen verwiesen werden.¹⁰⁷ Speziell für die Rechtsanwendung ist später noch einmal auf die hier erörterten Fragen zurückzukommen.¹⁰⁸ Oder aber mit der Idee vom Recht als „a purposive thing“

¹⁰⁴ Raz, Myth, *Journal of Ethics and Social Philosophy* 1, no. 1 (2005), S. 1 ff. Im Ergebnis ähnlich Green, Law as a Means, in: Cane (Hrsg.), Hart-Fuller Debate, 2010, S. 169 (174 f.): „We reason: (1) *L* most effectively produces *E*, and we enthymematically conclude, (3) *Someone ought to adopt L*. The suppressed crucial premise is (2): *E* is worth producing. [...] Nothing has instrumental value that lacks value“.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu etwa den Versuch einer transzendentalen Ableitung bei Korsgaard, Normativity, in: *Constitution of Agency*, 2008, S. 26 ff.

¹⁰⁶ Vgl. insofern plastisch Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck, 1995, S. 6: „Die Legitimität von Zwecken beruht auf der Legitimität von Werten, die diesen Zwecken zugrunde liegen“.

¹⁰⁷ Klassisch dazu nur Podlech, Wertungen, AöR 95 (1970), S. 185 ff.; Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1992, S. 67 ff.

¹⁰⁸ Hierzu unter § 8 B. I.

wird auf die triviale Tatsache Bezug genommen, dass die Normativität des Rechts im Verfassungsstaat durch einen demokratisch legitimierten Setzungsakt gestiftet wird. Darauf ist sogleich näher einzugehen. Im Übrigen genügt es, diese Verwendung des Zweckbegriffs im Recht zur Kenntnis zu nehmen, gerade um im Hinblick auf andere Verwendungsarten Missverständnisse zu vermeiden.

IV. Zweckbegriff und Normativitätsmodelle: Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes

Die eingangs gestellte Frage, wie und unter welchen Bedingungen Zwecke im Verfassungsstaat normative Relevanz entfalten können, war Anlass dafür, dem Zusammenhang verschiedener Begründungsmodelle von Normativität und dem Begriff des Zwecks nachzugehen. Dabei hat sich gezeigt, dass ‚der Zweck‘ nicht für ein konkretes Modell steht. Vielmehr taucht der Zweckbegriff in verschiedenen Modellen und in ganz unterschiedlichen Funktionen auf: Akzeptiert man die Prämissen einer objektiven Teleologie, kommen bestimmten Zwecken gewissermaßen aus sich selbst heraus rechtfertigende Kräfte zu – ein mit den Grundannahmen von Verfassungsstaatlichkeit inkompatibles Modell. Im Recht des Verfassungsstaates sind Zwecke dagegen grundsätzlich allein dann normativ relevant, wenn sie auf positive Rechtsetzungsakte zurückgeführt werden können. Ihre normative Relevanz ist in diesem Sinne nicht originär, sondern akzessorisch. Sie hängt davon ab, dass positive Rechtsetzung als Mittel zur Erzeugung von Normativität verstanden wird und derartige Rechtsakte dann wiederum als Mittel zu bestimmten Zwecken beschrieben werden. Darüber hinaus können ‚Zwecke‘ aber auch für weitere Gesichtspunkte stehen, die nach Ansicht mancher in rechtlichen Diskursen eine Rolle spielen sollen, obwohl sie sich nicht auf positive Rechtsetzungsakte zurückführen lassen können. In dieser Konstellation verweisen Zwecke in einer sehr diffusen Weise auf allgemeine moralphilosophische Rechtfertigungsnarrative; insoweit ist teilweise von Zwecken, von Werten oder allgemein von Moral die Rede.

Die Gemeinsamkeiten dieser Verwendungsmodalitäten sind im Wesentlichen rein semantisch. Insbesondere die Idee einer objektiven Teleologie ist in den Kategorien des modernen Rechtsverständnisses gar nicht mehr zu rekonstruieren. Das Verhältnis zwischen der Verwendung des Zweckbegriffs zur Bezeichnung von Resultaten (rechtserzeugender) Handlungen und als Ausdruck eines normativen Überschusses des Rechts ist schon deswegen äußerst brüchig, da ‚Zweck‘ in der zweiten Variante kaum mehr als eine Chiffre darstellt.

Was folgt aus der Parallelisierung dieser Diskurse: Sofern Zwecke in irgendeiner Form mit normativ relevanten Gesichtspunkten assoziiert werden, also im Recht als Gründe eingeführt werden sollen, ist streng auf die dabei in

Anschlag gebrachte Normativitätskonstruktion zu achten. Anders ausgedrückt: Im Recht des demokratischen Verfassungsstaats scheiden ‚objektiv‘ begründete Zwecke als Gesichtspunkte im Diskurs aus. Hingegen müssen Zwecke grundsätzlich auf einen Normsetzungsakt zurückgeführt werden können, um im rechtlichen Diskurs als Argumente Gewicht erlangen zu können. Diese Form der Argumentation ist davon zu unterscheiden, dass von Zwecken in Form einer allgemeinen Werte-Rhetorik die Rede ist, um damit auf ein neben das positive Recht tretendes Reich der Moral zu verweisen.

Diese Unterscheidungen mögen, einmal ausgesprochen, selbstverständlich erscheinen, sind jedoch wegen der unspezifischen Semantik stets prekär. Die daraus resultierenden Missverständnisse sind in den folgenden Kapiteln aufzuarbeiten. Hier gilt es erst einmal zu analysieren, was daraus folgt, dass *positive* Rechtssätze als Handlungen und damit als Zweck-Mittel-Relationen beschrieben werden. Dies geschieht etwa immer dann, wenn in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft mit den Zwecken einer konkret gesetzten Norm argumentiert wird. Die Entscheidung, den Fokus auf diese Fragestellung zu lenken, klammert die Suche nach einer echten ‚Objektivität‘ von Zwecken als nicht weiterführend aus. Sie vermeidet zudem die diffuse Gleichsetzung von Zwecken und überpositiven Gesichtspunkten – sofern überhaupt etwas zum normativen Überschuss des Rechts aus der Perspektive des (positiven) Rechts gesagt werden kann, lässt sich dies jedenfalls nicht aus dem Zweckbegriff ableiten. Dementsprechend konzentriert sich die Darstellung auf die Beschreibung der Eigenschaften des positiven Rechts, auf die der Zweckbegriff – verstanden nun zunächst als Perspektive auf eine Handlung von der Sicht des Ergebnisses her – in einer produktiven Form aufmerksam machen kann.

B. Die Verwendungsdimensionen des Zweckbegriffs im Recht

Sobald positives Recht als soziale Handlung verstanden wird, lässt es sich als Mittel zu Zwecken beschreiben. Rechtsakte setzen das gewählte Mittel, d. h. die konkrete Entscheidung, und die Zwecke zueinander in Beziehung. Wie lässt sich dieser Handlungscharakter des Rechts präziser fassen? Da Recht als Handlung im positiven Recht vor allem dadurch zur Geltung gebracht wird, dass auf die Resultate rechtserheblicher Handlungen, deren Zwecke, verwiesen wird, sind hierfür eben die unterschiedlichen Verwendungsmodalitäten des Zweckbegriffs im Recht zu untersuchen.

Die Begriffe Handlung, Zweck und Mittel stellen eine notwendige Struktur für die Annäherung an das positive Recht dar, bilden jedoch zunächst noch ein ganz allgemeines, nicht rechtsspezifisches Beschreibungsschema (I.). Analysiert man genauer, auf welche Art und Weise von den Zwecken eines Rechtsakts im rechtlichen Diskurs die Rede sein kann, lassen sich die oben

schon erwähnten normativen, kausalen und intentionalen Verwendungsmodalitäten unterscheiden. Alle diese *Zweckbegriffe* bilden Dimensionen des Handlungsschemas ab, betonen jedoch je unterschiedliche Facetten des positiven Rechts (II.). Trotz des gemeinsamen begrifflichen Rahmens, der im Hinblick auf jede Dimension die Rede vom ‚Zweck‘ einer Norm ermöglicht, ist es entscheidend, diese eigenständig zu würdigen. Eine Untersuchung der Verwendungen des Zweckbegriffs im Recht, die als Suche nach ‚dem‘ Zweck oder ‚der‘ teleologischen Methode angelegt ist, muss daher scheitern. Liest man die verschiedenen Dimensionen jedoch in ihrer Differenz zusammen, zeigt sich das Recht zugleich als normativ gerichtete argumentative Praxis, als an sozialer Gestaltung interessierter Plan und als kollektiv intentionales Projekt (III.).

I. Rechtsetzung als Handlung und die Zweck-Mittel-Relation als Konstruktionsmodell

Die hier getroffene Bestimmung des positiven Rechts verweist auf einen der sozialwissenschaftlichen Grundbegriffe überhaupt: die soziale Handlung. Handlung gilt weithin als nicht mehr auflösbarer Grundbegriff allen Nachdenkens über soziale Phänomene und als basaler Begriff zur Beschreibung sozialer Systeme.¹⁰⁹ Diese elementare Funktion von Handlungen wird im Recht üblicherweise in der Form reflektiert, dass Handlungen und Handlungserwartungen Ausgangspunkte jeder rechtlichen Prüfung darstellen.¹¹⁰

¹⁰⁹ Der Begriff der (sozialen) Handlung hat in Philosophie, Soziologie und Rechtswissenschaft eine Ausdifferenzierung erfahren, die hier nicht einmal überblicksartig eingeholt werden kann. Vgl. nur allgemein *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 126 ff., 177 ff., 198 ff. (sowie die bislang nur kapitelweise erfolgte Neufassung bei *Röhl*, Rechtssoziologie-online.de, Stand: 2015, § 30; anders als in der dort getroffenen Unterscheidung von Verhalten und Handlung wird hier Handlung als das basale Element sozialer Systeme verstanden); *Luhmann*, Soziale Systeme, 1987, S. 226 ff. (insbes. auch S. 233 mit Fn. 66); sowie mit einem Fokus auf das Recht *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 54 ff.; zur Bedeutung von Handlung bei *Habermas* ausführlich unten unter § 7 A.; für die analytische Handlungstheorie s. nur etwa *Dennett*, True Believers, in: Haugeland (Hrsg.), Mind Design II, 1997, S. 57 (66 f.). Detailliert zum Begriff der Handlung aus moralphilosophischer Sicht auch *von der Pfordten*, Normative Ethik, 2010, S. 90 ff.

¹¹⁰ Die besondere Bedeutung von Handlungen für das Recht wird deutlich, wenn man sich die Alternative vor Augen führt: Würde das Recht auf den Handlungsbegriff verzichten und Rechtspersonen vollständig in Kommunikationsnetzwerke auflösen, ließen sich keine Zurechnungs- und Verantwortungsstrukturen mehr identifizieren – eine nicht unmögliche, aber doch mit den allergrößten Teilen des positiven Rechts nicht vereinbare Konstruktion (vgl. aber etwa auch *Kaufhold*, Systemaufsicht, Die Verwaltung 46 (2013), S. 21 ff.). Auch die juristische Netzwerktheorie verzichtet daher – jedenfalls solange sie Aussagen über das Recht trifft – nicht auf den Handlungsbegriff (wohl aber ggf. auf den Personenbegriff); vielmehr knüpfen auch Netzwerke an Handlungsrelationen an und stellen nur eine bestimmte Form der Handlungskoordination, bzw. ggf. selbst sogar kollektive

Das komplexe System des Rechts bildet sich eben um die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer (staatlichen oder privaten) Handlung, die Rechtssubjekte verbindet.¹¹¹ Die Entscheidung, was eine Handlung ist und wer handeln kann, steuert die Zurechnungs- und Verantwortungsstrukturen.¹¹² Dementsprechend lagern sich komplexe Diskurse um diese Fragen.¹¹³ Selbst „natürliche“ Personen sind als handlungsfähige Rechtssubjekte Geschöpfe des Rechts. Insofern verbietet etwa eine Rechtsregel, die Garantie der Menschenwürde, den Ausschluss bestimmter menschlicher Individuen von der prinzipiellen Rechtsgleichheit.¹¹⁴ Insgesamt operiert die Rechtsordnung mit einem sektoriell differenzierten und abgestuften Konzept von rechtlicher Handlungsfähigkeit: Im Zivilrecht begründet die Kategorie der Rechtsfähigkeit, wer „Träger von Rechten und Pflichten“ ist¹¹⁵; im Strafrecht ist der Begriff der Handlung unmittelbar Anknüpfungsgegenstand¹¹⁶; im Bereich der Grundrechte ist dagegen die Grundrechtsfähigkeit zentrales Kriterium¹¹⁷. In allen Feldern strukturiert und sichert das Recht jedoch mittels der Grammatik von Akteur, Handlung und Zwecken die Basis seiner Operationen.

Handlungen sind zudem nicht nur Anknüpfungspunkt für rechtliche Regeln. Rechtsakte selbst tragen den ihnen zugeschriebenen Handlungscharak-

Akteure dar: s. nur *Teubner*, Hydra, in: Krohn/Küppers (Hrsg.), *Emergenz*, 1992, S. 189 ff.; *ders.*, *Beelzebub*, German L. J. (2009), S. 395 (398, 401, 406, 409 ff.); zu diesem Theoriemodell vgl. auch den – kritischen – Überblick bei *Röhl*, *Rechtssoziologie-online.de*, Stand: 2015, § 56; sowie – noch kritischer – *ders.*, *Die Rechtstheorie ist schlecht vernetzt*, vom 28. April 2012, abrufbar unter: <http://www.rsozblog.de/die-rechtstheorie-ist-schlecht-vernetzt>.

¹¹¹ Auch die potentielle oder erwartete Handlung wird vom Recht erfasst. Diese wird dann regelmäßig als „Rechtsverhältnis“ gefasst; auch hier bleibt es jedoch bei der für die Handlung konstitutiven Beziehung zwischen zwei Rechtssubjekten. Zum müßigen Streit, ob auch zwischen einer Person und einer Sache ein Rechtsverhältnis bestehen könne vgl. schon *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, ³1931, S. 191; sowie *Pietzcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, *VwGO*, Stand: 2014, § 43 Rn. 5.

¹¹² Dies betont etwa *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *StGB*, ³2010, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 39.

¹¹³ Besonders deutlich wird dies in den Diskussionen um die rechtliche Handlungsfähigkeit kollektiver Einheiten im Recht. S. dazu unten § 6 Fn. 172.

¹¹⁴ Vgl. nur *BVerfG*, Urteil des Ersten Senats vom 17. 8. 1956 (*KPD-Verbot*) – E 5, 85 (205). Insofern hat das positive Recht immer schon explizit gemacht, was poststrukturalistische Kritik entlarven will – sein Subjekt ist konstruiert.

¹¹⁵ Dazu nur *Schmitt*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, ⁶2012, § 1 Rn. 6 f.

¹¹⁶ Als instruktiven Überblick über die umfangreichen Diskussionen zum strafrechtlichen Handlungsbegriff vgl. die Darstellungen bei *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *StGB*, ³2010, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 31 ff.; *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, ²⁸2010, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 23 ff.

¹¹⁷ Zu den immer noch ungeklärten Problemen im Bereich juristischer Personen *Remmert*, in: *Maunz/Dürig*, *GG*, Stand: 2014, Art. 19 Abs. 3 Rn. 1 ff.

ter nicht nur im Namen, sondern sind im Konzept des gesetzten Rechts erst als Handlungen verständlich.¹¹⁸ Um das alte sozialtheoretische Gegensatzpaar produktiv zu wenden: „Handlungen“ bilden die „Struktur“ des Rechts.¹¹⁹ Diese Bedeutung von Handlungen für das Rechtssystem hat *Gunther Teubner* treffend beschrieben:

„Dann werden Rechtsnormen durch Verweis auf *Rechtshandlungen* definiert, also Systemkomponenten durch Systemkomponenten ‚produziert‘. Im modernen ‚positiven‘ Recht [...] ist dies der Normalfall. [...] Was gerade über Rechtsstrukturen (Rechtsnormen) gesagt wurde, gilt entsprechend für die anderen Systemkomponenten [...]. Rechtshandlungen als Elemente des Rechtssystems müssen dann in einer solchen Weise selbstkonstituiert werden, daß sie auf Rechtserwartungen in autopoieseeigneter Weise verweisen. [...] Solche Rechtshandlungen sind selbstkonstituierte Systemelemente, aber ohne hyperzyklische Verknüpfung zu anderen Komponenten des Systems. [...] Diese hyperzyklische Verknüpfung von Element und Struktur, als wechselseitige Produktion von Rechtsakt und Rechtsnorm scheint für das moderne Recht das zentrale Merkmal zu sein, demgegenüber Verknüpfungen der anderen Systemkomponenten zurücktreten.“¹²⁰

Auch beruht der Anspruch des positiven Rechts auf Wirksamkeit in der sozialen Welt seinerseits auf der Zuschreibung von Handlungsfähigkeit an die rechtlichen Akteure: Dies gilt nicht nur für die parlamentarische Gesetzgebung, sondern für jeden Akt der Rechtssetzung im Verfassungsstaat.¹²¹ Das Recht selbst hat sich diese Beschreibung vielfach zu eigen gemacht und beschreibt sich selbst Handlungssystem – Verfassung und einfaches Recht spre-

¹¹⁸ Vgl. weiter nur *H. Dreier*, Kelsen und Luhmann, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 419 ff.; *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 54 f.

¹¹⁹ Ähnlich etwa *Giddens*, *Konstitution der Gesellschaft*, 1997, S. 77. Damit ist noch keine Aussage dazu getroffen, welche Rolle im Recht dem rechtlichen Akteur gegenüber der „Struktur“ der Verhältnisse eingeräumt wird. *Giddens* Reduktion der Intentionalitätskategorie ist mit der Behandlung der intentionalen Dimension von rechtserzeugenden Handlungen im Recht gerade nicht kompatibel (hierzu näher unter § 6 C.).

¹²⁰ *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 54–56, unter Verweis auf *La-deur*, *Perspectives*, in: *Teubner* (Hrsg.), *Autopoietic Law*, 1987, S. 242 (265 ff.). Ähnlich *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 361f.

¹²¹ Hierzu unter § 6 A. II. Die Rede von der „Handlungsfähigkeit“ des Gesetzgebers hat insofern mehrere Dimensionen. Einerseits folgt sie *analytisch* aus der Zuerkennung der Befähigung zur Normsetzung. Da wir Rechtspersonen Ereignisse über Handlungen zuordnen und damit überhaupt erst Rechtserheblichkeit verleihen, können wir uns eine Entität, die Recht hervorbringt, immer nur als Akteur vorstellen. Davon zu unterscheiden ist die normative Forderung, dass der Gesetzgeber handlungsfähig sein *soll*: Versteht sich ein Rechtssystem etwa als demokratisch, muss der Gesetzgeber auch verantwortlich sein, also selbst Subjekt und Objekt von normativen Zurechnungsrelationen sein. Jede Beschreibung des Rechts eines demokratischen Verfassungsstaates muss daher den Gesetzgeber notwendig als handlungsfähig konstruieren. Hiervon wiederum ist die *tatsächliche* Handlungsfähigkeit im politisch-praktischen Sinne zu unterscheiden. Die Diskussionen, die um das Stichwort „Steuerungskrise“ kreisen, vermischen häufig diese Fragestellungen, vgl. hierzu oben § 6 Fn. 46 und § 6 Fn. 48.

chen eine „language of agency“.¹²² Explizit wird der Handlungscharakter von Recht aber vor allem dort, wo von dessen Zwecken die Rede ist – wenn etwa im Rahmen der Rechtsanwendung auf Gesetzeszwecke als Gründe für oder gegen eine Entscheidung rekurriert wird oder bestimmte Gesetzeszwecke ausdrücklich normiert werden.¹²³

Handlung ist also eine der elementaren Beschreibungskategorien des Rechts im modernen Verfassungsstaat. Wenn *Karl Zeidler* schreibt: „Der ordnungsgestaltende Gesetzgeber setzt nicht nur Schranken für das Handeln der Bürger, sondern handelt selbst, er wird selbst Akteur“ – dann ist damit ein Punkt in der ideengeschichtlichen Entwicklung von Gesetzgeber und Gesetz markiert.¹²⁴ Bislang ist damit jedoch nicht mehr als ein Rahmen für Beobachtungen des Rechts entworfen, der dieses als ein komplexes, auf Handlungen basierendes Geschehen versteht.¹²⁵ In diesem Sinne vom Zweck eines bestimmten Rechtssatzes zu sprechen, verweist zunächst einfach auf den gerade beschriebenen Konstruktionsmodus. Eine derart abstrakte Analyse des Rechts kann produktiv eingesetzt werden, um über die Grenzen des Rechtssystems hinaus Anschlussfähigkeit an andere gesellschaftliche Diskurse herzustellen. Denn die Konstruktion von Recht als zweckgerichteter Handlung ist ja nicht rechtsspezifisch, sondern stellt ein ganz verbreitetes Narrativ dar. Das Recht kann auch von außen, d. h. etwa aus Sicht der Geschichtswissenschaften, der Politik oder von Akteuren im Wirtschaftsleben als ziel- und zweckgerichtetes Handeln beschrieben werden. Insofern darf die Identität von Begriffen und Strukturen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese im Einzelfall ganz unterschiedliche Funktionen erfüllen.¹²⁶ Der Zweckbegriff ermöglicht dabei keine irgendwie besondere Vermittlung von Recht und Nicht-Recht, etwa Politik. Vielmehr ist er so abstrakt, dass er den unterschiedlichsten Perspektiven oder Systemen als Instrument zur Ordnung von Ereignissen und Phänomenen dienen kann. Diese an sich elementare Überlegung zur Abhängigkeit der Begriffsverwendungen vom je spezifischen Gebrauchskontext wird allerdings im Fall des Zweckbegriffs häufig außer Acht gelassen. Mehr noch, oft wird die ‚externe‘ Beschreibung des Rechts als zweckgerichtete Handlung als vermeintlich eigentlicher Gehalt des Zweckbegriffs verstanden

¹²² *Waldron*, *Law and Disagreement*, 1999, S. 128. Ob *Waldron* darin zu folgen ist, dass diese Zuschreibung der Handlungsfähigkeit nicht zum Fehlschluss verführen dürfe, der Gesetzgeber sei zu intentionalen Aktivitäten im Sinne von mentalen Akten in der Lage, wird unten (§ 6 C.) näher betrachtet.

¹²³ Hierzu schon unter § 1 A. sowie die Einleitung zu § 6.

¹²⁴ *Zeidler*, *Maßnahmegesetz*, 1961, S. 22.

¹²⁵ *Luhmann* spricht insofern auch von der Zweck/Mittel-Relation als einer „konstituierenden Ordnungsleistung“ (*Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 22).

¹²⁶ Vgl. nur beispielhaft zur „außerrechtlichen Funktion“ von Zielbestimmungen im Unionsrecht mit verallgemeinerbaren Überlegungen *Reimer*, *Ziele und Zuständigkeiten*, *EuR* 2003, S. 992 (998 ff.).

und dann die Rede von den Zwecken des Rechts pauschal dem Nicht-Rechtlichen zugeordnet. Auf derartige Fehlschlüsse ist im folgenden Kapitel ausführlich einzugehen. Hier ist dagegen zunächst die Art der Verwendung der Begriffe im Recht präziser darzulegen.

II. Recht als normative, auf praktische Wirksamkeit gerichtete, kollektiv intentionale Handlung

Mit der Konstruktion von Recht als zweckgerichteter Handlung allein sind erst die ‚grammatikalischen‘ Regeln des Systems bestimmt. Gleichzeitig ist klargestellt, dass Zweck-Mittel-Relationen mögliche Konstruktionen von oder Beschreibungsformen für Ereignisse oder Phänomene sind, d. h. keinen irgendwie gegenständlich und/oder notwendig festgelegten Bezugspunkt haben. Will man sich den mit der Formel vom Recht als zweckgerichteter Handlung skizzierten Phänomenen weiter annähern, müssen die Begriffe durch eine Untersuchung der Funktionen der Begriffsverwendung im rechtlichen Diskurs weiter präzisiert werden. Nochmals: Damit eröffnen sich Perspektiven auf das (positive) Recht, die dieses als Resultat einer normativen Anspruch erhebenden, auf praktische Wirksamkeit gerichteten, kollektiv intentionalen Handlung zeigen. Mit dieser Formel sind die wesentlichen Dimensionen einer produktiven und nachvollziehbaren Verwendung des Zweckbegriffs bezeichnet. Sofern in rechtlichen Diskursen auf die Zwecke von Rechtsakten Bezug genommen wird, verbergen sich dahinter also im Wesentlichen diese drei verschiedenen Argumentationsarten und Problemstellungen. Die ersten beiden Dimensionen sind, wenn sie auch selten als solche explizit gemacht werden, aus theoretischer Sicht unproblematisch. Die intentionale Dimension ist dagegen so umstritten, dass sie hier nur skizziert werden soll, um dann im folgenden Abschnitt ausführlich analysiert zu werden.

1. Zwecke als rechtlich relevante Gründe (normative Verwendungsdimension)

Wenn in juristischen Argumentationen, etwa in der Rechtsanwendung oder im dogmatischen Gespräch über Recht, von Zwecken einer Norm die Rede ist, wird regelmäßig davon ausgegangen, diese Zwecke seien Gründe, die für oder gegen die ein oder andere Auslegungsvariante sprechen und die damit in der rechtlichen Argumentation beachtlich sind, d. h. als Entscheidungsbedingungen fungieren können.¹²⁷ Auf diese sehr allgemeine und abstrakte Funktion reduziert sich bei genauer Betrachtung das, was unter Begriffen wie „Anknüpfungsfunktion“, „Steuerungsfunktion“ oder „Maßstabsfunktion“ zur genuin „rechtlichen Funktion“ von Zielen und Zielvorschriften gerechnet

¹²⁷ Zum (hier weit verstandenen) Begriff der Rechtsanwendung vgl. unten § 8 Fn. 10.

wird.¹²⁸ Gründe sollen hier mit Raz und vielen anderen wie folgt definiert werden: „The reasons for an action are considerations which count in favor of that action.“¹²⁹ In dieser Form der Verwendung des Zweckbegriffs kommen grundlegende Annahmen über die Natur des Rechts zum Ausdruck, nämlich dass Rechtsanwendung maßgeblich im Austausch von Gründen besteht¹³⁰ und damit ein (auch) normatives¹³¹ Unternehmen darstellt. Teilt man diese Annahmen nicht, wie etwa die klassisch-positivistische Theorie *John Austins* oder die realistische Rechtskritik, reduziert sich die Rede von Zwecken im Recht – wie jede andere Art rechtliche Argumentation – auf Rhetorik. Teilt man sie dagegen, lassen sich Zwecke in diesem Sinne nicht mehr als etwas dem Recht Äußerliches verstehen.

Die spezifische Fassung des jeweiligen Grundes als ‚Zweck‘ enthält aber doch etwas mehr als eine reine *Wertbehauptung*. Die Aussage, etwas sei Zweck eines Gesetzes (oder anderer über- oder untergesetzlicher Rechtsakte), will nicht nur bestimmte Gesichtspunkte, wie etwa den Schutz der Natur, im konkreten Fall als werthaltige Positionen auszeichnen. Mit der Formulierung als ‚Zweck‘ der Norm wird dieser Gesichtspunkt zudem in die Struktur der positiven, rechtsetzenden Handlung eingebettet. Damit wird auf das maßgebliche Rechtfertigungsnarrativ des demokratischen Verfassungsstaates Bezug genommen: die *Setzung*.¹³² (Nur) dadurch unterscheidet sich die Auszeichnung als ‚Zweck‘ von den sonst äquivalenten Begriffen wie ‚Rechtsgut‘, ‚Wert‘ oder ‚berechtigtes Interesse‘.¹³³

¹²⁸ Vgl. dazu instruktiv *Reimer*, Ziele und Zuständigkeiten, EuR 2003, S. 992 (1001 ff. m. w. N.).

¹²⁹ *Raz*, Practical Reason and Norms, ²1990, S. 186; *Scanlon*, What We Owe, 1998, S. 17 („Any attempt to explain what it is to be a reason for something seems to me to lead back to the same idea: a consideration that counts in favor.“); *Parfit*, On What Matters, Bd. 1, 2011, S. 1, 31. Die Art des juristischen Diskurses als Austausch von Gründen ist selbstverständlich für die Frage der Normativität des Rechts nicht unbeachtlich, vgl. nur *Raz*, Engaging Reason, 2001, S. 67: „Aspects of the world are normative in as much as they or their existence constitute reasons for persons“.

¹³⁰ Rechtsanwendung als Rahmen für den Austausch von Gründen kann damit in einem weiten Sinne auch als Diskurs verstanden werden (vgl. *Alexy*, Argumentation, ⁶2008, S. 239), ohne dass damit eine Entscheidung für das spezifische Verständnis des Diskursbegriffes durch *Alexy* (vgl. nur *Alexy*, Argumentation, ⁶2008, S. 219 ff., und insbes. 261 ff. (zur Sonderfallthese)) oder *Günther* (vgl. *Günther*, Sinn für Angemessenheit, 1988, S. 175 und passim) getroffen werden muss (vgl. nur die entsprechende Kritik, die insbesondere auch gegen das dort in den Diskursbegriff projizierten Modell der Legitimation richterlicher Rechtsanwendung gerichtet ist, bei *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 36 f. und passim; *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 21 ff., 32 ff.).

¹³¹ Zur Kategorie der Normativität vgl. oben § 6 Fn. 10.

¹³² Hierzu oben § 6 A. II.

¹³³ Der Versuch von *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 268, 272, eine (heuristisch verstandene) Abstufung zwischen Zwecken, Rechtsgütern und Werten vorzuneh-

Allerdings ist damit noch nichts Näheres zur Art der Ableitung ausgesagt. In dieser Verwendungsform ist der Zweck also nur ein *Argumentfragment*. Daher kann letztlich jeder rechtlich relevante Grund als Zweck einer Rechtsnorm bezeichnet werden. Denn die abstrakte Behauptung, Zweck der Norm zu sein, hat keinen anderen Gehalt als den, auf die Genese von Normativität im Verfassungsstaat zu verweisen. Vielmehr müssen sogar alle Argumente in rechtlichen Diskursen von sich behaupten können, dass sie sich als Zwecke darstellen, d. h. sich auf Entscheidungen der rechtserzeugenden Organe zurückführen lassen, da – wie gesehen – ihr normativer Status darauf beruht.

Mehr folgt aus dieser normativen Dimension der Verwendung des Zweckbegriffs nicht. Dies zeigt sich insbesondere in dem Fall, dass darüber gestritten wird, was der Zweck einer Norm ist oder ob ein derartiger Zweck zu Recht Bestandteil einer juristischen Argumentation sein dürfe. Nun ist in vielen Fällen die Verständigung darüber unproblematisch, was als Zweck einer Norm gilt. Von Leitvorschriften, die konkrete Gesichtspunkte zu rechtlich verbindlichen Zwecken erklären und damit als Gründe einführen, war schon mehrfach die Rede. Aber auch ohne eine explizite Normierung lässt sich häufig Einigkeit darüber herstellen, welche normativ relevanten Gesichtspunkte im Recht als Zwecke entsprechender Rechtstexte zu bezeichnen sind. In diesen Konstellationen funktioniert im gewaltenteilenden, die Arbeit der Rechtskonkretisierung teilenden Verfassungsstaat die Verständigung zwischen den Institutionen darüber, welche Gesichtspunkte ‚wertvoll‘ sind. Was aber gilt, wenn umstritten ist, was der Zweck ist – oder, wenn unter Verweis auf den Zweck andere Gründe im Rahmen der Rechtsanwendung für unmaßgeblich erklärt werden, Sinn und Zweck einer Norm also etwa gegen deren Wortlaut ausgespielt werden. Anders gefragt: Wann ist es plausibel, ein

men, die dem Prinzip der Konkretisierung folgt (ebd., S. 268: „Je allgemeiner die ‚Zwecke‘ werden, um so eher spricht man von Rechtsgütern und schließlich von Werten.“), ist zwar an sich nicht unplausibel, jedoch weder durch die allgemeine noch die rechtswissenschaftliche Sprachpraxis gedeckt. Zur Beziehung zwischen Werten und Gründen vgl. nur *Raz*, *Praktische Gründe*, 2006, S. 36 f. Vgl. auch § 2 C. III. und bei § 8 Fn. 177. Dieser Sprachgebrauch ist dann auch ursächlich für die Unsicherheiten bei der sonst vermeintlich trennscharfen Abgrenzung von interessen- und wertorientiertem Rechtsdenken. An dieser Unsicherheit laboriert schon die Interessenjurisprudenz, die ihre Unterscheidung von der „Wertungsjurisprudenz“ (ein vom „Interessenjuristen“ Stoll geschaffenes Wort, vgl. *Stoll*, *Begriff und Konstruktion*, in: ders. (Hrsg.), *FG Heck/Rümelin/Schmidt*, 1931, S. 60 (67 f. mit Fn. 1, S. 75 mit Fn. 5)) – ebenso wie umgekehrt jene gegenüber dieser – in der Sache nur sehr schwer begründen kann, da sie ebenfalls von einem wertungsmäßig überformten Zweck- und Interessenbegriff ausgeht. S. dazu etwa *Heck*, *Begriffsbildung*, 1932, S. 158 („Die Rangordnung der Interessen ist auch die Rangordnung der Werte und wird in der Wissenschaft unter dieser Bezeichnung erörtert“). Dies zeigt auch der fast verzweifelte Versuch *Hecks*, im Jahr 1936 die ideologisch und wissenschaftspolitisch begründeten Anfeindungen sachlich nachzuvollziehen: *Heck*, *Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, *AcP* 142 (1936), S. 129 ff., 297 ff. S. dazu auch oben § 5 B. II.

Argument auf den Zweck einer Norm zu stützen? Diese Fälle sind für das Recht offensichtlich hoch relevant.¹³⁴

Besteht Unklarheit darüber, was Zweck einer Norm ist oder welchen Stellenwert ein entsprechender Grund einnehmen soll, kann dies nun nicht mit dem Hinweis auf den Zweck in seiner normativen Verwendungsmodalität gelöst werden, ohne sich in zirkuläre Argumentationen zu verstricken.¹³⁵ Um dies nachzuvollziehen, ist, sehr vereinfacht, von einer Zweiteilung des juristischen Diskurses auszugehen: Danach ist zwischen dem Gebrauch von Gründen *im* rechtlichen Diskurs und spezifischen Formen der Begründung, die die Frage klären sollen, welche Argumente *zum* rechtlichen Diskurs gehören, oder auch zwischen Wertbehauptung und Wertbegründung zu differenzieren.¹³⁶ Der Streit darüber, was legitimerweise als Zweck einer Norm gelten kann, muss auf dieser zweiten Ebene entschieden werden. Unter welchen Bedingungen sich bestimmte Gesichtspunkte auf positive Rechtssätze, also auf textlich fixierte Rechtsetzungsakte, zurückführen lassen, um damit als normativ bzw. rechtlich relevante Argumente gelten zu können, wird in der Rechtsanwendungstheorie erörtert. Auf die damit verbundenen Probleme ist ausführlich unten (§ 8) einzugehen. Hier genügt es, darauf hinzuweisen, dass die entgrenzende Wirkung, die der ‚teleologischen‘ Auslegung vielfach zugeschrieben wird, regelmäßig darauf beruhen, dass der Unterschied zwischen Wertbehauptung, Argumentfragment und Wertbegründung verkannt wird.¹³⁷

¹³⁴ Paradigmatisch das Sondervotum von *Hassemer* in BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26. 2. 2008 (*Inzest*) – E 120, 224 (257): „Unverzichtbarer Bestandteil der Entscheidung des Gesetzgebers ist jedenfalls Klarheit über die Ziele, die er mit seiner Regelung verfolgt. Der Gesetzgeber darf es nicht der Rechtspraxis oder der Rechtswissenschaft überlassen, seiner Strafnorm einen Zweck nachträglich zu unterlegen. Das ist unter anderem darin begründet, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Norm ohne Klarheit über den Zweck der Norm nicht gelinge, ja dass sie schon gar nicht methodengerecht durchgeführt werden kann. [...] Der Zweck einer Norm ist notwendiger Bezugspunkt ihres Maßes, und das Maß ändert sich mit dem Zweck“.

¹³⁵ Hier ist nur schon anzumerken, dass in einer derartigen „finalen Subsumtion“ (*Scheuerle*) der fragwürdige Status vieler ‚objektiv‘ teleologischer Argumente begründet liegt. Denn diese bestehen eben nur aus (i) der Artikulation eines Wertes und (ii) der Behauptung, dieser Wert sei in der konkreten Norm verankert; sie zeigen jedoch nicht, weshalb (ii) der Fall sein soll.

¹³⁶ Diese Differenzierung baut lose auf einer Unterscheidung auf, die *Raz* in den rechtstheoretischen Diskurs eingeführt hat, nämlich zwischen Gründen erster und zweiter Ordnung. Letztere geben eben einen „Grund dafür, aus einem bestimmten Grund zu handeln“ (*Raz*, *Praktische Gründe*, 2006, S. 48).

¹³⁷ Hierzu ausführlich unter § 8 C. I.

2. Zwecke als Maßstäbe der Analyse sozialer Wirklichkeit (empirische Verwendungsdimension)

Die Verwendung des Zweckbegriffs in rechtlichen Analysen ist nicht darauf beschränkt, rechtlich relevante Gründe als solche auszuzeichnen. Vielmehr werden mittels des Zweckbegriffs, jedenfalls in bestimmten Konstellationen, auch Maßstäbe für empirische Analysen sozialer Zusammenhänge markiert.¹³⁸ In diesen Fällen verfolgt das Recht seinen Anspruch auf soziale Gestaltung nicht nur mittelbar, sondern verlangt von den Rechtsanwendern, sozusagen von Rechts wegen, direkten Durchgriff auf die soziale „Wirklichkeit“¹³⁹. Diese Verwendungsdimension bringt besonders deutlich den Anspruch demokratischen Rechts auf Geltung und Wirkung, auf „Veränderung der Staatswirklichkeit“¹⁴⁰, zum Ausdruck.

Werden normative Behauptungen als ‚Zwecke‘ formuliert, verbinden sich damit häufig mehr oder weniger konkrete Vorstellungen von einem bestehenden oder gewünschten sozialen Zustand. „Energiesicherheit“, um dieses Beispiel wieder aufzugreifen, ist ein solcher Zustand, der sich in seiner Komplexität einer genauen Beschreibung entzieht, dessen tatsächliche Verwirklichung aber dennoch mit hinreichender Sicherheit und mit Hilfe der pragmatischen erkenntnistheoretischen Haltung, die den alltäglichen Umgang mit sozialen Tatsachen im Recht prägt, einer Beurteilung zugänglich ist. Entscheidungen können wenigstens in Ansätzen darauf hin überprüft werden, ob sie die Herbeiführung des Zwecks kausal befördern oder behindern. In diesem empirischen Sinne bedienen sich also nicht nur Beschreibungen des Rechts von außen, sondern auch rechtsinterne Aktivitäten des Zweckbegriffs als Mittel zur kausalen Analyse für das Recht relevanter lebensweltlicher Zusammenhänge.

¹³⁸ Luhmann, Zweckbegriff, 1973, S. 43. S. auch Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 9.

¹³⁹ Dass diese „Wirklichkeit“ dennoch eine rechtliche Konstruktion bleibt, ist offensichtlich, vgl. nur Voßkuhle, Methode und Pragmatik, in: Bauer/Czybulka et al. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft, Recht, 2002, S. 171 (185); Gusy, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, S. 213 ff.; Augsberg, Empiristischer Ton, Der Staat 51 (2012), S. 117 ff., zu Petersen, Empirische Wende, Der Staat 49 (2010), S. 435 ff. Im Übrigen erschöpfen sich die vielfältigen Bezüge des Rechts zur sozialen Wirklichkeit selbstverständlich nicht in den Fällen, in denen auf den Zweckbegriff Bezug genommen wird, vgl. nur Starck, Empirie, JZ 1972, S. 609 ff.; Koch/Rießmann, Begründungslehre, 1982, S. 219 ff.; Voßkuhle, Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, VerwArch 85 (1994), S. 567 ff.; Lepsius, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht, JZ 2005, S. 1 ff. Ungeachtet dessen werden derartige „Durchgriffe“ häufig mittels des Zweckbegriffs artikuliert, was die besondere Untersuchung hier rechtfertigt.

¹⁴⁰ Angelehnt an P. Kirchhof, Gewaltenbalance, JZ 1998, S. 965 (970). S. oben § 6 A. II. zum Gestaltungsanspruch von Verfassung und unterverfassungsrechtlichem Recht.

Die Ausrichtung des Rechts auf die Wirklichkeit wird häufig in große Narrative eingeschrieben, die teils prominent auf den Zweckbegriff Bezug nehmen: Insofern war lange Zeit die Rede davon, die „Verwaltungszwecke“¹⁴¹ oder die „Entscheidungsfolgen“¹⁴² seien stärker zu berücksichtigen. Aktuell werden entsprechende Fragen im Kontext der Wende von einer primär rechtsatz- zu einer zweck- und steuerungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft diskutiert¹⁴³. Vergleichsweise jung ist die Rahmung der damit verbundenen Probleme als Frage nach dem Umgang mit „extrajuridischem Wissen“.¹⁴⁴ Hier soll weder ein umfassendes Bild gezeichnet noch sollen historische Entwicklungslinien und Verschiebungen aufgezeigt werden.¹⁴⁵ Vielmehr sind nur beispielhaft drei Mechanismen und Figuren aufzuzeigen, in denen das Recht mittels einer entsprechenden Verwendung des Zweckbegriffs den

¹⁴¹ Zu „Verwaltungszwecken“ vgl. nur das Referat von *Scholz*, *Verwaltungsverantwortung*, in: VVDStRL 34 (1976), S. 145 (151 ff.), die kritische Diskussion dazu und die Überlegungen bei *Hoffmann-Riem*, Bericht, AöR 101 (1976), S. 89 ff.

¹⁴² Für die Literatur aus einer primär gerichtsorientierten Perspektive vgl. die Nachweise unter § 8 C. II. Allgemein auch *Hof/Lübbe-Wolff*, *Wirkungsforschung I*, 1999; *Hill/Hof* (Hrsg.), *Wirkungsforschung II*, 2000; *dies.* (Hrsg.), *Wirkungsforschung III*, 2001; *Sommerrmann*, *Folgenforschung*, in: *dies.* (Hrsg.), *Folgen der Folgenforschung*, 2002, S. 39 ff.; *Windoffer*, *Folgenabschätzung*, 2011. Zur verwaltungsfokussierten Anschlussdiskussion vgl. den Überblick bei *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: GVwR I, ²2012, § 1 Rn. 32 ff.; *Franzius*, *Steuerung*, in: GVwR I, ²2012, § 4 Rn. 67 ff. m. w. N. Zur bislang nur ansatzweise aufgearbeiteten Bedeutung der Folgen für das Grundrechtsverständnis vgl. etwa *Grimm*, *Entscheidungsfolgen*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995, S. 139 (149): danach sind Folgenargumente in der deutschen Grundrechts-Judikatur „auf Schritt und Tritt anzutreffen“. Zur Bedeutung von Folgenabschätzungen im Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesfolgenabschätzung) mit rechtsvergleichenden Hinweisen vgl. *Hofmann*, *Abwägung*, 2007, S. 39 ff. Kritische Perspektiven etwa bereits *Rupp*, *Die Bindung des Richters an das Gesetz*, NJW 1973, S. 1769 ff.; *Heldrich*, *Trojanische Pferd*, JuS 1974, S. 281 ff.; *Böhlk/Unterseher*, *Folgen der Folgenorientierung*, JuS 1980, S. 323 ff.; instruktiv zur möglichen politischen Instrumentalisierung von *Moltke*, *Gesetzgebung der EG*, ZG 1993, S. 212 ff.; eine Aufbereitung des Streits um die Berücksichtigung von Folgekosten anhand des AGG bei *Callies*, *Steuerungskrise*, in: *dies./Fischer-Lescano et al.* (Hrsg.), FS Teubner, 2009, S. 465 (475 m. w. N.).

¹⁴³ Vgl. nur den historischen Überblick bei *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: GVwR I, ²2012, § 1 Rn. 10 ff.; *Stolleis*, *Entwicklungsstufen*, in: GVwR I, ²2012, § 2 Rn. 111 ff.; *dies.*, *Geschichte IV*, 2012, S. 515. Vgl. zum Kontext der steuerungsorientierten Wende im Verwaltungsrecht jüngst prägnant *Kahl*, ‘New Administrative Law Science’, *European Public Law* 16, no. 1 (2010), S. 105 ff.

¹⁴⁴ Vgl. nur die Beiträge in *Augsberg* (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen*, 2013.

¹⁴⁵ Vgl. auch ausführlich zu derartigen Verschränkungen *Schulze-Fielitz*, *Zusammenpiel*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 291 (295 f.); *Jestaedt*, *Maßstäbe*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, ¹⁴2010, § 11 Rn. 1–4; *Pitschas*, *Maßstäbe*, in: GVwR II, ²2012, § 42 Rn. 25 ff., 56 f.; *Kahl*, *Kontrolle*, in: GVwR III, ²2013, § 47 Rn. 54 f.

Rechtsanwender zu empirischen Analysen nötigt, der Zweckbegriff also zur ‚Koppelung‘ – nicht Verwischung – dieser Welten dient.

Besonders deutlich wird dies erneut im Falle *gesetzgeberischer Leitvorschriften* bzw. Zweck- oder Zielbestimmungen.¹⁴⁶ Derartige Leitvorschriften fordern häufig von Gerichten und Verwaltung im Zuge der Normanwendung empirische Folgenabschätzungen über die Auswirkungen verschiedener Auslegungsvarianten auf die Erreichung der vom Gesetzgeber als normativ vorzugswürdig ausgeflaggtten Ziele; sie geben damit Maßstäbe für Durchführung und Kontrolle des Gesetzesvollzuges.¹⁴⁷ Charakteristisch ist die Verschränkung eines normativen Ziels mit dem Auftrag an den Rechtsanwender, die Schritte zu erwägen und in die Wege zu leiten, die faktisch zur Erreichung eines dem Ziel entsprechenden sozialen Zustands erforderlich sind.¹⁴⁸ Leitvorschriften unterscheiden sich dabei allerdings keineswegs kategorial von anderen Normen. Sie machen nur explizit, was bei diesen im Wege der Auslegung als ‚Gesetzeszweck‘ oder ‚gesetzgeberische Regelungsabsicht‘ erschlossen werden muss.

Strukturell parallel wird der Zweckbegriff eingesetzt, wo Rechtsnormen auf ein *nicht genuin rechtliches Regelungsregime*, d. h. auf Regeln, die ihrerseits nicht durch dazu ermächtigte Organe des demokratischen Verfassungsstaates erzeugt wurden, Bezug nehmen, diese Regeln den Umgang mit Wirklichkeit betreffen und dies als Integration von Gesichtspunkten der „Zweckmäßigkeit“¹⁴⁹ bezeichnet wird.¹⁵⁰ Auf diese Weise können Sachgesetzlichkeiten bzw. eben vermeintliche Zweckmäßigkeitserwägungen zum relevanten

¹⁴⁶ Zur vielfältigen Terminologie – verbreitet ist auch von Grundsatzbestimmungen, Präambeln und Gesetzesvorsprüchen die Rede – s. nur *Schober*, Zweck, 2007, S. 48 ff., sowie ebd., passim, zum Folgenden. Vgl. weiterhin zu spezifischen Leitvorschriften *Kraatz*, Zweckambivalenz des Gentechnikgesetzes, 1993 (zu § 1 GenTG); *Rikus*, § 1 Abs. 1 BNatSchG, 2000; *Berendt*, Zweck- und Zielbestimmungen, 2001 (zu §§ 1, 2 BNatSchG); *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung, 2004 (zu § 1 EnWG). Allgemein dazu schon *Höger*, Zweckbestimmungen, 1976; *Schoenbrod*, Goals Statutes or Rules Statutes, UCLA L. Rev. 30 (1983), S. 740 ff.

¹⁴⁷ Zu weiteren denkbaren Funktionen etwa *Schober*, Zweck, 2007, S. 66–69, 102–149; allerdings wird *Schober* zufolge der Umgang der Praxis mit Leitvorschriften diesen Funktionen kaum gerecht.

¹⁴⁸ S. hierzu nur etwa schon *Hopt*, Finale Regelungen, JZ 1972, S. 65 (67 f.).

¹⁴⁹ Zur Untauglichkeit einer kategorialen Gegenüberstellung von „Zweckmäßigkeit“ und „Rechtmäßigkeit“ ausführlich unter § 7 C.

¹⁵⁰ Hierzu auch etwa *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee,² 2006, Kap. 2 Rn. 22 ff., Kap. 6 Rn. 85 ff.; *Fehling*, Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Trute/Groß et al. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 461 ff.; *Schoch*, Außerrechtliche Standards, in: Trute/Groß et al. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 543 ff.; aus Rechtsschutzperspektive auch *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 2014, § 114 Rn. 59.

Maßstab der Rechtmäßigkeit werden.¹⁵¹ Dabei werden die entsprechenden Zielzustände als rechtlich relevante Gesichtspunkte ausgezeichnet; welche Schritte zur Erreichung dieser Ziele damit aus rechtlicher Sicht geboten sind, ergibt sich eben wiederum (auch) aus Analysen der sozialen Wirklichkeit.

Ein besonders prominentes Anwendungsbeispiel bildet ferner die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Zweck-Mittel-Relation.¹⁵² *Martin Ibler* fasst den hier zugrundeliegenden Mechanismus übersichtlich zusammen:

„Schon dessen erster Maßstab, die Geeignetheit, birgt hier Zweifel: Kann ein unzweckmäßiger Akt ‚geeignet‘ im Rechtssinne sein, ein legitimes Ziel zu fördern? Beim zweiten Maßstab, der Erforderlichkeit, kann zweifelhaft sein, ob ein unzweckmäßiger Akt weniger belastet als ein zweckmäßiger. Vor allem aber der dritte Maßstab, die Angemessenheit, zeigt, wie schwierig Recht- und Zweckmäßigkeit voneinander zu scheiden sind. Die Angemessenheitsprüfung beim Verhältnismäßigkeitsprinzip wird beschrieben als Zweck-Mittel-Relation, sie macht ‚Zwecke‘ zum Teil dieses Rechtsmaßstabs. Unzweckmäßiges kann dann unangemessen und deshalb rechtswidrig sein.“¹⁵³

Die verschiedenen Prüfungsstufen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das eine Kombination mehrerer ganz unterschiedlicher Perspektiven auf Güterkollisionen darstellt, die je eigenen Wertungsprämissen verpflichtet sind, räumen der Analyse und Bewertung von Entscheidungsfolgen zentrale Bedeutung ein. Bei möglicher subjektiver Rechtsbetroffenheit sind stets Abschätzungen erforderlich, welche Auslegungsvarianten welche realweltlichen Folgen nach sich ziehen. Diese Zusammenhänge sind hier nicht ausführlich zu analysieren. Es kann bei dem nun schon mehrfach getroffenen Befund bleiben: Die Verwendung des Zweckbegriffs im Kontext der dogmatischen Kategorie der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann dafür stehen, dass der Rechtsanwender (empirische) Folgenabschätzungen vorzunehmen hat.

¹⁵¹ Die Inkorporation bedarf selbstverständlich einer rechtlichen Grundlage. Vgl. etwa nur Art. 29 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 85 Abs. 4 Satz 1 GG; § 10 Satz 2 VwVfG, § 55 VwVfG. Ausführlich zu den Normen, die das Verwaltungshandeln am Maßstab der Zweckmäßigkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz ausrichten: *Pitschas*, Maßstäbe, in: *GVwR* II, ²2012, § 42 Rn. 122 ff.; s. ferner auch *Jestaedt*, Maßstäbe, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, ¹⁴2010, § 11 Rn. 3.

¹⁵² Dazu *Achterberg*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ²1986, § 19 Rn. 18; aufgenommen von *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, ²2006, S. 315 (Kap. 6, Rn. 61); *Jestaedt*, Maßstäbe, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, ¹⁴2010, § 11 Rn. 4. Ausführlich zum Folgenden etwa: *Hirschberg*, *Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 75 ff., 132 ff.; *Alexy*, *Ermessensfehler*, *JZ* 1986, S. 701 ff.; *Ibler*, *Rechtspflegender Rechtsschutz*, 1999, S. 148 ff.; *Wischmeyer*, *Die Kosten der Freiheit*, 2015, D. III.

¹⁵³ *Ibler*, *Rechtspflegender Rechtsschutz*, 1999, S. 148. Ausführlich dazu u. a. auch *Neupert*, *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, 2011, S. 41 ff. Vgl. speziell zur grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung den analogen Befund bei *Grimm*, *Entscheidungsfolgen*, in: *Teubner* (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995, S. 139 (149) (zitiert oben in § 6 Fn. 142).

In den hier angeführten Konstellationen indiziert die Verwendung des Zweckbegriffs also die Notwendigkeit, als Rechtsanwender empirische Analysen durchzuführen. Selbstverständlich stellen sich in diesem Zusammenhang zahlreiche Probleme, die alle genannten Fälle betreffen. Gerade anhand der Leitvorschriften ist aufgearbeitet worden, auf welche Schwierigkeiten der Gestaltungsanspruch des Rechts in der Praxis stößt. Um nur die vier wichtigsten Punkte zu nennen: Erstens ist stets prekär, wie die staatlichen Akteure das erforderliche Wissen erwerben und damit den Vorschriften zur praktischen Wirksamkeit verhelfen können.¹⁵⁴ Zweitens sind keineswegs alle derart ausgezeichneten Zwecke einer empirischen Rekonstruktion in der Form zugänglich, wie dies für produktive Folgenanalysen erforderlich wäre.¹⁵⁵ Eng damit verbunden ist drittens die Herausforderung übergroßer Komplexität und Polyvalenz.¹⁵⁶ Gerade für das moderne Verwaltungshandeln gilt, dass dieses vielfach „eine Fülle mehrdimensionaler, oft divergierender Verwaltungszwecke verfolgt, beachtet oder zum Ausgleich [bringt]“ und sich durch „Abwägung vielschichtiger Interessen, normativer Zwecke und ihrer konkretisierenden Unterzwecke“ auszeichnet.¹⁵⁷ Schließlich ist viertens nicht trivial, wie diese Öffnung gegenüber empirischen Untersuchungsmethoden in rechtlichen Verfahren bewältigt werden kann.¹⁵⁸ Doch so wichtig diese Punkte für die

¹⁵⁴ Hierzu unter dem Aspekt der Quantifizierbarkeit *Schober, Zweck*, 2007, S. 165 ff.

¹⁵⁵ Hierzu unter den Stichworten „Klarheit“ und „Bestimmtheit“ *Schober, Zweck*, 2007, S. 151 ff. Ein weiteres praktisch sehr relevantes Beispiel für derartige Schwierigkeiten ist der Versuch, empirisch fassbare Kriterien für das umstrittene Konzept der Rechtsstaatlichkeit zu definieren, vgl. dazu ausführlich *Riegner/Wischmeyer*, Rechtliche Zusammenarbeit, Der Staat 50 (2011), S. 436 ff. Vgl. ferner *Hensche*, Teleologische Begründungen, 1998, S. 23. Gerade im bereits angesprochenen Fall der Abwägung kann es zu erheblichen Schwierigkeiten führen, wenn nicht empirisch rekonstruierbare Werte oder Prinzipien, etwa Sicherheit oder Gleichheit, am Maßstab der Geeignetheit oder Erforderlichkeit zu prüfen sind. Zu den hiermit verbundenen Problemen ausführlich etwa *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 79; *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 20; *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, S. 12 f.; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 160 ff.

¹⁵⁶ Hierzu schon früh und grundlegend: *Scharpf*, Komplexität, PVS, Sonderheft 4 (1972), S. 168 ff. Für das Umweltrecht *Schober, Zweck*, 2007, S. 170 ff.; für das Steuerrecht *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 109 ff. m. w. N.; für das Regulierungsrecht vgl. *Lepsius*, Ziele der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), 2010, S. 1055 (1082 ff.), Rn. 61 ff.

¹⁵⁷ *Schulze-Fielitz*, Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, ²2012, § 12 Rn. 10. Das Problem betrifft generell Situationen, in denen rechtliche Entscheidungen von vielfältigen normativ relevanten Zwecken und Einflüssen konditioniert werden. Dies gilt etwa auch im Bereich des Regulierungsrechts, des techniknahen Verwaltungsrechts sowie der administrativen Normsetzung.

¹⁵⁸ S. neben den in § 6 Fn. 142 genannten Autoren insbesondere die skeptischen Bewertungen zur tatsächlichen Öffnung der Rechtspraxis für derartige Erwägungen etwa bei *Deckert*, Folgenorientierung, 1995, S. 132 ff.; *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 47 f.; *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: EzR, Stand: 2015, Rn. 57 ff. Aus jüngster

praktische Rechtsarbeit sind, so wenig tangieren sie den hier skizzierte Grundgedanken: Rechtsanwender werden von Rechts wegen zu empirischen Analysen der Folgen ihrer eigenen oder der von ihnen kontrollierten Handlungen angehalten. Das Recht kann so seine eigene Gestaltungsdimension in den Blick nehmen – und kommuniziert dies in vielen Fällen mittels des Zweckbegriffs.

3. Zwecke als Markierungen intentionaler Aktivität (intentionale Verwendungsdimension)

Die dritte hier vorgestellte Verwendungsmodalität des Zweckbegriffs erscheint einerseits besonders naheliegend, begegnet aber im Recht traditionell erheblicher Kritik. Diese Perspektive bedient sich des Zweckbegriffs im Sinne von *Wolfgang Stegmüllers* „echter materialer Teleologie“, d. h. zur Markierung intentionalen Handelns.¹⁵⁹ Die intentionale Dimension bildet dabei regelmäßig den Verstehenshorizont, wenn Entitäten Handlungs- und Zwecksetzungsfähigkeit zugeschrieben wird. Denn nach dem Verlust ihres objektiven Status beziehen sich Zweck-Mittel-Relationen nicht nur notwendig auf Handlungen, sondern damit auch auf ein handlungsfähiges Zweckssubjekt. Selbst dort, wo unbelebten Dingen ein Zweck zugeschrieben wird, wird implizit stets auf die spezifische Zuhandenheit des Dings für ein tatsächliches oder hypothetisches Subjekt verwiesen.¹⁶⁰

Bei Individuen wird Zwecksetzung dementsprechend häufig mit deren intentionaler Aktivität gleichgesetzt. Hingegen bestehen erhebliche Zweifel daran, ob und in welcher Form Kollektive intentional handeln können.¹⁶¹ Gerade Rechtserzeugungsprozesse sind ganz überwiegend Äußerungen von Kollektiven. Ob in diesen Fällen der Zweckbegriff sinnvollerweise in einem intentionalen Sinne verstanden werden kann, hinter dem ‚Zweck‘ des Gesetzes also eine entsprechende Intention des Gesetzgebers steht, ist entsprechend umstritten. Dieser Streit ist deswegen besonders komplex, weil gleichzeitig ganz allgemein anerkannt ist, dass der demokratische Gesetzgeber als *Autor* des Rechts fungiert, dessen Zwecke und Absichten für die Auslegung des

Zeit vgl. allerdings etwa die umfassende Realbereichsanalyse in BVerfGE 133, 168 (194 ff., 233, ff.), Rn. 48 f., 117 ff. (*Verständigung im Strafprozess*).

¹⁵⁹ *Stegmüller*, Wissenschaftstheorie, Bd. 1, ²1983, S. 651 ff. S. dazu näher oben § 2 C. II. Zur Notwendigkeit intentionaler bzw. teleologischer Erklärungsmodelle in den Wissenschaften, die menschliches Handeln zum Gegenstand haben, von *Wright*, Erklären und Verstehen, 1974, S. 83 ff. Vgl. auch *Moore*, Intention as a Marker, in: *Duff/Green* (Hrsg.), *Foundations*, 2010, S. 197 ff.

¹⁶⁰ So ist der Satz „Der Zweck des Lesepults ist φ “ zu lesen als: „Typischerweise nutzen Personen das Lesepult, um zu φ -en“ – vgl. das Bild bei *Dennett*, True Believers, in: *Haugeland* (Hrsg.), *Mind Design II*, 1997, S. 57 (66).

¹⁶¹ Zur entsprechenden Diskussion im ausgehenden 19. und im beginnenden 20. Jahrhundert vgl. oben § 2 A. V. und § 4 C.

Rechts also in irgendeiner Form relevant sein müssen.¹⁶² Um diese Differenzen verstehen und eine produktive Lösung entwickeln zu können, ist weiter auszuholen. Bevor das gleich geschehen soll, ist zunächst noch zu überlegen, wie sich die hier unterschiedenen Dimensionen der Verwendung des Zweckbegriffs zueinander verhalten.

III. Die Pluralität der Perspektiven und die Suche nach „dem“ Zweck im Recht

Die Pluralität der möglichen Verwendungsweisen der Zweck-Mittel-Relation im Recht wirft Fragen nach deren Beziehungen zueinander auf. Die gemeinsame terminologische Grundlage von Handlung, Zweck und Mittel deutet auf eine gewisse Kontinuität und Einheit der Frage nach dem Zweck hin. Und doch haben die vorstehenden Ausführungen den Bruch und die Unterschiede der verschiedenen Modalitäten betont. Insofern sind für die weitere Untersuchung folgende Punkte wesentlich:

Erstens hebt die gemeinsame Begrifflichkeit, das Abstellen auf den ‚Zweck‘, den Unterschied zwischen den verschiedenen Dimensionen dieses Begriffs keineswegs auf. Vielmehr nötigt umgekehrt die weite Anschlussfähigkeit des Zweckbegriffs zu umso klareren analytischen und methodischen Unterscheidungen. Dies betrifft insbesondere das Verhältnis von normativer und empirischer Verwendungsdimension, also das Verhältnis von Zwecken als Gründen und Zwecken als Maßstäben für empirische Analysen. Dass das Recht mittels normativer Sätze den Rechtsanwender regelmäßig zu empirischen Zweck-Mittel-Analysen auffordert, darf nicht dazu veranlassen, die Unterschiede zwischen diesen Momenten zu verwischen, auch wenn dies Formeln nahelegen, die dem Zweckbegriff eine „vermittelnde Doppelstellung im Kausalkontext und im Wertkontext“ zuschreiben wollen.¹⁶³ Allerdings sind Empirie und Normativität in allgemeinen praktischen und in spezifisch rechtlichen Argumentationen verschränkt oder gekoppelt, wenn Geltung begründende Normsätze den Normanwender zur Realisierung bestimmter Zwecke auffordern. Was Recht und Wirklichkeit verbindet, ist insofern jedoch nicht ‚der Zweck‘, sondern einerseits die begriffliche Rahmung, die Recht als soziale Handlung konzipiert, und andererseits der rechtliche Anwendungsbefehl, der immer Voraussetzung entsprechender empirischer Analysen bleibt. Dieses Verhältnis wird durch die überwölbende Begrifflichkeit weder ausgehebelt noch aufgeweicht.¹⁶⁴ So nötigt die Koppelung zwar zu

¹⁶² S. nur *Eskridge*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 4; ausführlich unten § 8 B. I.

¹⁶³ *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 49 f.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu – unter Rückgriff auf die von *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 44, entwickelte Figur des Midas-Effekts (dazu oben § 6 Fn. 66) – *Elsner*, *Ermessen*, 2011, S. 197.

differenzierteren Stellungnahmen zum Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit, relativiert jedoch nicht die kategorial anders gelagerte Differenz von Sollen und Sein.¹⁶⁵

Zweitens stehen die verschiedenen Modalitäten nebeneinander, ohne dass sich hinter einer von ihnen der ‚eigentliche‘ Begriff des Zwecks im Recht verbirgt. Vielmehr hängt es immer vom Kontext ab, welche der Verwendungsmodalitäten gerade angesprochen ist. Dementsprechend ist ‚der Zweck‘ im Recht des demokratischen Verfassungsstaats keine Antwort auf eine bestimmte Frage oder Problemstellung. Der Begriff allein öffnet nur Perspektiven auf einen Problemzusammenhang, von dem aus sich verschiedene Fragestellungen entwickeln lassen. Es gibt also ebenso wenig ‚das‘ Problem des Zwecks im Recht wie es ‚den‘ juristischen Zweckbegriff gibt. Jede Suche danach geht von überkommenen Einheitsvorstellungen aus, die der Komplexität der Methoden und Aussageformen, die gemeinsam das Recht bilden, nicht gerecht werden kann. Aus diesem Grund lässt sich der Zweckbegriff im Recht auch nicht wahlweise auf seine intentionale¹⁶⁶ oder empirische¹⁶⁷ Verwendungsdimension reduzieren. Auch Kritik, die der einen oder anderen, insbesondere wohl der intentionalen Modalität gilt, ist daher in aller Regel nicht auf die anderen Modalitäten übertragbar. Zudem ist jede dieser Perspektiven mit charakteristischen Herausforderungen konfrontiert. Wird der Zweckbegriff in rechtlichen Argumentationen nun unspezifisch gebraucht, ist stets herauszuarbeiten, welche Verwendungsebene eigentlich betroffen ist.

Dennoch lassen sich *drittens* die verschiedenen Verwendungsdimensionen in eine einheitliche Erzählung integrieren. Dies ermöglicht eben die grundlegende Kategorie der Handlung. Was in der Einleitung zur Bestimmung des positiven Rechts als Handlung nur angedeutet wurde, lässt sich jetzt deutlicher fassen: Wenn der Gesetzgeber handelt, definiert er bestimmte soziale Ordnungsvorstellungen als normativ relevant und macht damit Bezüge auf diese Ordnungsvorstellungen zu einem rechtlichen Argument – also etwa erneut: Energiesicherheit als rechtlich relevanter Zweck, Wert oder Grund.

¹⁶⁵ Dass die normative Qualität des positiven Rechts gerade auf einem Schluss vom (sozialen) Sein auf das Sollen beruht, indem eben die Rechtsetzungsmechanismen des Verfassungsstaates als entsprechende „Transformationsmechanismen“ konzipiert werden – eine Idee, die gewisse Parallelen zum diskursethischen Programm aber auch zur Theorie der „institutional facts“ im Sinne von *Searle* aufweist (früh dazu schon *Searle*, *How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’*, *Philosophical Review* 73 (1964), S. 43 ff.; ausführlich dann *ders.*, *Construction*, 1995) – führt nicht dazu, dass diese Unterscheidung innerhalb des gesetzten Rechts nicht wiederbegegnen kann (sofern überhaupt angenommen wird, was hier unterstellt wird, nämlich dass die Transformation erfolgreich ist).

¹⁶⁶ So etwa *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, ³2008, S. 263 („Zwecke sind die beabsichtigten Folgen einer Handlung“), die aber im Übrigen auch nicht mit dem weiteren Gebrauch des Begriffs etwa ebd., S. 268, 272 f., übereinstimmt.

¹⁶⁷ Mit dieser Tendenz aber *Hensche*, *Teleologische Begründungen*, 1998, S. 20.

Wenn und soweit sich diese Ordnungsvorstellungen hinreichend konkret empirisch fassen lassen, stellt er gleichzeitig einen Maßstab auf, an dem sich Umsetzungsakte daraufhin messen lassen, ob sie tatsächlich dazu geeignet sind, die Herbeiführung dieses sozialen Zustandes zu befördern – Energiesicherheit als empirisch zu realisierender Zweck. In der Rechtsanwendung kann nun die Suche nach dem normativen Gehalt der Regelung auch dadurch betrieben werden, dass versucht wird, die kollektiv intentionalen Einstellungen des Gesetzgebers zu rekonstruieren – Energiesicherheit als Inhalt der Absicht des Gesetzgebers, wie sie sich insbesondere aus Normtext und Materialien erschließen lässt. Ist der Zweck identifiziert, werden Folgenanalysen angestellt, wie sich die eigene Entscheidung zur Realisierung dieses Zwecks verhalten kann und soll, wodurch sich wiederum der Argumentationsraum weitet und andere, möglicherweise konfligierende Normen und deren Zwecke in den Blick geraten. Die Entscheidung des rechtsanwendenden Organs lässt sich so als Zusammenspiel der verschiedenen Modalitäten ‚des Zwecks‘ konzeptionalisieren. In normativen Diskursen können Zwecke intentional verstanden werden, als Gründe fungieren und zudem empirisch Maßstab für das Erreichen normativer Sätze sein. All diese Modalitäten bedienen sich eben der Grammatik von Handlung, Zweck und Mittel und reflektieren dadurch je auf ihre Weise die Natur des positiven Rechts als soziale Handlung.

In dieser Erzählung werden Momente des positiven Rechts sichtbar, die die traditionelle Rechtstheorie vernachlässigt. Hierzu gehören insbesondere die intentionale Dimension sowie die in vielen Fällen vorliegende Internalisierung des Anspruchs auf soziale Gestaltung durch direkte Koppelungen von Recht und empirischer ‚Wirklichkeit‘. Gleichzeitig werden durch die der gemeinsamen Erzählung unterliegenden Unterscheidungen die mit den jeweiligen Verwendungen des Zweckbegriffs verbundenen Sachfragen als solche erkennbar. Dass dies nicht nur nicht selbstverständlich ist, sondern im Gegenteil fehlende Differenzierungen zu erheblichen inhaltlichen Problemen führen, zeigt der Umgang mit dem Zweckbegriff in zahlreichen rechtswissenschaftlichen Einzeldiskursen. Bevor diesen in den folgenden Kapiteln nachzugehen ist, ist jedoch einzulösen, was bisher nur behauptet wurde: Dass sich im Bezug auf den Erlass von Rechtsakten tatsächlich sinnvoll von einer (kollektiv) intentionalen Aktivität reden lässt.

C. Rechtsetzung als kollektive intentionale Aktivität

Seit Zwecke nicht mehr als Ausdruck einer objektiven Ordnung, sondern als Resultat von Handlungen verstanden werden, verweisen sie also stets auf ein handlungsfähiges Zweckssubjekt. Denn es gilt: „Action without a name, a

‘who’ attached to it, is meaningless.“¹⁶⁸ Doch ist, wie schon angedeutet, die Übertragung der Begriffe Handlung, Zweck und Intentionalität auf kollektive Phänomene problematisch. Denn hierbei müssen zwei gegenläufige, für sich je starke Intuitionen in Einklang gebracht werden: Einerseits sprechen wir Kollektiven selbstverständlich Handlungsfähigkeit zu.¹⁶⁹ So gelten etwa demokratische Gesetzgebungsorgane als Autoren des Rechts; sie werden als Einheiten konzipiert, deren Wille, Ziele und Absichten für die Auslegung des Rechts entscheidend sein sollen. Andererseits wird die Vorstellung überindividueller handlungsfähiger Entitäten allgemein abgelehnt. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurden die sich hierbei stellenden Fragen mit Begriffen wie ‚Organismus‘, ‚Fiktion‘ oder eben Jellineks ‚Zweckeinheiten‘ diskutiert.¹⁷⁰ Metaphysische Vorstellungen eines substantiellen überindividuellen Willens sind spätestens seither auch in der Rechtswissenschaft keine ernsthafte Alternative mehr.¹⁷¹

Das Problem, ob und wie die Handlungsfähigkeit kollektiver Entitäten begründet werden kann, ist jedoch viel älter. In der Rechtswissenschaft bildete lange Zeit die Figur der ‚juristischen Person‘ den Rahmen für entsprechende Diskussionen.¹⁷² Die Verleihung rechtlicher Handlungsfähigkeit an kollektive

¹⁶⁸ *Arendt*, *Human Condition*, ²1998, S. 180 f.

¹⁶⁹ Vgl. nur die pragmatische Position *Stephen Breyers* zu dieser Frage: „All this is to say that ascribing purposes to groups and institutions is a complex business, and one that is often difficult to describe abstractly. But that fact does not make such ascriptions improper. In practice, we ascribe purposes to group activities all the time without many practical difficulties.“ (*Breyer*, *Legislative History*, *Southern California L. Rev.* 65 (1992), S. 845 (865)).

¹⁷⁰ Hierzu ausführlich oben unter § 2 A. IV. und § 4 C.

¹⁷¹ Vgl. hierzu nur neben den oben schon genannten Autoren prominent *Lukas*, *Willen des Gesetzgebers*, in: van Calker (Hrsg.), *Festgabe Paul Laband*, 1908, S. 397 (402).

¹⁷² Bekanntlich wurde diese Frage bereits im Mittelalter im kanonischen Recht diskutiert. Die Entscheidung *Innozenz’ IV.* auf dem Konzil in Lyon setzte dieser Diskussion ein vorläufiges Ende. Danach konnte eine bloße „*persona repr(a)esentata*“ oder „*persona ficta*“ als reiner „*nomen intellectuale*“ nicht exkommuniziert werden. Diskussion, Entscheidung und Folgen arbeitet auf: *Kantorowicz*, *The King’s two bodies*, ⁷1997, S. 305 f. S. zur Theoriesgeschichte auch ausführlich *Dewey*, *Corporate Legal Personality*, *Yale L. J.* 35 (1925–1926), S. 655 ff.; *Wolff*, *Organschaft und juristische Person*, Bd. 1, 1933. Eigentliche theoretische Durchdringung erfährt die juristische Person allerdings erst im 19. Jahrhundert: *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, ²1967, S. 242; *Hager*, *Bodies Politic*, *U. Pitt. L. Rev.* 50 (1988–1989), S. 575 ff. (zu Gierke und den ihm folgenden Autoren); *Runciman*, *Pluralism*, 1997 (für die englische Pluralismus-Diskussion im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts). Zu aktuelleren Theorieentwicklungen vgl. nur die Nachweise bei *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, ⁶2012, Vorbemerkung zu §§ 21 ff. Rn. 2–6 m. w. N.; *Larenz/Wolf*, *BGB AT*, ⁸1997, S. 166; sowie insbes. *Teubner*, *Unternehmenskorporatismus*, *KritV* 1987, S. 61 ff.; *Raiser*, *Juristische Person*, *AcP* 199 (1999), S. 104 ff. (*Raiser* stellt trotz eines soziologischen Ansatzes letztlich maßgeblich auf die „*rechtliche Anerkennung sozialer Verbände und Organisationen als juristische Personen*“ ab, vgl. ebd.,

Entitäten war mit *Franz Wieacker* „ein Monument moderner Begriffs- und Systemarbeit“.¹⁷³ Heute ist dagegen ein „pragmatischer common sense“ an die Stelle intensiven Nachdenkens über individualistische, kollektivistische oder organische Modelle zur Konstruktion gesellschaftlicher Assoziationen getreten.¹⁷⁴ Auch gelegentliche systemtheoretisch informierte Irritationen, die den Gegensatz von Kollektiv und Individuum durch deren jeweilige Entfaltung als Formen sozialer Handlungsattribution unterlaufen wollen, erschüttern diese Praxis nicht mehr nachhaltig.¹⁷⁵ Nur über die Strafbarkeit juristischer Personen¹⁷⁶ sowie über die Möglichkeit der Übertragung entsprechender Regelungskonzepte auf die internationale Ebene¹⁷⁷ wird noch ernsthaft diskutiert. Hier stehen allerdings die Besonderheiten der Sachmaterien gegenüber der allgemeinen Frage nach der (rechtlichen) Handlungsfähigkeit kollektiver Einheiten ganz im Vordergrund.

Ein Feld, in dem die Frage nach der Möglichkeit der intentionalen Aktivität von Kollektiven dagegen nach wie vor äußerst virulent ist, ist die Rechts(-anwendungs-)theorie. Dort geht es nicht um Unternehmen oder andere kollektive Akteure als Adressaten des Rechts, sondern, gewissermaßen noch fundamentaler, um die Intentionalität der rechtsetzenden Akteure selbst. Wenn dabei die Frage nach den Regelungsabsichten oder dem Willen des Gesetzgebers gestellt wird, wird die eingangs angesprochene Ambivalenz besonders deutlich. So zentral dieser Wille für das Normativitäts- und Legitimationskonzept im Verfassungsstaat ist, so ausgeprägt ist der Unwille, ein entsprechendes Konzept theoretisch auszuformulieren. Gerade in der Ausle-

S. 140); sowie – allerdings sehr knapp – *Krawietz*, ‘Collective Agents’, in: Meggle (Hrsg.), *Actions, Norms, Values*, 1999, S. 273 ff.; *ders.*, Institutionelle öffentliche Planung, in: Erbguth/Oebbecke et al. (Hrsg.), *FS Hoppe*, 2000, S. 97 (106 ff.).

¹⁷³ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*,² 1967, S. 242.

¹⁷⁴ So schon *Brecher*, *Subjekt und Verband*, in: Dietz (Hrsg.), *FS Hueck*, 1959, S. 233 f., der konstatiert, dass die unterschiedlichen theoretischen Entwürfe kaum Einfluss auf Praxis und Dogmatik hätten, wo vielmehr allgemein der Konsens bestünde, bestimmt qualifizierte kollektive Entitäten weitgehend *wie* Individuen zu behandeln. Ähnlich auch der Befund bei *Teubner*, *Unternehmenskorporatismus*, *KritV* 1987, S. 61.

¹⁷⁵ Vgl. eben *Teubner*, *Unternehmenskorporatismus*, *KritV* 1987, S. 61 (63, 67 ff.); *Krawietz*, ‘Collective Agents’, in: Meggle (Hrsg.), *Actions, Norms, Values*, 1999, S. 273 ff.; *ders.*, Institutionelle öffentliche Planung, in: Erbguth/Oebbecke et al. (Hrsg.), *FS Hoppe*, 2000, S. 97 (106 ff.). Die Diskussionen um das Verhältnis von (individuellem) Handeln und (kollektiver) Struktur, die für Sozialphilosophie und Sozialwissenschaft prägend waren und sind (vgl. den Überblick bei *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 239 ff.), hat das Recht nicht in vergleichbarer Weise geprägt.

¹⁷⁶ Vgl. dazu nur *Scholz*, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, *ZRP* 2000, S. 435 m. w. N.; sowie umfassend die Beiträge in *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012.

¹⁷⁷ Vgl. zu dieser Debatte nur den Band von *Johns* (Hrsg.), *International Legal Personality*, 2010.

gungstheorie wird aus sogleich näher zu erörternden Gründen ganz überwiegend davon ausgegangen, dass Kollektive, also insbesondere der Gesetzgeber, allenfalls im Wege der (verunglückten¹⁷⁸) Fiktion¹⁷⁹ oder der (gefährlichen¹⁸⁰) Metapher¹⁸¹ als zwecksetzende, intentional handelnde Akteure gelten könnten.¹⁸² Entsprechende Kritik zieht sich von der provokanten Formulierung *Carl Schmitts* vom Gesetzgeber als „Gespenst“¹⁸³ bis zur fast schon plakativen Mahnung bei *Kenneth Shepsle*: „Congress is a ‘They’, not an ‘It’“¹⁸⁴. Die zentrale Schnittstelle von Legitimations- und Auslegungstheorie ist damit in theoretischer Hinsicht eine Leerstelle.

¹⁷⁸ Kirby, Grand Theory, Statute L. Rev. 24 (2003), S. 95 (98 f.).

¹⁷⁹ So bereits *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1823), 1970, Chapter 1, iv: „[t]he community is a fictitious *body*“; ebenso *Austin*, Lectures on Jurisprudence, 1869, S. 364: Gruppen gelten als handlungsfähige Subjekte „only by figment, and for the sake of brevity of discussion“. S. etwa auch aus der politischen Theorie *McNollgast*, Legislative Intent, Law and Contemporary Problems 57 (1994), S. 3 (12): „The language of a statute can be regarded as a statement of the preferences of a fictitious decisionmaker who embodies the compromises that solved the collective action problem.“ Zur Komplexität des Fiktionsbegriffs eben am Beispiel der juristischen Person *Kelsen*, Fiktionen, Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630 (637 ff.). Zu Kelsens eigenem Verständnis einer theoretischen Grundlegung der juristischen Person vgl. nur *Groh*, Demokratische Staatsrechtslehrer, 2010, S. 120 f. m. w. N. Ausgeführt anhand der Bedeutung der Fiktion des gesetzgeberischen Willens für die Rechtsanwendung bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 354; vgl. auch *Baldus*, Einleitung, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 1; *Lorz*, Gesetzesauslegung, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 87 (97 f.).

¹⁸⁰ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67d (S. 96 f.), Rn. 263 („eine entbehrliche, verwirrende und im übrigen wissenschaftsgeschichtlich überholte Metapher“), Rn. 443; *Bumke*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (29 f.) (mit der Warnung davor, „Scheinphänomene zu verfolgen“); *Röhl*, Legislator’s Intent. Limits of a Concept, in: Seebaß/Schmitz/Gollwitzer (Hrsg.), Acting Intentionally and Its Limits, 2013, S. 121 ff.

¹⁸¹ S. nur jüngst *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 628 („Der Wille des Gesetzgebers ist nicht mehr als eine brauchbare Metapher für einen historischen Komplex“); *Nourse*, Decision Theory, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (74, 81). Vgl. etwa auch die Entscheidung des High Court of Australia in *Momcilovic v The Queen* [2011] HCA 34 (8. September 2011), Rn. 146.

¹⁸² Die „Einigkeit“, die *Fleischer*, Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087 (2089), insoweit diagnostiziert, betrifft die Ablehnung eines ‚substantiellen‘ Staatswillens; eine gemeinsame Theorie dessen, wofür ‚Fiktion‘, ‚Metapher‘ oder ‚Zurechnung‘ stehen sollen, ist nicht erkennbar.

¹⁸³ *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912, S. 30. Vgl. auch die entgegengesetzten Auffassungen bei *Lukas*, Willen des Gesetzgebers, in: van Calker (Hrsg.), Festgabe Paul Laband, 1908, S. 397 ff.; und *Heck*, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (111).

¹⁸⁴ *Shepsle*, Congress Is a “They,” Not an “It”, International Review of Law and Economics 12, no. 2 (1992), S. 239 ff.

Wenn hier die Möglichkeit erprobt werden soll, von Rechtsetzung als kollektiv intentionaler Aktivität in einem mehr als bloß metaphorischen oder fiktionalen Sinne zu sprechen, ist also vor allem den im Rahmen der Auslegungstheorie artikulierten Einwänden zu begegnen. Dennoch betreffen die folgenden Ausführungen nicht allein die Frage, wie Rechtsetzung als intentionale Aktivität in der Rechtsanwendung zu rekonstruieren ist. Vielmehr geht es grundsätzlich darum, unter welchen Perspektiven und mit welchen Kategorien Rechtsetzung als soziales und eben auch intentionales Phänomen zu analysieren ist.¹⁸⁵ Wie dies in der Rechtsanwendung einzuholen ist, ist später ausführlich zu erörtern.¹⁸⁶

In einem ersten Schritt ist hier die aktuell wohl einflussreichste Variante der Kritik an der Vorstellung zu analysieren, kollektive Einstellungen ließen sich mit einem intentionalen Vokabular beschreiben. Diese wird von den Vertretern der Public Choice-Theorie formuliert, widerlegt jedoch tatsächlich nur die naive Annahme, Gruppeninteressen ließen sich allein mittels der Aggregation der in der Gruppe organisierten Einzelinteressen bestimmen. Entgegen der vielfach daraus gezogenen Schlussfolgerungen trägt die Public Choice-Theorie jedoch nichts zum Problem der Beschreibung von Kollektiven mittels eines handlungstheoretischen und intentionalen Vokabulars bei (I.). In einem zweiten Schritt ist daher anhand von Untersuchungen, die in jüngster Zeit in der Sozialphilosophie unter dem Leitmotiv „Kollektive Intentionalität“ angestellt wurden, aufzuarbeiten, wie viel komplexer das Verhältnis von Kollektiven und Intentionalität ist, als dies herkömmlich in der Rechtstheorie unterstellt wird. Wichtig ist dabei vor allem, zwischen (sozial-)ontologischen Verwendungen des Intentionalitätsbegriffs und Verwendungen im Kontext von Verantwortlichkeitszuschreibungen zu differenzieren (II.). Auf dieser Grundlage setzt dann der Versuch an, eine rechtswissenschaftliche Perspektive auf die Intentionalität, Handlungs- und Zwecksetzungsfähigkeit des demokratischen Gesetzgebers zu entwickeln (III.).

Vorab muss erneut betont werden, dass diese intentionale Perspektive nichts ist, was künstlich an das Recht herangetragen werden muss. Vielmehr ist der rechtliche Sprach- und Argumentationsraum voll von Bezugnahmen auf die „Regelungsabsichten“ des Gesetzgebers, dessen „Intentionen“ oder „Willen“.¹⁸⁷ Sofern man sich nicht damit zufrieden geben will, dahinter allein eine die eigentlichen Begründungen verschleiernde Rhetorik zu vermuten, gilt es, Regeln zu entwickeln, die den Umgang mit dieser Art, über Recht und Rechtsetzung nachzudenken, konditionieren. Im Folgenden ist also der Ver-

¹⁸⁵ Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 130, weist zu Recht darauf hin, dass diese Frage nicht nur die Auslegungslehre, sondern etwa auch die Möglichkeit der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung betrifft.

¹⁸⁶ Dazu dann speziell näher unter § 8 C. III. und D.

¹⁸⁷ Hierzu ausführlich unter § 8 B. I. und C. III.

such zu unternehmen, ein produktives Verständnis dieser etablierten rechtlichen Argumentationsform zu entwickeln. Wenn dabei ganz überwiegend vom parlamentarischen Gesetzgeber als kollektivem Akteur die Rede ist, hat dies lediglich exemplarische Funktion. Prinzipiell gelten die folgenden Ausführungen für alle kollektiv organisierten rechtlichen Akteure.

I. Intentionalität und Kollektive: Realistische Einwände

Nach verbreiteter Auffassung wird die Idee, ‚der‘ Gesetzgeber könne als intentional handelnde Entität verstanden werden, von der Wirklichkeit entzaubert. Entsprechende Kritik begleitet das Gesetz spätestens seit seinem Aufstieg zum praktisch wirksamsten Mittel rechtlicher Gestaltung.¹⁸⁸ Insbesondere die mit realistischem Anspruch auftretende Freirechtsschule sowie deren Folgebewegungen in Skandinavien und in den USA radikalisierten die Kritik und erklärten jede Redeweise vom Gesetzgeber als Zwecksetzer zur Verirrung.¹⁸⁹ Andere Richtungen, etwa strikt am Wortlaut orientierte ebenso wie das schöpferische Moment des Interpretieren betonende Hermeneutiken, verwandelten sich diese Argumente später an.¹⁹⁰ Besonders intensiv wird die

¹⁸⁸ So etwa einflussreich *Binding*, Handbuch, Bd. 1, 1885, S. 455 f.: „In Wahrheit täuschen sich diejenigen, welche die Herausstellung des gesetzgeberischen Willens als Ziel der Auslegung bezeichnen und dabei an einen Individual-Willen denken, über ihre eigene Meinung. Denn ihr Gesetzgeber ist ihnen ein Schöpfer von Rechtssätzen, ausgestattet mit vollem Verständnis der juristischen Technik, mit vollem Überblick über die zu regelnden Lebenserscheinungen, mit dem besten Willen, diese durchaus zweckentsprechend zu gestalten, mit der Fähigkeit, seinen Gedanken im Gesetz den passendsten Ausdruck zu geben, mit der vollen Einsicht in den Zusammenhang des Gesetzes und der Gesetze, endlich mit dem Willen eines Charakters, der zu den Konsequenzen seiner Entschlüsse auch dann steht, wenn er nicht an sie gedacht hat. Ein solcher Gesetzgeber ist ein Ideal und kein Mensch“.

¹⁸⁹ Aus der unübersehbaren Literatur vgl. nur für Deutschland: *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912, S. 30; für Skandinavien: *Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 336 f.: „dogmatisches Phantom“; für die USA: populär *Holmes*, Theory of Legal Interpretation, Harvard L. Rev. 12 (1899), S. 417 (419) („[w]e do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means“) (vgl. dazu aber auch die Hinweise auf die häufige Verwendung intentionaler Figuren bei *Holmes* bei *Solan*, Private Language, Public Law, Georgetown L. J. 93 (2005), S. 427 (454 f.)); dann maßgeblich: *Radin*, Statutory Interpretation, Harvard L. Rev. 43 (1930), S. 863 (869 f.): „The least reflection makes clear that the law maker, *der Gesetzgeber*, *le législateur*, does not exist [...]. A legislature certainly has no intention whatever [...]“. Eine detaillierte Auseinandersetzung damit bei *Landis*, Statutory Interpretation, Harvard L. Rev. 43 (1929–1930), S. 886 ff.; sowie aus jüngster Zeit *Ekins*, Intent, 2012, S. 5 ff.

¹⁹⁰ S. nur einerseits *Scalia/Gutmann*, A Matter of Interpretation, 1997, S. 31; andererseits *Dworkin*, Law’s Empire, 1986, S. 313–354 (in *Law’s Empire* zeichnet Dworkin ein besonders skeptisches Bild des Gesetzgebungsprozesses – zu Entwicklungen in Dworkins Theorie der Gesetzgebung s. nur *Goldsworthy*, Dworkin, Constitutional Commentary 17 (2000), S. 49 ff.; zur Auseinandersetzung mit Dworkins Theorie s. insbes. *Ekins*, Intent,

Frage nach dem „legislative intent“ seit etwa 25 Jahren in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft diskutiert. Unter dem Schlagwort von „new textualism“ und ausgestattet mit der aktuell aggressivsten Variante realistischer Kritik, der Public Choice-Theorie, sind Vorstellungen davon, kollektive Entitäten wie der Gesetzgeber könnten als intentionale Akteure verstanden werden, unter erheblichen Rechtfertigungsdruck geraten.¹⁹¹ Diese Kritik nötigt zu drei Fragen: Auf welchen Beobachtungen beruht sie? Welche Probleme bearbeitet sie? Und welches Verständnis von Intentionalität unterliegt ihr?

1. Gesetzgebungsverfahren und Public Choice-Theorie

Die Public Choice-Theorie führt insbesondere folgende Kritikpunkte im Hinblick auf die Verwendung intentionaler Kategorien zur Beschreibung des kollektiv organisierten Gesetzgebungsverfahrens an¹⁹²: Aus dem politischen Erfahrungswissen wird auf die Vielzahl verschiedener, teils gegenläufiger Interessen der konkret am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen verwiesen, die regelmäßig bestimmten Interessengruppen, Wählerschichten, Parteilogiken und vor allem dem Projekt ihrer Wiederwahl verpflichtet sind. Diese Interessen ließen sich zwar politisch in ein Gesetz als Text gewordenen Kompromiss fassen, nicht aber analytisch zu einem übergreifenden Zweck aufsummieren, der gleichsam einem übergeordneten Akteur – eben ‚dem‘ Gesetzgeber – zugeschrieben werden könne.¹⁹³ In den Worten *Jeremy Waldrons*:

2012, S. 15–30). Vgl. ferner auch die wirkmächtige Kritik bei *Waldron*, *Law and Disagreement*, 1999, S. 119–146.

¹⁹¹ Für die in diesem Zusammenhang in der Rechtsanwendungstheorie vorgebrachten Einwände siehe ausführlich unter § 8 D. Die Popularität der Rational-Choice-Kritik in der modernen angloamerikanischen rechtswissenschaftlichen Literatur ist auch Reaktion auf die idealistischen Unterstellungen des sog. „purposivism“ der „legal process“-Bewegung um *Hart* und *Sacks*, deren Grundannahme war „that the legislature is filled with ‘reasonable persons pursuing reasonable purposes reasonably’“ (*Hart/Sacks et al.*, *Legal Process*, 1994, S. 1415); s. dazu *Esckridge*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 26–27; zur historischen Einordnung dieser überragend erfolgreichen Interpretationstheorie: *Esckridge/Frickey*, *Legal Process*, *Harvard L. Rev.* 107 (1993–1994), S. 2031 ff.

¹⁹² Zur Einordnung der entsprechenden Ansätze vgl. nur *Kornhauser*, „Economic Analysis“, in: SEP, Fall 2011 Edition (unter 1.). Ein Überblick über die kaum zu überschauende Debatte bei *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 105 ff.

¹⁹³ S. nur die Nachweise bei *Esckridge*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 26 f., mit einer instruktiven Studie zur Vielzahl gegenläufiger Interessen, die bei der Entstehung des U. S. Civil Rights Act von 1964 eine Rolle gespielt haben, und deren Würdigung durch den U.S. Supreme Court. Ähnlich etwa *Simmons*, *Unmasking the Rhetoric of Purpose*, *Emory L. J.* 44 (1995), S. 117 (130 f.). Auch *Dworkin*, *Law’s Empire*, 1986, S. 323 f., verweist auf die „selfish ambitions“ einzelner Abgeordneter, die schon aus normativen Gründen keine Berücksichtigung verdienten.

„Legislation [...] is the product of a multi-member assembly, comprising a large number of persons of quite radically differing aims, interests, and backgrounds. Under these conditions, the specific provisions of a particular statute are often the result of compromise and line-item voting. It is perfectly possible, for example, that [a parliamentary act], considered as a whole, does not reflect the purposes or intentions of any of the legislators who together enacted it.“¹⁹⁴

Theoretisch überformt wird dieser Befund durch sozial- und politikwissenschaftliche Analysen kollektiver Entscheidungsprozesse. Danach stellen sich kollektive Präferenzen oder Einstellungen nicht einfach als Summierung individueller Präferenzen oder Einstellungen dar. Nach dem *Arrow-Theorem* gelte, stark vereinfacht, dass die Herstellung einer gemeinsamen Rangordnung von Präferenzen in einem kollektiven Entscheidungsverfahren, in dem jeder Beteiligte zwischen mehr als zwei individuellen Alternativen zu wählen hat, unter Einhaltung bestimmter Bedingungen, die üblicherweise als Anhaltspunkte für die Repräsentativität einer Gruppenentscheidung gelten, unmöglich ist.¹⁹⁵ Ferner sei laut dem sogenannten *Condorcet-Paradox* (auch *voter cycling*) die Zyklizität kollektiver Präferenzentscheidungen trotz Transitivität der individuellen Präferenzen gegeben, d. h. es sei unmöglich, bei einer Entscheidung von drei oder mehr Personen unter drei oder mehr Optionen zu von vornherein eindeutigen Ergebnissen zu gelangen, da zufällige Umstände – etwa der Umstand, in welcher Reihenfolge die Abstimmung

¹⁹⁴ *Waldron*, *Law and Disagreement*, 1999, S. 125. *Waldrons* Kritik geht nicht in dieser Beobachtung auf. *Waldrons* Intention ist, die spezifische Legitimität der Entscheidung des Gesetzgebers als eines vergleichsweise großen Kollektivs zu begründen. Das Bild der Persönlichkeit oder der Willensbildung sei nicht geeignet, um die Tätigkeit des Gesetzgebens adäquat darzustellen. Das Eigentliche der Gesetzgebung, die Pluralität und Diversität der im Parlament vertretenen Individuen sowie die im Gesetzgebungsverfahren internalisierte Auseinandersetzung („disagreement“), drohe in derartigen Metaphern aus dem Blick zu geraten. Hier ist keine ausführliche Auseinandersetzung mit *Waldrons* Theorie der Gesetzgebung möglich. Im Folgenden ist vielmehr die Möglichkeit eines Konzepts von (kollektiver) Intentionalität zu erproben, das die von *Waldron* zu Recht angeführten Gesichtspunkte berücksichtigt.

¹⁹⁵ Diese Bedingungen werden in der üblichen Terminologie mit den Begriffen ‚unrestricted domain‘, ‚non-dictatorship‘, ‚Pareto efficiency‘ und ‚independence of irrelevant alternatives‘ bezeichnet. Zur Anwendung auf parlamentarische Gesetzgebung: *Shepsle*, *Congress Is a “They,” Not an “It”*, *International Review of Law and Economics* 12, no. 2 (1992), S. 239 ff., der daraus folgert: „Legislative intent is an internally inconsistent, self-contradictory expression [that] has no meaning“ (ebd., S. 239), sowie: „In the context of majority rule voting, this theorem implies that it is not possible to guarantee that a majority rule process will yield coherent choices. Put differently, if the preferences of the members of a voting body display a modicum of diversity, then majority voting need not generate a transitive ordering of the alternatives available for choice“ (ebd., S. 241). Zur kritischen Auseinandersetzung mit *Shepsles* Argumentation s. insbes. *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 40–46.

vorgenommen wird – das Ergebnis beeinflussen können.¹⁹⁶ Schließlich werden diese beiden Punkte als sog. *discursive dilemma* oder *List-Pettit-Theorem* verallgemeinert. Danach kann jede Aggregation von per sukzessiven Mehrheitsentscheidungen bestimmten Präferenzen ohne weitergehende Binnenregulierung zu inkonsistenten Entscheidungen führen.¹⁹⁷ Diese Binnenregulierung umfasst prozedurale und institutionelle Regelungen wie Fraktionszwang, Zeitbegrenzungen, eine vorab definierte Anzahl an Beratungen und Abstimmungen, sowie strategische Aushandlungsprozesse und Kompromissinstitutionen – mithin Regelungen, die nicht auf Herstellung eines möglichst korrekten Abbilds konkreter Mehrheitspräferenzen, sondern auf die Herbeiführung von Entscheidungen überhaupt gerichtet sind. Institutionen brauchen also, um zu entscheiden, bestimmte entscheidungsermöglichende Regeln, die jedoch notwendig bestehende Präferenzen verzerren und damit Einfluss auf die Inhalte der Entscheidungen nehmen.¹⁹⁸

2. Das Problem der Interessenaggregation

Akzeptiert man diesen (in Teilen durchaus anfechtbaren¹⁹⁹) Theorierahmen, was zeigen dann die sozialwissenschaftlichen Befunde? Muss auf Grundlage dieser realistischen Kritik jede Rede von den Zwecken oder Intentionen kollektiver Entitäten wie ‚dem‘ Gesetzgeber aufgegeben werden? Bei genauer Betrachtung sind die Schlussfolgerungen, die sich aus den Beobachtungen ziehen lassen, jedoch begrenzt.²⁰⁰

Zutreffend widerlegt die Kritik allzu naive Vermutungen davon, dass Gruppenentscheidungen ohne Einfluss spezifischer gruppendynamischer Effekte blieben und sich auf individuelle Absichten und Einzelinteressen

¹⁹⁶ Zu diesen beiden Ansätzen s. nur den instruktiven Überblick bei *Farber/Frickey*, *Law and Public Choice*, 1991, S. 38–42; sowie die Aufbereitung bei *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*,³ 2008, S. 278 ff.

¹⁹⁷ S. dazu *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 ff.; *List/Pettit*, *Aggregating Sets of Judgments*, *Synthese* 140 (2004), S. 207 ff.; *List/Pettit*, *Group Agency*, 2011, S. 43 ff. Dieser Ansatz baut auf früheren Überlegungen von *Lewis Kornhauser* und *Lawrence Sager* auf.

¹⁹⁸ Nach *Shepsle*, *Congress Is a “They,” Not an “It”*, *International Review of Law and Economics* 12, no. 2 (1992), S. 239 (246–248), stellen derartige Regeln eben die Legitimität der Mehrheitsentscheidung in Frage, da diese nicht mehr adäquat die Präferenzen der Mehrheit wiedergibt.

¹⁹⁹ Vgl. nur die Kritik bei *Farber/Frickey*, *Law and Public Choice*, 1991, S. 42 ff.; eine grundsätzliche Kritik, vor allem an der empirischen Aussagekraft entsprechender Theoriesätze, bei *Green/Shapiro*, *Pathologies of Rational Choice Theory*, 1994.

²⁰⁰ Weitere mögliche kritische Einwände gegen eine am Public Choice-Paradigma – bzw. an simplifizierenden Versionen – orientierte Theorie der Gesetzgebung bleiben hier außer Betracht, s. dazu etwa *Shepsle*, *Congress Is a “They,” Not an “It”*, *International Review of Law and Economics* 12, no. 2 (1992), S. 239 (240); *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 83 f.

zurückführen ließen, bzw. umgekehrt individuelle Zwecke bruchlos zu einem ‚Gesamtzweck‘ aggregiert oder aufaddiert werden könnten. Die Summe der Intentionen und Präferenzen der Individuen ist nicht mit der Intention oder Präferenzentscheidung der Gruppe identisch.²⁰¹ Vielmehr ist problematisch und ab einem bestimmten Komplexitätsgrad sogar unmöglich, über die Intentionen und Zwecke einzelner Mitglieder auf die Zwecke zu schließen, auf die sich das Kollektiv geeinigt hat. Daher sind die Vorstellungen, Motive und Zwecke der individuellen Mitglieder des rechtsetzenden Kollektivs nicht einfach identisch mit etwaigen Zwecken des Gesetzgebers. Hinter dem kollektiven Akteur stehen eben nicht die isolierten Individuen.²⁰²

Die skizzierte Kritik betrifft damit insbesondere solche normativen Theorien, die etwa Demokratie als Mechanismus zur möglichst fairen und effizienten Aggregation individueller Interessen verstehen.²⁰³ Ferner nötigt sie sowohl bei der Rekonstruktion eines ‚vernünftigen‘ oder neutralen Gesetzeszwecks wie auch bei dem Verweis auf Gesetzgebungsmaterialien zum Zweck der Ermittlung der Präferenz ‚des‘ Gesetzgebers zur Vorsicht.²⁰⁴ Aus Sicht der Verfassungsrechtswissenschaft sind diese Befunde jedoch weder überraschend noch beunruhigend. Dass die Staatswillensbildung im demokratischen Verfassungsstaat äußerst plural erfolgt, war für die verfassungsrechtliche Forschung immer schon geläufig. So heißt es etwa bei *Helmuth Schulze-Fielitz*:

„Unter den Bedingungen einer Verfassung des Pluralismus wirkt anstelle ‚des‘ Gesetzgebers eine unübersehbare Vielfalt von ‚extrakonstitutionellen‘ tatsächlichen Wirkkräften

²⁰¹ Diese Kritik richtet sich gegen „summative“ Beschreibungen kollektiver Entitäten, wie sie etwa *Anthony Quinton* vertreten hat und wie sie auch bei *Andrei Marmor* durchscheinen (vgl. *Marmor*, *Interpretation*, 1992, S. 162). S. ausführlich etwa *Quinton*, *Social Objects*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 75 (1975–1976), S. 1 (17): „We do, of course, speak freely of the mental properties and acts of a group in the way we do of individual people. Groups are said to have beliefs, emotions, and attitudes and to take decisions and make promises. But these ways of speaking are plainly metaphorical. To ascribe mental predicates to a group is always an indirect way of ascribing such predicates to its members. With such mental states as beliefs and attitudes, the ascriptions are of what I have called a summative kind. To say that the industrial working class is determined to resist anti-trade union laws is to say that all or most industrial workers are so minded.“ Zu derartigen Ansätzen s. auch die Kritik bei *Gilbert*, *Social Facts*, 1989, S. 12, und den Überblick bei *Roth*, „Shared Agency“, in: SEP, Spring 2011 Edition.

²⁰² In diesem vorsichtigen Sinne sind daher Aussagen wie die von *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 355, zu lesen: „Daß – namentlich – ‚der Gesetzgeber‘ keine realpsychische Größe darstellt, darf nicht den Blick dafür verstellen, daß sich – zum einen – hinter dem, was ‚den Gesetzgeber‘ ausmacht, sehr wohl Handlungen, Absichten, Interessen und Willen natürlicher Menschen verbergen [...]“.

²⁰³ Vgl. etwa die Skizze bei *Miller*, *Deliberative Democracy*, *Political Studies* 40, Supplement 1 (1992), S. 54 (55).

²⁰⁴ S. dazu unten § 8 D.

und Entscheidungs(bei)trägern in einem abgestuften, sich wechselseitig beeinflussenden, dauerhaften und durch die Verkündung eines Gesetzes nicht einmal beendeten Kommunikations- und Entscheidungsprozess.“²⁰⁵

3. Der enge Intentionalitätsbegriff der Public Choice-Literatur

Dass einfache Präferenzaggregationen nicht möglich sind, sagt nun aber nichts darüber aus, ob nur Individuen die Fähigkeit zur Zwecksetzung zugeschrieben werden kann. Genau das wird in der entsprechenden Literatur aber als selbstverständlich unterstellt. Zwecksetzung sei ein spezifischer mentaler Prozess, den nur der individuelle Geist leisten könne; daher sei allein ein entsprechendes mentales Substrat tragfähige Basis für die Zuschreibung der Fähigkeit zur Zwecksetzung.²⁰⁶ Je nachdem, wie streng dieses Argument gefasst wird, lässt sich im Hinblick auf Kollektive dann allenfalls noch im metaphorischen Sinne von Intentionalität reden, wenn nicht auch dies noch als potentiell verunklarend abgetan wird.²⁰⁷

Allerdings ist ein solch radikal-individualistisches und naturalistisches Verständnis von Intentionalität selbst nicht unumstritten. So wird einerseits in der analytischen Philosophie durchaus kontrovers diskutiert, ob ein ‚mentales Substrat‘ überhaupt je Voraussetzung von Intentionalität sein kann. Seit *William V. O. Quine* arbeitet sich die philosophische Intentionalitätsdiskussion an dem Dilemma ab, einerseits intentionales Vokabular nicht auf nicht-intentionales reduzieren zu können („indispensability of intentional idioms and the importance of an autonomous science of intention“), um andererseits die Leere („emptiness“) und die Unvereinbarkeit dieses Vokabulars mit einer ansonsten präferierten naturalistischen Ontologie feststellen zu müssen.²⁰⁸ Hieran zeigt sich bereits, dass ein individualistischer und naturalistischer Intentionalitätsbegriff keineswegs selbstverständlich ist.²⁰⁹ Andererseits – und

²⁰⁵ *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis, 1988, S. 255; s. auch ebd., S. 213 ff., 255 ff., 377 ff. Ebenso etwa *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, 1991, S. 30 f.: „Fest steht jedenfalls, daß das Gesetz als höchster Ausdruck staatlicher Gewalt nicht die freie Setzung eines punktuellen Willens [...], sondern in aller Regel das Ergebnis eines mehrfach gestuften und vermittelten Meinungs- und Interessenkampfes vieler Akteure ist. Das Gesetz bildet das Ergebnis komplexer Vorgänge und pluralistischer Interessenvermittlung, ist nicht singuläre Dezision“.

²⁰⁶ Vgl. etwa *Dworkin*, Law's Empire, 1986, S. 335 f.: „So long as we think legislative intention is a matter of what someone has in mind [...], we must take as primary the mental states of particular people because institutions do not have minds, and then we must worry about how to consolidate individual intentions into a collective, fictitious intention“.

²⁰⁷ Vgl. die Nachweise oben § 6 Fn. 178 ff.

²⁰⁸ *Quine*, Word and Object, 1960, S. 221. Vgl. hierzu ausführlicher oben unter § 2 C. II (insbes. § 2 Fn. 148).

²⁰⁹ S. dazu nur den Überblick in *Jacob*, „Intentionality“, in: SEP, Fall 2010 Edition (unter 9.); sowie die Sammlung maßgeblicher Texte bei: Horn/Löhrer (Hrsg.), Gründe und Zwecke, 2010.

das ist wesentlich – erschöpft sich die Diskussion um Intentionalität nicht in der Option für eine radikal-individualistische Position (dazu sogleich unter Abschnitt II.). Vor allem aber folgt hieraus für die Rechtswissenschaft nichts. Konzeptionell fügt die Kritik nämlich der seit dem 19. Jahrhundert allgemein akzeptierten Absage an metaphysische oder organische Vorstellungen von Kollektiven nichts Wesentliches hinzu. Dass ein ‚mentales Substrat‘ für die Zuschreibung rechtlicher Handlungsfähigkeit ebenso wenig erforderlich ist, wie umgekehrt mit der Zuschreibung der Handlungsfähigkeit an Kollektive deren Substantialisierung erfolgt, versteht sich seither eigentlich von selbst. Die Möglichkeit, eine intentionale Perspektive auf kollektive Prozesse zu entwickeln, ist dadurch jedoch, wie in der Einleitung schon ausgeführt, keineswegs ausgeschlossen. Doch wie kann solch eine Perspektive aussehen?

II. Potentiale des Intentionalitätsbegriffs in kollektiven Kontexten

Unter dem Leitbegriff „Kollektive Intentionalität“ entdeckt die analytisch geprägte Handlungstheorie seit Mitte der 1990er Jahre die soziale Dimension individueller Handlungen neu.²¹⁰ Die Bewegung widmet sich Handlungsaspekten, die in der analytischen Handlungstheorie lange vernachlässigt wurden, insbesondere der Gruppenbezogenheit von Handlungen. Dabei soll ein zu enges Intentionalitätsverständnis für die soziale Dimension von Handlungen geöffnet werden.²¹¹ Diese Theorieansätze knüpfen an die uralte Frage nach dem Verhältnis von Individuum und Gesellschaft an.²¹² Die Theorie Kollektiver Intentionalität zeichnet sich nun dadurch aus, dass sie diese Problemstellung eben vom Phänomen der intentionalen Handlung her denkt und diese von vornherein in einen sozialen Kontext einbettet. Ziel entsprechender Ansätze ist es plausibel zu machen, dass Begriffe wie Handlung, Intentionalität und Zwecksetzung im Hinblick auf bestimmt strukturierte Gruppen nicht nur rein metaphorisch gebraucht werden können, sondern durchaus eigenständige Bedeutung haben. Entsprechende Überlegungen sind in der jüngsten Zeit in Sozialphilosophie, Sozialwissenschaften und der (Sozial-)Psychologie

²¹⁰ Für eine deutschsprachige Sammlung der maßgeblichen Texte der entsprechenden philosophischen Debatte s. Schmid/Schweikard (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität*, 2009.

²¹¹ Zu diesem Begriff vgl. nur den Überblick bei *Jacob*, „Intentionality“, in: SEP, Fall 2010 Edition.

²¹² Die Theorie Kollektiver Intentionalität nimmt also auf, was zuvor bereits vielfach als „Kollektivbewusstsein“ (*Durkheim*), „soziales Handeln“ (*Max Weber*) oder „kommunikatives Handeln“ (*Habermas*) beschrieben worden ist. Vgl. auch die pointierte Darstellung der verschiedenen Handlungstheorien bei *Nassehi*, *Der soziologische Diskurs*, 2006, S. 310–328. Wenigstens indirekt reagiert die analytische Handlungstheorie so auf *Habermas*’ herbe Kritik an ihrer vormaligen intellektuellen Sterilität. Vgl. *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, 1995, S. 369 f.

Gegenstand intensiver Forschungen geworden.²¹³ Indem der Intentionalitätsbegriff so in ontologischer Hinsicht von traditionellen Verengungen befreit wird, kann er auch in weiteren Verwendungskontexten neu in den Blick genommen werden. Insofern ist an einen Punkt anzuknüpfen, der in der realistischen Kritik ganz ausgeblendet wurde, der aber für das Verständnis des Begriffs wesentlich ist: Üblicherweise ist die Fähigkeit zur intentionalen Handlung nichts, worauf allein im Zusammenhang mit der Beschreibung mentaler Kapazitäten von bestimmten Entitäten Bezug genommen wird, sondern – zumindest in praktischen Kontexten – auch Produkt einer Zuschreibung, mit der Entitäten aufgrund der internen Rationalität ihrer Entscheidungsprozesse als normativ verantwortliche Personen gekennzeichnet werden. Insgesamt weisen diese sozialtheoretischen Ansätze ein erhebliches Potential auf, die eindimensionalen Gegenüberstellungen von Entwürfen zur ‚Natur‘ kollektiver Entitäten, die zwischen Organizismus und Substantialismus einerseits sowie Fiktion und Metapher andererseits changieren, zu überwinden. Mit ihrer Hilfe kann ein theoretisch differenzierteres und praktisch realistischeres Verständnis der Kategorien von Handlung, Zweck und Intentionalität und der mit diesen Kategorien analysierten Phänomene im Recht erreicht werden.

1. Kollektive Intentionalität als sozialontologisches Phänomen

Überlegungen zur Kollektiven Intentionalität beginnen mit einer einfachen Beobachtung, die Autoren wie *John Searle*, *Margaret Gilbert* und *Raimo Tuomela* gemacht haben, nämlich dass sich bestimmte gruppenbezogene Handlungen und Intentionen nie vollständig auf individuelle Handlungen und Intentionen reduzieren lassen.²¹⁴ Anderenfalls ließen sich Handlungen, an

²¹³ Vgl. neben der im engeren Sinne philosophischen Debatte um den sozialontologischen Status kollektiver Intentionalität noch aus dem Bereich der sozialwissenschaftlichen Forschung: *Warner*, *Publics and Counterpublics*, 2002, S. 123, zur handlungstheoretischen Beschreibung organisierter Öffentlichkeiten; *Neuhäuser*, *Unternehmen als moralische Akteure*, 2011, der das im Titel erwähnte Problem unter Rückgriff auf die Theorie kollektiver Intentionalität bearbeitet; *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, die geschichtliche Erklärungen an kollektiv intentionale Handlungen anknüpfen will. Auch in der (sozial-)psychologischen Forschung über Spracherwerb und Kooperation werden entsprechende Konzepte entworfen, vgl. etwa die Hinweise bei *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (442 ff.); sowie ausführlich *Tomasello*, *Why We Cooperate*, 2009, S. 54 ff.; *Prinz*, *Selbst im Spiegel*, 2013, S. 222 ff. und passim.

²¹⁴ S. nur *Gilbert*, *Walking Together*, *Midwest Studies in Philosophy* 15 (1990), S. 1 ff.; *Searle*, *Collective Intentions*, in: *Cohen/Morgan/Pollack* (Hrsg.), *Intentions*, 1990, S. 401 ff.; *ders.*, *Construction*, 1995, S. 23–26; *Tuomela*, *Importance of Us*, 1995, S. 183. Zur Entwicklung dieser Forschungsrichtung vgl. nur die Überblicksdarstellungen von *Schmid/Schweikard*, *Einleitung*, in: *dies.* (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität*, 2009, S. 11 ff.; *Schweikard/Schmid*, „Collective Intentionality“, in: *SEP*, Summer 2013 Edition; sowie aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Rekonstruktion bei *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 47–66.

denen mehrere gemeinsam beteiligt sind, etwa eine gemeinsame Kunstperformance, nicht von einer äußerlich zufällig identischen, jedoch unkoordinierten Handlung mehrerer unterscheiden. Dass wir sie dennoch als *gemeinsames* Werk betrachten und davon solche Aktionen abgrenzen, bei denen mehrere rein zufällig gleichzeitig, aus der Außenperspektive aber identisch handeln, lässt sich allein dadurch sinnvoll erklären, dass darin die verschiedenen individuellen Handlungen und Intentionen in besonderer Weise aufeinander bezogen sind.²¹⁵ Insbesondere das Element wechselseitiger Aufmerksamkeit und die damit verbundene Verschränkung der Pläne individueller Akteure lassen sich also nicht auf isolierte individuelle Intentionen zurückführen. Jeder „eliminativismus“, d. h. eine reduktionistische Betrachtung sozialer Phänomene, wie sie etwa für Public Choice- und Spieltheorie charakteristisch ist, verfehlt dieses „complex web of mutual awareness on the part of individuals involved“.²¹⁶ Die dabei in Bezug genommenen Phänomene ähneln nun eben jenen, die die Public Choice-Theorie im Auge hat, wenn sie in Gruppenhandlungen ein Mehr oder ein Anderes als die bloße Aggregation von Einzelhandlungen verwirklicht sieht. Anders als dort wird jedoch daraus nicht der Verzicht auf den Intentionalitätsbegriff in kollektiven Kontexten abgeleitet, sondern eine Modifikation des Begriffs vorgeschlagen, die diesen von der Fixierung auf die individuelle Handlung und den individuellen Geist löst.

Wo genau diese sog. „*we-intentions*“ (*John Searle*) verortet werden und wie es daher mit der Möglichkeit echter „*group agency*“ (*Christian List/Philip Pettit*) steht, ist umstritten. Eine prominente und ausdifferenzierte Variante der Theorie kollektiver Intentionalität hat *Bratman* entwickelt. Deren Grundgedanken fasst er wie folgt zusammen:

„To understand shared intention, then, we should not appeal to an attitude in the mind of some superagent; nor should we assume that shared intentions are always grounded in prior promises. My conjecture is that we should, instead, understand shared intention, in the basic case, as a state of affairs consisting primarily of appropriate attitudes of each individual participant and their interrelations.“²¹⁷

Bratman geht also davon aus, dass Gruppenintentionen geteilte Intentionen sind, die sich im einzelnen Individuum nur verkörpern, diesem aber nicht

²¹⁵ Beispiel nach *Searle*, *Collective Intentions*, in: Cohen/Morgan/Pollack (Hrsg.), *Intentions*, 1990, S. 401 (402 f.). Für weitere Beispiele vgl. etwa *Bratman*, *Faces of Intention*, 1999, S. 109–129. Nochmals weiter zwischen *individuellen*, *sozialen* und *kollektiven* Handlungen differenziert *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 250 ff.

²¹⁶ *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 (455).

²¹⁷ *Bratman*, *Faces of Intention*, 1999, S. 111. Vgl. auch die sorgfältige Rekonstruktion dieses Ansatzes und der Bedingungen, die Handlungen erfüllen müssen, um als „joint intentional activity“ gelten zu können, bei *Shapiro*, *Law, Plans, and Practical Reason*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 387 (394–404).

allein zuzurechnen sind. Das Gemeinsame besteht hier in einem überschießenden, Andere einschließenden Plan, der dem Einzelnen Handlungsaufträge zuweist, aber nicht in diesen Einzelaufträgen aufgeht. Nach Bratman weisen so zahlreiche Handlungen notwendig über das Individuum hinaus. ‚Die‘ Gruppe selbst ist dabei nicht im ontologischen Sinne handlungsfähig oder weist eine eigenständige intentionale Kapazität auf. Das Gemeinsame ist vielmehr allein das geteilte Ziel, der gemeinsame Handlungsplan.²¹⁸

2. Intentionalität als Markierung der Verantwortlichkeit von Kollektiven

Über diese Beobachtungen hinaus versuchen List und Pettit zu zeigen, dass nicht nur Individuen kollektiv intentional handeln können, sondern auch unter bestimmten Bedingungen sinnvoll behauptet werden kann, dass kollektive Entitäten intentional handeln.²¹⁹ Dabei wollen auch List und Pettit derartige Kollektive nicht verdinglichen, d. h. als ein „ontologically emergent realm“ verstehen.²²⁰ Handlungsträger in einem „ontologischen“ Sinne sind also weiterhin nur Individuen. Dennoch wollen List und Pettit plausibel machen, dass Kollektive als „institutional persons“ entsprechend ihren internen Entscheidungsprozeduren selbständig Zwecke setzen und diese verfolgen können. Danach kann eine Entität bereits dann intentional handeln, wenn in ihr Prozeduren zur Entscheidungsfindung etabliert und Standards interner Rationalität ausgebildet sind, die der Entscheidungsfindung bei Individuen gleichkommen.²²¹ Intentionalität in diesem Sinne verweist also auf bestimmte Entscheidungsstrukturen. Auf diese Weise vom ‚intentionalen Handeln‘ von Kollektiven zu sprechen, modifiziert den Handlungs- bzw. Intentionalitätsbegriff nochmals. Doch weshalb sollte eine derartige Modifikation des Intentionalitätsbegriffs vorgenommen werden?

²¹⁸ Dass sich in *Bratmans* Ansatz erfolgreich hierarchische Elemente einbauen lassen, mittels derer sich die Entstehung formaler Organisationen aus „shared intentions“ rekonstruieren lässt, zeigt *Shapiro*, *Law, Plans, and Practical Reason*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 387 ff.; weiterentwickelt in *ders.*, *Legality*, 2011, S. 118–153.

²¹⁹ *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 (460 ff.). Kritisch gegenüber einem derartigen Konzept *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 246 f. (die insgesamt eher wie Bratman argumentiert).

²²⁰ *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 (460). Darin liegt eine Abgrenzung gegenüber den (seltenen) Positionen, die tatsächlich einen ontologischen Kollektivismus vertreten, dazu *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 245.

²²¹ *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 (456): „By a line of argument that has been widely endorsed in recent philosophical thought, a system will count as an intentional subject only if it preserves intentional attitudes over time and forms, unforms, and acts on those attitudes – at least within intuitively feasible limits and under intuitively favorable conditions – in a rationally permissible manner; in a phrase, only if it displays a certain rational unity [...]“. Vgl. auch *List/Pettit*, *Group Agency*, 2011, S. 59 ff.

Hier kommt man nur weiter, wenn man den stets präsenten normativen Subtext der Frage nach Handlung und (kollektiver) Intentionalität in praktischen Kontexten offen legt. Denn neben der analytischen Klärung verfolgt die Vergewisserung der kollektiven Aspekte von Intentionalität praktische Ziele.²²² So zielt die Zuschreibung intentionaler Qualitäten an kollektive Entitäten eben darauf, diese als Zurechnungspunkte moralischer und rechtlicher Regeln zu etablieren. Insofern schließen entsprechende Überlegungen an alte Denktraditionen an. Denn seit dem Mittelalter steht hinter der Frage der Handlungsfähigkeit kollektiver Entitäten immer auch die Frage nach deren rechtlicher und moralischer Verantwortlichkeit.²²³ Dies setzt sich bis in die heutige Zeit und eben bis zu List und Pettit fort, die folgendes Problem in den Mittelpunkt stellen: „Holding Group Agents Responsible“.²²⁴ Es liegt auf der Hand, dass Intentionalität in diesem praktischen, verantwortungstheoretischen Sinne etwas anderes ist als Intentionalität im Sinne einer „power of minds to be about, to represent, or to stand for, things, properties and states of affairs“, also einer Intentionalität, der es um die Verbindung konkreter Körper zu mentalen Vorstellungen geht.²²⁵

Die Überlegungen von List und Pettit gehen dabei von dem oben ausgearbeiteten Befund aus, dass jede Aggregation von individuellen Präferenzen bestimmter organisatorischer und institutioneller Regelungen bedarf, um Inkonsistenzen zu vermeiden. List und Pettit drehen dabei jedoch die Aussagen der Public Choice-Kritik um. Diese hatte sich darauf konzentriert zu zeigen, dass die die Entscheidung erst ermöglichenden Regeln und Verfahren gleichzeitig verhindern, dass sich diese noch als eine Aggregation der Interessen der beteiligten Individuen beschreiben lässt. Die Kollektiventscheidung lässt sich danach also nicht vollständig auf die in die Entscheidung eingehenden individuellen Präferenzen zurückführen. List und Pettit heben nun gerade umgekehrt hervor, dass bestimmte Folgen sich unter diesen Bedingungen immer dann dem Kollektiv als Resultat von *dessen* intentionalen Handlungen zurechnen lassen, wenn die Entscheidungen, die die Folgen ausgelöst haben, keinem Individuum im Kollektiv zuzurechnen sind, sondern in

²²² Die Produktivität kollektiv-intentionaler Erklärungsmuster für die theoretische Beschreibung von Gruppenhandlungen soll hier außer Betracht bleiben. Vgl. zu dieser „predictive power“ etwa *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 48 f.; *Bratman*, *Faces of Intention*, 1999, S. 109–129; ausführlich *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 239 ff. (als wesentliches Erklärungsmodell für jede Form geschichtlicher Beschreibung); sowie allgemein die – allerdings in der Konsequenz strikt reduktionistische – Position von *Dennett*, *True Believers*, in: Haugeland (Hrsg.), *Mind Design II*, 1997, S. 57 ff.

²²³ S. o. § 6 Fn. 172.

²²⁴ *List/Pettit*, *Group Agency*, 2011, S. 153–169. S. auch *Pettit*, *Collective Persons*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 443 (460).

²²⁵ So die Definition von Intentionalität bei *Jacob*, „Intentionality“, in: SEP, Fall 2010 Edition.

der Entscheidung die Eigenrationalität des Kollektivs zum Ausdruck kommt. Die Eigenrationalität der kollektiven Entscheidung dokumentiert sich dabei in den internen Verfahrens-, Initiativ- und/oder Organisationsregeln, die die von der Public Choice-Theorie herausgearbeiteten Probleme kollektiver Entscheidungsfindungen bewältigen helfen. Sind solche – von List und Pettit detailliert beschriebenen²²⁶ – Regeln etabliert und werden sie eingehalten, soll dies die Anwendung der Kategorien Handlung, Rationalität und Intentionalität auf entsprechende Kollektive rechtfertigen.²²⁷ Kollektive Intentionalität und *group action* in diesem Sinne knüpfen also daran an, dass in bestimmten Kollektiven Regeln bestehen, die die Initiierung, den Ablauf und den Abschluss von Entscheidungsverfahren strukturieren, dadurch erst verbindliche Entscheidungen ermöglichen, gleichzeitig aber auch die *unmittelbare* Verbindung der Endentscheidung zu den individuellen Rationalitäten, Präferenzen und Gründen, die den je einzelnen Entscheidungsbeiträgen zu Grunde liegen, kappen.

Wie verhält sich nun der Intentionalitätsbegriff in diesem praktischen Sinne zu Intentionalität als ‚ontologischer‘ Kategorie? Oder, anders formuliert, wieso sollten die Punkte, an die die Verantwortungszuschreibung für Kollektive anknüpft, ausgerechnet als Manifestationen einer ‚intentionalen‘ Aktivität beschrieben werden? Ist mit dem bisher Gesagten tatsächlich mehr gewonnen als mit dem Begriff der Fiktion? Selbstverständlich lässt sich vertreten, dass zur Vermeidung von Missverständnissen ‚Intentionen‘ und ‚Intentionalität‘ ausschließlich zur Beschreibung genuin ‚mentaler‘ Aktivitäten von Individuen verwendet werden sollten. Dennoch lässt sich nicht leugnen, dass in und durch Kollektive eine Form der Handlungssteuerung stattfindet, die sich erstens nicht auf individuell intentionales Handeln reduzieren lässt und zweitens mit diesem erhebliche strukturelle Parallelen aufweist. Wo die Public Choice-Theoretiker nur die scheinbare Irrationalität des kollektiven Entscheidungsverfahrens aus Sicht der beteiligten Individuen sehen, lässt sich eben die Regelhaftigkeit dieser kollektiven Entscheidung betonen und – sozusagen aus der Makroperspektive – deren Parallelität zur individuellen Entscheidungsfindung. In beiden Konstellationen, also individueller und kollektiver Entscheidung, wird nämlich im Ergebnis schlicht aus verschiedenen Präferenzen nach internen Standards eine einheitliche Endentscheidung herbeigeführt; auf dieser Grundlage wird der Entität Verantwortung für ihre Entscheidungen zugeschrieben. Die Eigenschaft von Kollektiven, Adressat und Urheber intentionaler Aktivitäten zu sein, wird damit über ihre der individuellen Entscheidungsfindung vergleichbare Binnenstruktur begründet. Insoweit die interne Rationalisierung von Organisationen den intentionalen Entscheidungsprozessen individueller Personen entspricht, sind die Parallelen

²²⁶ S. hierzu *List/Pettit*, Group Agency, 2011, S. 81–150.

²²⁷ *Pettit*, Collective Persons, Legal Theory 8 (2002), S. 443 (457 f.).

von individuellem und kollektivem Handeln so stark, dass die Anwendung des Handlungs- und Intentionalitätsbegriffs auf Kollektive jedenfalls in diesem praktischen oder verantwortungstheoretischen Sinne gerechtfertigt erscheint. Die Anwendung des Intentionalitätsbegriffs auf Kollektive in Kontexten der Verantwortungszuschreibung ist dann jedoch nicht fiktiv im Sinne von beliebig, wenn sie Kriterien folgt, die entsprechend die Zuschreibung von Handlungsfähigkeit und Intentionalität an Individuen tragen. Derartige Adäquanzkriterien entsprechen im Übrigen weitgehend den Anforderungen, die in der Rechtswissenschaft diskutiert werden, wenn es um die Voraussetzungen für die Zuerkennung von Rechtsfähigkeit an juristische Personen gestellt werden²²⁸.

Hinzu kommt, dass über den Intentionalitätsbegriff die Strukturen kollektiver Entscheidungsfindung ganz anders in den Fokus rücken als in dem Fall, dass dieser Prozess nur als Metapher oder Fiktion konzeptionalisiert wird. Sucht man also, wie hier, nach einem sinnvollen Umgang mit den ubiquitären Verweisen auf und Unterstellungen von intentionaler Aktivität von Kollektiven, stellt der Vorschlag von List und Pettit eine differenzierte und gleichzeitig greifbare Möglichkeit einer derartigen Rekonstruktion dar. Festhalten lässt sich damit, dass, wenn nach der Intentionalität von Kollektiven gefragt, damit auf die Strukturen zur Herbeiführung kollektiver Entscheidungen, im Recht also letztlich die Regeln des Rechtssetzungsverfahrens verwiesen wird.

III. Der Gesetzgeber als kollektiv intentionaler Akteur

Begriffe wie Intentionalität, Wille und Handlung sind also deutlich komplexer, als dies in der realistischen Kritik ihrer Verwendung in kollektiven Kontexten unterstellt wird. Insbesondere hat sich gezeigt, dass neben die (sozial-)ontologische Verwendung des Intentionalitätsbegriffs eine weitere praktische oder verantwortungstheoretische Verwendungsmodalität tritt, die zwar auf Phänomene Bezug nimmt, die auch für die (sozial-)ontologische Bestimmung von Intentionalität wesentlich sind, ohne aber mit dieser in eins zu fallen – und ohne die Begriffe in einem bloß fiktionalen Sinne zu verwenden. Daher betreibt keineswegs jede Konzeption eines Kollektivs, die dieses als zwecksetzenden Akteur fasst, eine unzulässige Ontologisierung und Anthropomorphisierung. Im Folgenden sind diese Überlegungen nun für das Verständnis des parlamentarischen Gesetzgebers als eines (potentiell) kollektiv intentionalen Akteurs zu aktivieren. Insbesondere ist zu klären, was gemeint

²²⁸ In diese Richtung auch *Raiser*, *Juristische Person*, AcP 199 (1999), S. 104 (132 ff.); *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, ⁶2012, Vorbemerkung zu §§ 21 ff. Rn. 6. Aus strikt konstruktivistischer Sicht lässt sich dies als Erfordernis einer rudimentären „Gesellschaftsadäquanz“, die die Funktionserfordernisse anderer Systeme beachtet, erklären: *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 58.

ist, wenn in juristischen Argumentationen vom intentional verstandenen Zweck des Gesetzgebers die Rede ist.

1. Möglichkeit, Notwendigkeit und Grenzen einer kollektiv intentionalen Perspektive auf Recht und Gesetzgebung

Zunächst ist noch einmal darauf einzugehen, ob es für das Recht überhaupt darauf ankommt, ob kollektive Entitäten wie der Gesetzgeber ‚tatsächlich‘ (kollektiv) intentional handeln können. Genügt nicht, wenn von den Zwecken eines Rechtssatzes die Rede ist, eine gewissermaßen normative oder auch transzendente Unterstellung der gesetzgeberischen Intentionalität und Handlungsfähigkeit? Dies hat offenbar im Sinn, wer von Kollektiven als Fiktion oder Metapher sprechen will.²²⁹ Ist also für das Recht verzichtbar, die intentionale Perspektive weiter auszuloten?

Fiktionen sind dann problematisch, wenn zu ihnen vorschnell Zuflucht genommen wird. Raz ist zuzustimmen, wenn er ausführt: „While there is no doubt that fictions can be harmless, they rarely advance understanding, and often help to obfuscate. In a jurisprudential discussion they are best avoided.“²³⁰ Eine Fiktion verdeckt stets das zugrundeliegende Problem, indem sie es markiert und insinuiert, es sei unlösbar. In manchen Fällen mag dies produktiv sein, insbesondere wenn auf diese Weise offene Paradoxien bewältigt werden sollen. Geht man etwa von einer strikten Trennung von Sein und Sollen aus, kann es dem Verständnis dienen, die normative Geltung des sozial gesetzten Rechts als Fiktion (im Sinne einer transzendentalen Unterstellung) zu kennzeichnen. Vielfach wird jedoch fingiert, ohne das Problem zuvor theoretisch ausgeschöpft zu haben. Im vorliegenden Fall zeigen nun die gerade angestellten Überlegungen, dass der Gegensatz, von dem aus ‚der‘ Gesetzgeber allenfalls im fiktionalen Sinne als Akteur denkbar ist, so nicht besteht. Die Alternativen des solipsistischen, geistbegabten Individuums als des alleinigen Trägers von Intentionalität und des anthropomorphisierten Kollektivs als einer real-physischen Entität bilden die in der (Sozial-)Philosophie diskutierten Konzepte nicht einmal mehr ansatzweise ab.

Hinzu kommt, dass die Annahme, parlamentarische Willensbildung und gesetzgeberische Zwecksetzungen seien reine Fiktionen, in erheblicher Span-

²²⁹ Hassold, Wille, ZZZ 94 (1981), S. 192 (207): „Gesetzgeber ist ein normativer Begriff, ein gedachtes Subjekt, dem der Gesetzesbefehl zugerechnet wird.“ Ähnlich auch Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 47; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 355 („normative Zurechnung und nicht [...] realpsychische Zuschreibung“, Hervorhebung im Original); Fleischer, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (324); Meyer, Verfassungswidrigkeit, Der Staat 48 (2009), S. 278 ff. (bezogen auf die dogmatische Figur der Normenwahrheit).

²³⁰ Raz, Between Authority and Interpretation, 2009, S. 279; vgl. zum Ganzen auch ebd., S. 274 ff.

nung zu der Bedeutung steht, die diese Begriffe in der Verfassungstheorie einnehmen.²³¹ Sie widerspricht nicht nur der Selbstwahrnehmung der in derartige Prozesse involvierten individuellen Akteure.²³² Vor allem aber kann sie nicht erklären, was gemeint ist, wenn, wie regelmäßig, im Rahmen rechtlicher Diskurse auf die Regelungsabsichten oder Intentionen des Gesetzgebers zurückgegriffen wird – und dies jedenfalls im Regelfall nicht nur als rhetorische Wendung, sondern im Rahmen hinreichend präziser Argumentation erscheint.²³³ Diese Punkte lassen sich noch zuspitzen: Vergewissert man sich nicht der Gründe, die abseits der Tradition für den eingeübten intentionalisierenden Sprachgebrauch sprechen, stellt sich die Frage, weshalb sich die Interpretation demokratischer Gesetze überhaupt mit dem Willen des Gesetzgebers und den Gesetzeszwecken aufhalten soll, wenn diese bloß Produkt einer Fiktion sind. Zieht man sich darauf zurück, die Rede von der gesetzgeberischen Zwecksetzung oder der intentionalen Aktivität sei eine Metapher, bleibt offen: Metapher wofür? Schon vor diesem Hintergrund besteht ein erhebliches Interesse daran, die Potentiale einer intentionalen Perspektive auf

²³¹ Zu diesem Punkt ausführlich aus rechtsphilosophischer Sicht *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 77 ff.

²³² Vgl. nur *MacCormick*, *Legislative Deliberation*, in: Wintgens (Hrsg.), *Legislation*, 2005, S. 285 (295), wonach die Idee, dass das Parlament einen „intelligently purposive actor“ darstelle, wenigstens implizit den Diskursen des (Europäischen) Parlaments unterliege („implicit in the ongoing discourse of the legislature, in which, after all, one works towards trying to reach a conclusion that is imputed to Parliament as its conclusion“).

²³³ Ausführlich zu dieser Bedeutung unten unter § 8 C. III. und D. Ungelöst ist diese Frage auch im *Raz*'schen Konzept der „minimal intention“ des Gesetzgebers. *Raz* wendet sich zwar gegen einen bloß „fiktionalen“ Gebrauch der Formel vom gesetzgeberischen Willen und betont die notwendige Verbindung (demokratischer) Gestaltung und (parlamentarischer) Intentionalität, vgl. *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, S. 282: „The reason is that the notion of legislation imports the idea of entrusting power over the law into the hands of a person or an institution, and this imports entrusting voluntary control over the development of the law, or an aspect of it, into the hands of the legislator. This is inconsistent with the idea of unintentional legislation.“ Hieraus folgt jedoch nichts, denn *Raz* fährt fort (ebd., S. 284): „A person is legislating (voting for a Bill, etc) by expressing an intention that the text of the Bill on which he is voting will [...] be law. On this understanding the required intention is very minimal, and does not include any understanding of the content of the legislation. We can expect that this intention is almost universally present in acts of legislation.“ Der Begriff der „minimal intention“ ist dafür für *Raz* nur Chiffre für das demokratische Legitimationsprinzip, das aber in keiner Verbindung zu den Grundsätzen der Rechtsanwendung, den „conventions“ steht, vgl. ebd., S. 298: „while the theory of authority shows that the legitimacy of legislated – that is, authority-based – law depends on it being interpreted in accordance with its authors' intentions, the guide to interpretation which the theory of authority indicates is reliance on the conventions for interpreting legislative texts of the kind in question prevailing in the legal culture when the legislation in question was promulgated.“ Ganz ähnlich: *Gardner*, *Some Types of Law*, in: Edlin (Hrsg.), *Common Law Theory*, 2007, S. 51 ff.

kollektive Willensbildungs- und Zwecksetzungsprozesse ernsthaft zu analysieren.²³⁴

Die Weigerung, Gesetzgebung als intentionale Aktivität zu konzeptionalisieren, basiert also auf der Verkenning der Existenz unterschiedlicher Begriffs- und Erkenntnisdimensionen. Sofern Handlung und Intentionalität in einem (sozial-)ontologischen Sinne verstanden werden, es etwa in der Frage nach Intentionalität um spezifische mentale Vorgänge geht, liegt, wie gesehen, tatsächlich eine Übertragung der Kategorie auf kollektive Entitäten fern.²³⁵ In diesem ontologischen Sinn vom Gesetzgeber als kollektivem Akteur zu reden, ist tatsächlich nur als Fiktion möglich. Eine derartige Redeweise ist aber auch im Sinne von Raz „harmlos“, da sie für das Recht von keinerlei Interesse ist. Denn dem Recht geht es nie um einen derartigen ontologischen Zugriff auf Intentionalität. Selbst dort, wo das Recht tatsächlich auf mentale Einstellungen von Individuen Bezug nimmt, etwa im Fall des strafrechtlichen Vorsatzes, wird ja allein mit Konstruktionen dieser inneren Einstellung gearbeitet, die wiederum auf dem Individuum zugerechneten äußeren Indizien basieren.

Dagegen bietet der praktisch und verantwortungstheoretisch gewendete Intentionalitätsbegriff, wie ihn List und Pettit entworfen haben, erhebliches Potential für ein Verständnis von Gesetzgebung als kollektiv intentionaler Aktivität. Denn Gesetzgebung ist ja eine Form der Entscheidungsfindung, die über die individuelle Interessenaggregation hinausgeht, dabei nicht völlig

²³⁴ Noch einen Schritt weiter geht *Richard Ekins*, der ebenfalls prominent auf die Theorie Kollektiver Intentionalität im Kontext der Rechtsetzung zurückgreift (*Ekins*, *Intent*, 2012, S. 77–179; ähnlich auch schon *Marmor*, *Interpretation*, 1992, S. 162–165). Für *Ekins* können Kollektive nicht nur für ein ‚intendiertes‘ Geschehen *verantwortlich* sein. Die spezifische Fähigkeit von Kollektiven zur rationalen Planung, die *Ekins* wie hier in der spezifischen Organisation des Diskurses im Kollektiv begründet sieht, kann nach ihm auch als Hinweis auf eine besondere *Legitimität* der von ihnen erlassenen Regeln gesehen werden. *Ekins* geht dabei davon aus, dass die intentionale Äußerung präskriptiver Sätze in engem Zusammenhang mit deren normativer Qualität steht (s. zu entsprechenden Normativitätskonzepten auch die Nachweise oben § 6 Fn. 10). Sind Kollektive zu intentionalem Handeln in der Lage, soll dies nach *Ekins* den entsprechenden Kollektiventscheidungen, d. h. in der Rechtspraxis Gesetzen und vergleichbaren Normen, Legitimität verschaffen. Parlamentsbeschlüsse sind also nicht deswegen legitim, da sie eine repräsentative Interessenaggregation darstellen. Dies wurde durch die *public choice*-Theorie widerlegt. Sie sind nach *Ekins* vielmehr deswegen normativ relevant, weil in ihnen eine eigenständige und rationale Absicht des Kollektivorgans zur Geltung kommt. Legitimität des Handelns wird so von *Ekins* sozusagen als Kehrseite der Verantwortung für das Handeln gedacht. *Ekins* Ansatz beeindruckt als theoretischer Rechtfertigungsansatz von parlamentarischer Gesetzgebung, unterscheidet sich jedoch vom hier unternommenen Versuch, den Gebrauch von (kollektiv) intentionalen Argumenten im Recht zu erklären, so erheblich, dass er aus der weiteren Betrachtung auszuklammern ist.

²³⁵ Deutlich *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 287.

irrational und zufallsabhängig ist, sondern durch die Regeln des Gesetzgebungsverfahrens konditioniert wird. Die Tragfähigkeit einer intentionalen Perspektive auf den Gebrauch von Zweckargumenten im Recht hängt also nicht davon ab, dass der Gesetzgeber oder andere rechtliche Akteure Intentionen (in einem ontologischen Sinne) *haben*, sondern davon, dass sich Gesetzgebung als ein Verfahren darstellt, das bestimmten Standards interner Rationalität genügt. Was bedeutet es dann aber, wenn parlamentarisches Handeln als (kollektiv) intentionale Aktivität in diesem Sinne verstanden wird?

2. Das Potential einer Analyse des Gesetzgebers als eines (auch) kollektiv intentionalen Akteurs

Gesetzgeben ist in der Demokratie von Natur aus ein kollektives Unterfangen. Schon die Intentionen der individuellen Akteure im Gesetzgebungsverfahren richten sich eben auf die gemeinsame Handlung des Gesetzgebens – eine Handlung, die dem Einzelnen gar nicht möglich ist, die vielmehr von seiner Einbettung in eine Gruppe und der Definition eines gemeinsamen Ziels abhängig ist.²³⁶ Gesetzgebung ist so stets ein überschießender, andere einschließender Plan, der dem einzelnen involvierten Individuum, insbesondere also den Ministerialbeamten und Parlamentariern, Handlungsaufträge zuweist, aber nicht in diesen Einzelaufträgen aufgeht.²³⁷ Der seine Interessen in ein Gesetzgebungsverfahren einbringende individuelle Akteur muss von Beginn an kooperativ denken. In diesem Sinne beschreibt *Richard Ekins* die bei ihm sogenannten „interlocking intentions of the individual legislators“:

„All the members of the group share the defining end of the group. The legislators’ joint acceptance of the need to exercise legislative capacity is the common end, the shared purpose, of their joint action, which directs and coordinates the group action. In the central case of legislative action, each legislator takes the fulfilment of the legislature’s purpose to

²³⁶ *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 232: „The legislator who votes in the majority [...] is likely to act on the particular intention ‘I intend that we enact this proposal’. His intention cannot be ‘I intend to enact this proposal’ because he alone may not legislate“. Vgl. hierzu auch *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 ff.

²³⁷ Vgl. oben unter § 6 C. II. 1. Auf der Grundlage der Theorie Kollektiver Intentionalität rekonstruieren den parlamentarischen Gesetzgeber als kollektiv intentional handelnden Akteur etwa *Shapiro*, *Law, Plans, and Practical Reason*, *Legal Theory* 8 (2002), S. 387 ff.; *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 143 ff., 218 ff. Vgl. hierzu auch *Gilbert*, *Social Rules*, in: *Lagerspetz/Ikaheimo/Kotkavirta* (Hrsg.), *Social Institutional Reality*, 2001, S. 39 ff., die ähnlich wie *Shapiro* eine Rekonstruktion des Rechtspositivismus, insbes. des Phänomens sozialer Geltung, auf der Basis dieser Theorie vornimmt. Auch *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 ff., stützt sich auf *Gilbert*, konstruiert jedoch anders als *Shapiro* und *Ekins* kollektive Intentionalität als Form der Zurechnung der Intentionen der für die Gesetzgebung je zentralen Individuen (Ausschussvorsitzende etc.) an das gesamte Parlament.

be an end that he seeks, so that all the legislators have reason to participate in, and thereby to create or maintain, a group that acts to realize that common purpose.²³⁸

Der parlamentarische Gesetzgeber selbst ist im Übrigen das Musterbeispiel eines kollektiv intentionalen Akteurs im *List/Pettit'schen* Sinne.²³⁹ Denn die innere Organisation des Parlaments, die auf Regeln über Antragsrechte, Ausschüsse, Mehrheitserfordernisse etc. basiert, institutionalisiert einen äußerst differenzierten, „abgestuft kontrollierten Kommunikations-, Verhandlungs- und Entscheidungsprozeß“.²⁴⁰ All diese Regeln dienen nun gerade dazu, die Fallstricke kollektiver Entscheidungen unter einer Mehrzahl von Präferenzen durch interne Hierarchisierung und klare Strukturierung der Verfahrensabläufe, Initiativrechte und Entscheidungsalternativen aufzufangen.²⁴¹ Insofern ihnen dies gelingt, genügen sie in jedem Fall den Bedingungen, die List und Pettit an den Gebrauch der Kategorien Handlung und Intentionalität für kollektive Entitäten gestellt haben.²⁴² Dass dies gelingt, wird von der Staatsrechtslehre immer unterstellt und von der parlamentarischen Wirklichkeit bestätigt.²⁴³

Doch was ist das nun für ein ‚Wille‘? Sofern in juristischen Argumentationen auf den ‚Willen‘ oder die ‚Intentionen‘ des Gesetzgebers Bezug genommen wird, liegt darin nicht die Behauptung, überindividuelle Entitäten wür-

²³⁸ *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 221. Vgl. auch ebd., S. 220: „the legislators are not just deemed to be members of the legislature, rather they understand themselves, acting jointly, to be the legislature“. *Ekins* unterscheidet dabei zwei Arten von (kollektiver) Intention, nämlich die allgemeine Intention, Gesetze zu verabschieden („standing intention of the legislature“, ebd., S. 219 ff.), und den spezifischen Plan, der sich mit einem konkreten Gesetz verbindet („legislative intent in particular acts“, ebd., S. 230 ff.).

²³⁹ Mit dieser Bestimmung wird keineswegs verkannt, dass unter dem Grundgesetz „Gesetzgebung“ regelmäßig neben dem Bundestag, auf dem im Folgenden der Fokus liegt, auch die Beteiligung des Bundesrats (sowie ggf. des Vermittlungsausschusses) erfordert (vgl. nur *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 62010, § 77 Rn. 5 ff.). Noch komplizierter sind die Verhältnisse auf europäischer Ebene. Da es hier jedoch nur darum geht, die Möglichkeit einer intentionalen Perspektive *überhaupt* plausibel zu machen, werden diese föderalen bzw. supra-nationalen Weiterungen im Folgenden ausgeklammert.

²⁴⁰ S. dazu ausführlich *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis*, 1988, S. 255 ff.

²⁴¹ Vgl. *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 223: „The internal hierarchy of the legislature [...] is a central part of this means, for the disproportionate control that some legislators enjoy relaxes anonymity, in List and Pettit's terminology, which limits the prospect of incoherence. Likewise, the careful, staged way in which proposals for legislative action are introduced, considered, amended and then adopted makes it possible for legislators to attend to the reasoned plan that each proposal, as developed over time, makes out. [...] The legislative process relaxes systematicity, for legislators are willing and able to attend to the relations amongst various parts of the complex proposal that is the bill, with an eye to forming and later adopting workable, reasoned plans to change the law“.

²⁴² Vgl. oben § 6 C. II. 1. Anders dagegen für das Wahlvolk *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 146–148.

²⁴³ Vgl. die Nachweise oben § 6 Fn. 205.

den ein ‚mentales Substrat‘ aufweisen. Die ‚Intention des Gesetzgebers‘ findet vielmehr ihren Ausdruck in der Idee des sich im Gesetzgebungsverfahren artikulierenden, Kompromisse eingehenden gesetzgeberischen Willens. Dies ist weit gehaltvoller als die Rede von einer ‚Fiktion‘. Denn die Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens als intentionale Handlung richtet die Aufmerksamkeit darauf, dass die Legitimität des Parlamentsgesetzes als zentrales Steuerungsmittel des demokratischen Verfassungsstaates nicht auf Interessenaggregation, sondern darauf beruht, dass das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren ein besonderer Ort der Debatte, des Austauschs, Interessenausgleichs, der gemeinsamen Planung und Entscheidung über ein Vorhaben ist.²⁴⁴ Das Mehrheitserfordernis, das am Ende der letzten Abstimmung steht, ist nur ein, wenn auch äußerst wichtiger Schritt in diesem Verfahren, das jedoch in der Mehrheitsentscheidung nicht aufgeht. Die Regelungen des parlamentarischen Verfahrens, die die Vorbereitung des Gesetzes strukturieren, sind dabei nicht bloß der Praktikabilität geschuldet. Vielmehr sind sie konstitutive Bedingungen dafür, bei ganz unterschiedlichen individuellen Präferenzen überhaupt zu einer kollektiven Entscheidung zu kommen.²⁴⁵ Sie ermöglichen, sichern und prägen die Ergebnisse der Entscheidung. Prägend sind sie unter anderem schon deswegen, da die gemeinsame Entscheidung eben keine bloße Interessenaggregation sein kann, da sie sonst an den oben beschriebenen Entscheidungsdilemmata scheitern würde.²⁴⁶

Die Rede von den Regelungsabsichten des Gesetzgebers bezieht sich daher eben auf die im Gesetzgebungsverfahren erfolgende parlamentarische Willensbildung, d. h. die sich im Rahmen des Parlamentsrechts vollziehende Aktivität, die durch diesen Korpus von Regeln aus Grundgesetz, Geschäftsordnung, Verwaltungsvorschriften und Parlamentsgebrauch rationalisiert und gelenkt wird. Erst diese (Rechts-)Regeln ermöglichen, vom Gesetzgeber als kollektiv intentionalem Akteur zu sprechen und definieren gleichzeitig, unter welchen Umständen Verweise auf dessen Regelungsabsichten als valide Ar-

²⁴⁴ Gerade *Waldron* hat herausgearbeitet, dass es für Theorien über die (Legitimität von) Gesetzgebung stets darauf ankomme, die innere Struktur des Gesetzgebers zu analysieren (*Waldron, Law and Disagreement*, 1999, S. 28 ff.). Parlamentarische (repräsentative) Gesetzgebung wird danach gerade dadurch legitimiert (d. h. hat „authority“), dass Organisation und Verfahren, also die innere Struktur des Gesetzgebers, die verschiedenen gesellschaftlichen „disagreements“ aufnehmen und in einen lösungsorientierten Diskurs und ein Entscheidungsverfahren übersetzen können (dazu im Detail *Waldron, Law and Disagreement*, 1999, S. 49–118; vgl. oben § 6 Fn. 194). Die oben skizzierten Bedenken *Waldrons* gegen die Idee des „legislative intent“ sind so in einer Theorie der „collective legislative intentionality“ aufgehoben.

²⁴⁵ Vgl. hierzu die Nachweise aus der politikwissenschaftlichen Literatur bei *Nourse*, *Decision Theory*, *Yale L. J.* 122 (2012), S. 70 (74 mit Fn. 7, 88), insbes. *Shepsle*, *Institutional Arrangements*, *American Journal of Political Science* 23 (1979), S. 27 ff.

²⁴⁶ Vgl. oben § 6 C. I. 1.

gumente fungieren können. Wie sich dies rechtspraktisch auswirkt, ist unten aus Sicht der Rechtsanwendung näher zu beleuchten, wenn es um die Frage geht, wann Argumente, die auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers Bezug nehmen, tatsächlich als Ausdruck intentionaler Aktivität verstanden werden können.²⁴⁷

Hier ist dagegen sozusagen noch als allgemeine Feststellung darauf hinzuweisen, dass die in diesem Sinne bestimmte kollektive Intentionalität des Gesetzgebers wesensmäßig durch eine gewisse inhaltliche Offenheit gekennzeichnet ist. Als kollektive Entscheidung drückt das Gesetz eben nicht einfach die aggregierten Interessen der Mehrheit aus. Vielmehr führen die Bedingungen und Regeln des Gesetzgebungsverfahrens dazu, dass der ‚Wille des Gesetzgebers‘ keine Singularität, sondern regelmäßig ein „mehrschichtiges komplexes Gebilde“²⁴⁸ darstellt. Denn das parlamentarische Verfahren, das für den kollektiven Willen konstitutiv ist, integriert den Kompromiss, der erst Mehrheitsentscheidungen ermöglicht, in die demokratische Entscheidung.²⁴⁹ Der Kompromiss ist also kein Defekt parlamentarischer Demokratie.²⁵⁰ Vielmehr ist es Aufgabe des Parlaments, Kompromisse zu finden und in Gesetzesform zu verabschieden, die es wert sind. Die zugrundeliegende Dynamik hat der U.S. Supreme Court sehr präzise dargestellt:

„But no legislation pursues its purposes at all costs. Deciding what competing values will or will not be sacrificed to the achievement of a particular objective is the very essence of legislative choice – and it frustrates rather than effectuates legislative intent simplistically to assume that whatever furthers the statute’s primary objective must be the law.“²⁵¹

Daraus folgt erneut, dass in juristischen Diskursen kaum je ‚der‘ maßgebliche Zweck eines Gesetzes im Sinne einer eindeutigen Präferenz für ein bestimm-

²⁴⁷ Näher unter § 8 D.

²⁴⁸ *Deckert*, Folgenorientierung, 1995, S. 44 m. w. N.

²⁴⁹ Zur Bedeutung des Kompromisses für die parlamentarische Gesetzgebung, die selbst als „institutionalisierte Kompromißbildung“ bezeichnet wird, s. nur *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis, 1988, S. 404 ff.; extrem *Pitschas*, Diskussionsbeitrag, in: Schuppert (Hrsg.), Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument, 1998, S. 74 („Heute müssen Gesetze [...] kurzatmig sein; [...] sie müssen interessen- und klientelorientiert sein [...], um nach einem neokorporatistischen Prozeß des Interessenclearings im Parlament ‚notariell‘ das zu beglaubigen, was in den jeweiligen Interessengruppierungen bzw. in den gesellschaftlichen Subsystemen als Recht für kurze Dauer gelten soll.“); *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 7 („Gesetz als Synthese von Ratio und Kompromiß“); *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, ⁶2010, § 76 Rn. 85 ff.; *Kersten*, in: Maunz/ Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 76 Rn. 2). Die Kompromissbildung setzt also lange vor der evtl. Anrufung des Vermittlungsausschusses ein, der dann (nochmals) „in besonderem Maße geeignet ist, einen Kompromiß zu erarbeiten“ (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. 5. 1986 (*Wohnungsfürsorge*) – E 72, 175 (188)).

²⁵⁰ *Eskridge*, Dynamic Statutory Interpretation, 1994, S. 14.

²⁵¹ U.S. Supreme Court, *Rodriguez v. United States* 480 U. S. 522 (525 f.) (1987).

tes Ziel wird gefunden werden können – weil sich ein solch eindeutiger Gesichtspunkt im Gesetzgebungsverfahren kaum je ohne Modifikationen wird durchsetzen können.²⁵² Auch richtet sich die Intention des Gesetzgebers auf das Gesetz, und kaum je auf dessen Konkretisierung in einem konkreten zukünftigen Fall. Das Problem der Suche nach dem Gesetzeszweck ist also nicht, dass Gerichte nach der Intention des Gesetzgebers suchen, sondern die Annahme, es gäbe genau ‚das eine‘ maßgebliche oder gar vernünftige Ziel eines Gesetzes.²⁵³ Die Praxis bestätigt, dass die Suche nach Singularität und nicht die nach Intentionalität das eigentliche Problem ist. Der Gesetzgeber kann vielmehr durchaus strategisch Unklarheiten und Ambiguitäten produzieren, wo Uneinigkeit über die Auflösung von Zielkonflikten besteht.²⁵⁴ Diese Ambiguitäten darf der Rechtsanwender nicht durch die Suche nach dem vermeintlich eigentlichen oder richtigen Zweck überspielen.

Wenn und soweit das Gesetz als intentionale Handlung verstanden wird, richtet sich so der Blick auf das Verfahren als Ermöglichung und Dokumentation der im Gesetz zur Vollendung gebrachten kollektiven Intention. Das hier entwickelte Konzept berücksichtigt die realistische Kritik, die auf die inhärenten Spannungen innerhalb der modernen pluralistischen Legislative hinweist, in einem modifizierten Intentionalitätsbegriff. So kann gleichzeitig an der Vorstellung vom Gesetzgeber als handlungsfähiger Entität festgehalten und doch dessen interne Diversität berücksichtigt werden. Von der Intention und Absicht des Gesetzgebers zu sprechen verweist den Rechtsanwender damit auf eine Behandlung des Gesetzestextes, die dessen demokratische Genese berücksichtigt.

²⁵² Vgl. auch die Beispiele bei *Marmor*, *Pragmatics*, *Ratio Juris* 21 (2008), S. 423 (436 ff.).

²⁵³ Hierzu instruktiv *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 254: „The imprecision of ‘purposive interpretation’ makes it likely that courts will often focus on one or more (abstract) legislative ends, without attending to or identifying the more specific means the legislature has chosen to that end. Yet it is this chosen means, which inference about the end or ends may illuminate or clarify, that is authoritative.“ Dies ist auch dann zu beachten, wenn man die idealistischen Appelle von *G. Kirchhof*, *Allgemeinheit*, 2009, S. 168 ff., nach „finaler Allgemeinheit“ des Gesetzes für beachtlich halten möchte.

²⁵⁴ Hierzu instruktiv *Nourse*, *Decision Theory*, *Yale L. J.* 122 (2012), S. 70 (77): „Congress plays by its own rules, not judicial ones. For example, behavior that follows Congress’s own rules may appear to courts as if it produces ambiguity and no resolution where a conscientious legislator would find no ambiguity and a clear decision (based on bills already passed). Similarly, cases that appear as if they could be solved by a simple textual fix may involve significant and difficult structural conflicts within the legislature“.

D. Folgerungen und Ausblick: Zweckbegriffe im juristischen Diskurs des Verfassungsstaates

Die Vielfalt der Verwendungen des Zweckbegriffs im Recht des Verfassungsstaates ließ sich durch zwei Unterscheidungen strukturieren. Erstens war der Zusammenhang von Zweckbegriff und Normativitätskonzepten aufzuarbeiten. So markiert der Verweis auf den Zweck oder die Zwecke in teleologischen Weltkonzepten, positiven Rechtstheorien und – wenn auch eher undeutlich und vage – philosophischen Wertmodellen auf je eigene Art bestimmte normativ relevante Gesichtspunkte. Zweitens lassen sich in Bezug auf die durch positives Recht gesetzten Zwecke nochmals drei verschiedene ‚teleologische‘ Verwendungs- und Argumentationsformen identifizieren: Von Zwecken kann in rechtlichen Diskursen nämlich in normativer, empirischer und/oder kollektiv intentionaler Art und Weise die Rede sein. Alle diese Aspekte werden vom gemeinsamen Lexem Zweck überwölbt. Ohne weitere Präzisierung kann die Rede von Zwecken im Recht weder einer spezifischen verfassungs- oder normativitätstheoretischen Gestalt noch einer eindeutig bestimmbareren Argumentform zugeordnet werden.

Der Erklärungswert dieser Unterscheidungen geht jedoch über die rein analytische Begriffsklärung hinaus. Vielmehr unterliegt dem rechtswissenschaftlichen Diskurs dort, wo auf die Zwecke einer Norm Bezug genommen wird, ein Verständnis des positiven Rechts, das dieses als wirklichkeitsgestaltendes, normativ wirkendes, kollektiv intentionales Projekt begreift. Dies prägt die Verwendungen des Zweckbegriffs in Methodik und Dogmatik in je unterschiedlicher Ausprägung – angefangen mit der Frage der Rechts- als Zwecksetzung über dogmatische Kategorien wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Zweck-Mittel-Relation bis hin zum Gebrauch teleologischer Argumente in der Rechtsanwendung. Diese Beschreibung steht gerade nicht in einem Widerspruch zur Eigenrationalität des Rechts, zu dessen normativem oder Sollenscharakter. Vielmehr zeigt sich die Eigenständigkeit des Rechts als normativer Ordnung in der Verschränkung all dieser Momente. Das Rechtssystem erscheint so als Ensemble von Akteuren, die mit normativem Geltungsanspruch, gesellschaftlicher Zielsetzung und intentional handeln, also Zwecke setzen, dabei mit Handlungen anderer Akteure konfrontiert sind und diese je in ihren unterschiedlichen Bedeutungsdimensionen verarbeiten. Keine der im Recht verwendeten Argumentationsformen ist für sich rechtsspezifisch. Allerdings werden sie im Recht auf eine eigene Art und Weise kombiniert. Insgesamt lässt sich jedoch Recht wie jede andere soziale Handlung verstehen und analysieren.

Die hier getroffenen Unterscheidungen erschöpfen die Vielfalt der Verwendungen des Zweckbegriffs im rechtlichen Diskurs nicht. Insbesondere steht die hier zugrundeliegende Deutung des positiven Rechts als Zweckset-

zung der vielfach gebräuchlichen Kontrastierung von Recht und Zweck entgegen, wie sie etwa in der Unterscheidung von Recht- und Zweckmäßigkeit noch präsent ist. Was sich hinter solchen Gegenüberstellungen verbirgt, ist im folgenden Kapitel an mehreren Beispielen aus dem rechtstheoretischen und -dogmatischen Diskurs kritisch zu würdigen. Die scheinbar kategorialen Gegensätze erweisen sich bei näherer Analyse jedoch als Chiffren, die bestimmte Probleme und Fragestellungen invisibilisieren sollen. In einer Art Gegenbewegung ist anschließend der Frage nachzugehen, wie Zwecke im hier präsentierten mehrdimensionalen Sinne in der Rechtsanwendung praktisch zu rekonstruieren sind.

§ 7 Recht versus Zweck? Der Zweckbegriff als Chiffre

„Zweckmäßigkeit (Effektivität) und Rechtmäßigkeit sind keine absoluten Gegensätze. Vielmehr gibt es Übergänge, Berührungspunkte und sachliche Zusammengehörigkeiten. [...] Die Abgrenzung der ‚Bereiche‘, innerhalb deren die öff. Verwaltung ausschließlich über die Zweckmäßigkeit entscheidet, von dem Bereich, in dem sie sich der Kontrolle der Gerichte stellen muß, ist eine Frage der Interpretation. [...] Das Recht, insbesondere das öffentlich-rechtliche Gesetz, ist ein Stück in Form gebrachter öffentlicher Zweck.“¹

Im vorigen Kapitel wurde gezeigt, wie verschiedene Verwendungsformen des Zweckbegriffs in rechtlichen Diskursen unterschiedliche Dimensionen des positiven Rechts zur Sprache bringen können. Über eine Untersuchung dieser Verwendungsmodalitäten gelang eine vergleichsweise tiefenscharfe Analyse des (Selbst-)Verständnisses des positiven Rechts als sozialer Handlungsordnung. Die hierfür notwendigen Differenzierungen ergaben sich jedoch gerade nicht aus dem Zweckbegriff selbst, sondern mussten an diesen herangetragen werden. Wird im Umgang mit dem Zweckbegriff dessen ‚akzessorische‘ Begriffsnatur nicht erkannt, provoziert dies typische Fehler: Teils werden einzelne Dimensionen der Begriffsverwendung zu ‚der‘ Frage nach dem Zweck hypostasiert, teils werden alle möglichen Gesichtspunkte in den vermeintlich so offenen Begriff projiziert, teils wird der Begriff gerade deswegen als Gegenmodell zu einem auf Bestimmtheit zielenden Recht verstanden. Häufig werden die Fehler kombiniert. Idealtypisch werden dann instrumentelle gegen rechtliche Rationalität, Finalprogramme gegen Konditionalprogramme, Zweckmäßigkeit gegen Rechtmäßigkeit und allgemein der Zweck gegen das Recht ausgespielt.

Derartige binäre Gegenüberstellungen haben zunächst einen gewissen heuristischen Wert. Sie sind intuitiv eingängig und waren ideengeschichtlich wirkmächtig. Einer analytischen Rekonstruktion halten sie jedoch nicht stand. Zum einen bauen sie auf der alten, eigentlich schon überwundenen Vorstellung auf, wonach Recht und Zweck zwei miteinander konkurrierende Reiche

¹ Häberle, Öffentliches Interesse, 1970, S. 687 f.

oder Ordnungsideen darstellen. Ein solch dichotomisches Verständnis, in dem ‚Zwecke‘ für das Andere des Rechts stehen, kann jedoch die im vergangenen Kapitel herausgearbeitete charakteristische Natur des positiven Rechts als normatives, empirisches, kollektiv intentionales und dabei immer auch zweckgerichtetes Projekt, mit anderen Worten die Internalisierung der Zweckorientierung im Recht des Verfassungsstaates, nicht fassen. Zum anderen muss der Versuch, ein Phänomen dadurch zu charakterisieren, dass sich in ihm eine spezifische Zweckorientierung manifestiere, immer das gesuchte Merkmal verfehlen: Denn Zweck-Mittel-Relationen sind schlicht ganz allgemeine Beschreibungskategorien, die auf beinahe alles Anwendung finden können. Zwecke können im politischen Betrieb oder in rechtlichen Verfahren definiert werden; sie können bestimmt oder unbestimmt sein; Parlamente und Verwaltungen können je als zweckverfolgende Akteure beschrieben werden; die bloße Charakterisierung einer Rechtsordnung als ‚final‘ kann ebenso gut eine Ordnung mit hoher gesetzlicher Regelungs- oder richterlicher Kontroll-dichte wie eine am Primat der Exekutive ausgerichtete Ordnung beschreiben. Ein Ansatz, der allein daran Unterscheidungen knüpfen will, dass ein Phänomen Zwecke verfolgt, dringt daher nie zum Eigentlichen vor.

Obwohl diese Einwände auf der Hand liegen, finden sich immer wieder entsprechende binäre Kontrastierungen. Diese beruhen keineswegs allein auf einem naiven Begriffsverständnis. Vielmehr wiederholt sich, was bereits in den Diskussionen um den ‚Zweck im Recht‘ im ausgehenden 19. Jahrhundert begegnete: Verweise auf eine vermeintlich besondere Natur ‚des Zwecks‘ maskieren inhaltliche Gegensätze, die über den Zweckbegriff auf die neutralere Ebene von (Rechts-)Theorie und Methode verschoben werden sollen. In diesem Kapitel soll anhand einer Reihe derartiger Gegenüberstellungen exemplarisch gezeigt werden, wie der Gebrauch des Zweckbegriffs auf diese Art als Chiffre eingesetzt wird.

Den Anfang macht eine Unterscheidung, die zwar im Recht selbst kaum aktiv reflektiert wird, die aber philosophiegeschichtlich äußerst wirkmächtig und damit mittelbar auch für das Recht sehr einflussreich geworden ist, nämlich die zwischen einer normativen oder rechtlichen Rationalität einerseits und der Zweckrationalität andererseits (A.). Die dieser Unterscheidung unterliegende Argumentation begegnet nun im Recht in Versuchen, den Zweckbegriff für die Kategorisierung von Normtypen fruchtbar zu machen. Folgt man den Ausführungen des vorigen Kapitels, kann jedoch jeder Rechtssatz als Zweck-Mittel-Relation, als Setzung von Zwecken, beschrieben werden. Mehr noch: Im demokratischen Verfassungsstaat artikulieren alle Rechtsnormen Ansprüche auf Gestaltung der Gesellschaft. Dennoch wird immer wieder versucht, bestimmten Normen, Normtypen oder Normfamilien eine besondere, ‚finale‘ Struktur zuzuschreiben, um daran Rechtsfolgen zu knüpfen (B.). Drittens ist die eingespielte Dichotomie von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit näher zu beleuchten und zu kritisieren. Falls aber eine kategoriale

Trennung von Recht- und Zweckmäßigkeit konzeptionell nicht haltbar ist, wofür stehen die Kategorien dann, wenn sie im positiven Recht, etwa in § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO, Verwendung finden (C.)?

Die Herausforderung dieses Kapitels liegt weniger darin, die schon oft kritisierten Unterscheidungen nochmals zu dekonstruieren. Vielmehr gilt vor allem freizulegen, *wofür* der Zweckbegriff in dieser Verwendungsmodalität als Chiffre steht. Es scheint dabei, dass die Gegenüberstellung von Recht und Zweck vielfach dazu dient, Willensbildungsprozesse *im* Recht und damit Entscheidungsspielräume im Verhältnis der Gewalten zueinander zu markieren. Durch die Einbettung in einen philosophischen oder normtheoretischen Gegensatz sollen die sich in diesem Zusammenhang stellenden normativen Fragen invisibilisiert werden. Die Kritik der Unterscheidungen hat damit eine aufklärerische Funktion.

A. Der Zweckbegriff zwischen rechtlicher Rationalität und instrumenteller Vernunft

Spätestens seit *Max Webers* klassischer Definition ist weithin anerkannt, dass diejenige Form sozialen Handelns, die „durch Erwartungen des Verhaltens von Gegenständen der Außenwelt und von anderen Menschen“ bestimmt ist und diese Erwartungen „als ‚Bedingungen‘ oder als ‚Mittel‘ für rational, als Erfolg, erstrebte und abgewogene eigne Zwecke“ benutzt, eine spezifische Erscheinungsform menschlicher Rationalität, eben die Zweckrationalität, auszeichnet und dass daran orientierte Handlungen einen Sonderfall sozialen Handelns darstellen.² Wie sich zweckrationales Handeln zu anderen Rationalitätsformen und Handlungstypen verhält, und welche Bedeutung es für die menschliche Gesellschaft hat, ist aus philosophischer und soziologischer Perspektive intensiv reflektiert worden.

Historisch wurde Zweckrationalität vielfach mit dem Projekt der Moderne und auch mit dem modernen Recht gleichgesetzt.³ Schon früh wurde auf die hohen Kosten hingewiesen, die mit einer ausschließlichen oder primären Bewertung von Handlungen anhand der mit ihnen verfolgten Zwecke oder

² *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ⁵1980, S. 12; *Weber*, *Kategorien*, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 427 ff. Zur historischen Einordnung *Schöllgen*, *Handlungsfreiheit und Zweckrationalität*, 1984; sowie überblicksartig *Röhl*, *Rechtssoziologie-online.de*, Stand: 2015, § 30.

³ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ⁵1980, S. 513: „Wie immer aber sich unter allen diesen Einflüssen das Recht und die Rechtspraxis gestalten mögen, unter allen Umständen ist als Konsequenz der technischen und ökonomischen Entwicklung [...] die unvermeidlich zunehmende [...] Fachmäßigkeit des Rechts, und die zunehmende Wertung des geltenden Rechts als eines rationalen, daher jederzeit zweckrational umzuschaffenden, jeder inhaltlichen Heiligkeit entbehrenden, technischen Apparats sein unvermeidliches Schicksal“.

Folgen verbunden sind.⁴ Entsprechende Kritik, in der sich stets auch ein mehr oder weniger diffuses Unbehagen an der Moderne artikuliert, speiste sich aus einem breiten philosophischen und ideologischen Spektrum.⁵ Warnungen vor der bald als ‚instrumentelle Vernunft‘ gefassten Zweckrationalität begegnen nun auch im Recht: Wird das Recht nicht durch instrumentelle Vernunft und Sozialtechnologie okkupiert, wenn darin in der Logik von Zweck und Mittel gedacht wird?⁶ Liegt in einem derartigen ‚instrumentellen‘ Verständnis – so die Polemik *Brian Tamanahas* – ein ‚threat to the rule of law‘?⁷

Die Problematik entsprechender Thesen zeigt sich schon daran, dass Rechtsstaatlichkeit nicht nur allgemein die ‚Gewährleistung von Rationali-

⁴ Vgl. etwa *Tönnies*, Zweck und Mittel, in: Palyi (Hrsg.), Erinnerungsgabe Max Weber, Bd. 1, 1923, S. 235 ff.

⁵ So verbindet etwa die ältere kritische Theorie in ihrer Aufarbeitung der Dialektik der Moderne den Siegeszug der Zweckrationalität mit einer Entwicklungsgeschichte der Produktionsmethoden und der Ausbeutung (vgl. *Horkheimer*, Eclipse of Reason, 1947, S. 102: ‚The complete transformation of the world into a world of means rather than of ends is itself the consequence of the historical development of the methods of production.‘). In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts werden dann vor allem Zweckrationalität und Totalitarismuserfahrung assoziiert (vgl. *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 1988, S. 62). An anderer Stelle steht dagegen die zunehmende Überformung der Lebenswelt durch die Technik im Fokus der Kritik (so etwa bei *Heidegger*, Humanismus, 1949, S. 5). Wiederum anders ist die Kritik im amerikanischen Pragmatismus akzentuiert (vgl. etwa die Nachweise zu *John Dewey* bei *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 94). Zu den diversen Phasen und Spielarten der Kritik instrumentellen Denkens im 20. Jahrhundert vgl. aus der ausufernden Sekundärliteratur nur die Beiträge von *Schechter*, Critique of Instrumental Reason, 2010; *ders.*, Critique, in: Thornhill (Hrsg.), Legality and Legitimacy, 2010, S. 125 ff. Zu weiteren Assoziationen des Zweckdenkens mit negativ bewerteten Einstellungen wie Konservatismus, Patriarchat, Neoliberalismus und bürokratischer Herrschaft finden sich Hinweise bei *Blau*, Habermas’s Account of Rationality: Accept, Reject, or Revise and Resubmit?, S. 6 f. Kritisch zu derart eindimensionalen Bestimmungen des ‚Instrumentellen‘ auch *Kornhauser*, ‚Economic Analysis‘, in: SEP, Fall 2011 Edition (unter 1.): ‚Instrumentalism‘ here means that an agent designs the law to promote some collective goal. [...] A more careful definition would specify the agent who designs, the meaning of design, what counts as ‘law,’ and what is a collective purpose‘.

⁶ Vgl. dazu schon im Zusammenhang mit dem Gesetzesbegriff: *Neumann*, Funktionswandel, Zeitschrift für Sozialforschung 6 (1937), S. 542 ff. Dazu näher sogleich unter § 7 B. I.

⁷ So der Untertitel von *Tamanaha*, Law as a Means to an End, 2006. Tamanaha kritisiert primär den aktuellen Umgang mit Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, den er wie folgt charakterisiert: ‚[L]aw is widely viewed as an empty vessel to be filled as desired, and to be manipulated, invoked, and utilized in the furtherance of ends‘ (ebd., S. 1). Tamanahas Kritik gilt einer zunehmenden ‚selfishness‘ rechtlicher Akteure und dem Vordringen libertärer Werte im Verfassungsdiskurs; hieraus entwickelt er jedoch keine rechtstheoretische Position (so auch *Green*, Law as a Means, in: Cane (Hrsg.), Hart-Fuller Debate, 2010, S. 169 (170 f.)). Da seine Befunde kaum über den U. S.-amerikanischen Kontext hinaus verallgemeinerbar sind, bleiben sie im Folgenden ausgeklammert.

tät“⁸, sondern auch speziell die „möglichst zweckmäßige und effektive Erledigung der staatlichen Aufgaben“⁹ realisieren soll. Darüber hinaus hat sich die Zweckorientierung des Rechts im vorigen Kapitel als zentrales Element in dessen Selbstbeschreibung erwiesen. Schließlich ist auch in der Rechtsphilosophie eine ‚instrumentelle‘ Betrachtung des Rechts weit verbreitet. *Joseph Raz* betont etwa ausdrücklich: „The law is not just a fact of life. It is a form of social organization which should be used properly and for the proper ends [...]“¹⁰ Und *Leslie Green* formuliert treffend:

„Law belongs to the meaningful world of ends and means. By ‘meaningful’ I refer to the fact that we can make sense of a lot of human action by understanding it as adopting means to achieve certain ends in light of the situation as the agents see it.“¹¹

Worauf zielt und was stabilisiert dann aber die immer noch verbreitete Gegenüberstellung von Wert- und Zweckrationalität, die etwa auch dort präsent ist, wo Versuche unternommen werden, sich der für Verwaltungen und Verwaltungsrecht prägenden Rationalitäts- und Denkformen zu vergewissern?¹² Da entsprechende Überlegungen in juristischen Texten, wenigstens implizit, stets mit soziologischen und philosophischen Begriffen und Annahmen operieren, bietet es sich an, eben dort nach den eigentlichen Ursachen zu suchen. Stellvertretend für die kritische Tradition soll *Jürgen Habermas’ Theorie des kommunikativen Handelns* (TKH) daraufhin überprüft werden, ob die dortige Bestimmung zweckrationalen Handelns das hier verfolgte Projekt, im Rahmen einer Rekonstruktion des Rechts auf die Kategorien Zweck und Mittel zurückzugreifen, in irgendeiner Form tangiert.¹³ Es versteht sich von selbst,

⁸ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, ²2006, Kap. 2 Rn. 75.

⁹ *Trute*, Forschung, 1994, S. 194.

¹⁰ *Raz*, Authority of Law, 1979, S. 226. Raz verfolgt damit in der eigenen Terminologie eine „instrumental conception of law“. Vgl. auch *Hart*, Concept of Law, ²1994, S. 249; *von der Pfordten*, Rechtsphilosophie, 2013, S. 22 ff.

¹¹ *Green*, Law as a Means, in: Cane (Hrsg.), Hart-Fuller Debate, 2010, S. 169 (171). Aus diesem Grund folgen auch, wie *Green*, a.a.O., S. 171–173, ausführt, sowohl positivistische wie nicht-positivistische Rechtstheorien einer „instrumentalist conception of law“, sofern sie die Frage nach den Gründen von Normativität in ein handlungstheoretisches Modell einbringen.

¹² Etwa bei *Scherzberg*, Rationalität, in: Krebs (Hrsg.), FS Erichsen, 2004, S. 177 (182 f.). Aus den jüngeren Beiträgen in der Rechtswissenschaft, die sich mit dem Begriff der Rationalität beschäftigen, denen jedoch die Schwierigkeiten anzumerken sind, eine genuin rechtliche Perspektive auf die damit verbundenen Fragen zu entwickeln, vgl. insbesondere *Schulze-Fielitz*, Rationalität, in: Kirchhof/Lehner et al. (Hrsg.), FS Klaus Vogel, 2000, S. 311 (320); *Bull*, „Vernunft“ gegen „Recht“?, in: Benz/Siedentopf/Sommermann (Hrsg.), FS König, 2004, S. 179 (195 ff.); *König*, Zur Rationalität öffentlicher Verwaltung, in: Brink/Wolff (Hrsg.), FS von Arnim, 2004, S. 87 (88); *Hill*, Normsetzung, in: GVwR II, ²2012, § 34 Rn. 50 f.; *Pitschas*, Maßstäbe, in: GVwR II, ²2012, § 42 Rn. 54 ff.

¹³ Die TKH ist auch deswegen ein besonders geeigneter Bezugspunkt für das hiesige Vorhaben, da Habermas im Unterschied etwa zu Marcuse oder Horkheimer nicht schlicht

dass keine umfassende Analyse dieses Grundbegriffs des Habermas'schen Denkens erfolgen kann, der mittlerweile selbst schon umfassende Untersuchungen in der Sekundärliteratur erfahren hat.¹⁴ Nicht nur sind Habermas' Ausführungen zu dieser Thematik äußerst umfangreich und in jeder Hinsicht grundlegend.¹⁵ Auch hat seine Behandlung dieser Fragen deutliche Entwicklungen durchgemacht.¹⁶ Doch da das Begriffssystem der TKH nach wie vor große Wirkung im philosophischen und sozialwissenschaftlichen Diskurs entfaltet und die dortige Bestimmung der Zweckrationalität repräsentativ für eine verbreitete Art der Skepsis gegenüber jedem Gebrauch der Kategorien Zweck und Mittel ist, bietet sich die TKH als Untersuchungsobjekt an. Gleichzeitig zeigen die Schwierigkeiten, die Habermas mit einer adäquaten Verarbeitung des Zweckbegriffs hat, wie wenig selbstverständlich und wie anfällig für Missverständnisse selbst ganz basale Überlegungen zur Natur dieses Begriffs sind.

Die folgende Darstellung will zeigen, dass eine Betrachtung (auch) von normativen Handlungen anhand der Kategorien Zweck und Mittel keineswegs kategorial von alternativen Beschreibungsformen unterschieden werden kann. Das bedeutet nicht, dass die Kritik, die gerade in der frühen Frankfurter Schule von *Theodor W. Adorno* und *Max Horkheimer* an bestimmten *Erscheinungsformen* der instrumentellen Vernunft geübt wurde und die auch noch Habermas' Ansatz inspiriert¹⁷, widerlegt oder entwertet ist. Doch lassen

einen unausgearbeiteten Begriff der Zweckrationalität voraussetzt, der stellvertretend für die vermeintlichen Pathologien der Moderne oder des Kapitalismus steht, sondern sich ausführlich an dem Begriff abarbeitet. Kritisch zu Marcuse etwa *Habermas, Technik und Wissenschaft*, 1968, S. 57 ff.; zur Übervereinfachung der Horkheimer'schen „Kritik der instrumentellen Vernunft“ s. etwa *Habermas, Diskurs der Moderne*, 1985, S. 137. Ganz außer Betracht müssen hier im Übrigen andere zeitgenössische Annäherungen an den Begriff der Zweckrationalität bleiben (etwa bei *Brandom, Tales of the Mighty Dead*, 2002, S. 3 ff.).

¹⁴ Die folgenden Ausführungen orientieren sich vornehmlich an der jüngeren Schriften zu Habermas von *Steinhoff, The Philosophy of Jürgen Habermas*, 2009, und *Blau, Habermas's Account of Rationality*.

¹⁵ So schon *McCarthy, Habermas*, 1978, S. 24.

¹⁶ Insbesondere zu Beginn der 1990er-Jahre hat Habermas erhebliche Veränderungen am Konzept der Diskursethik vorgenommen und in der Neubestimmung des „pragmatischen Diskurses“ (*Habermas, Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch*, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, 2¹⁹⁹², S. 100 ff.; *Habermas, Faktizität und Geltung*, 4¹⁹⁹⁴, S. 194) einige der im Folgenden kritisierten Punkte modifiziert, ohne damit jedoch eine klare Revision seiner Ausführungen zu Zweckrationalität und instrumenteller Vernunft zu verbinden. Zu Veränderungen im Habermas'schen Verständnis des Verhältnisses von kommunikativer und diskursiver Vernunft ausführlich *Blau, Habermas's Account of Rationality*, S. 9 f. Wo diese Weiterentwicklungen hier diskutierte Fragen betreffen, wird punktuell darauf eingegangen.

¹⁷ Dies gilt insbesondere für den frühen Habermas, vgl. *Habermas, Technik und Wissenschaft*, 1968, S. 83. Mit der Verbindung von Theorien der Rationalität und der Moderne

sich aus einzelnen Deformationen der instrumentellen Vernunft keine grundsätzlichen Einwände gegen die teleologische Rekonstruktion von Handlungen in normativen Kontexten ableiten, ohne den Gestaltungsanspruch normativer Ordnungen aufzugeben. Damit ist gleichzeitig ein Schritt über die Habermas-Exegese hinaus zu einem besseren Verständnis der Kategorien Zweck und Mittel im Recht gemacht.

I. Habermas' Kritik der Zweckrationalität in der Theorie des kommunikativen Handelns

Habermas unterscheidet in der TKH zunächst drei Rationalitätstypen: *instrumentelle* oder auch *kognitiv-instrumentelle* Rationalität, *strategische* Rationalität und *kommunikative* Rationalität.¹⁸ Die ersten beiden Typen, die er oft als *Zweckrationalität* oder *teleologische Rationalität* zusammenfasst¹⁹, kennzeichnet Habermas durch ihre Orientierung an einem in der „objektiven Welt“ geschehenden „Erfolg“.²⁰ Strategische Rationalität ist dabei die soziale Variante instrumenteller Rationalität: „Das teleologische wird zum strategischen Handlungsmodell erweitert, wenn in das Erfolgskalkül des Handelnden die Erwartung von Entscheidungen mindestens eines weiteren zielgerichtet handelnden Aktors eingehen kann.“²¹ Im Unterschied zu der Erfolgsorientierung der Zweckrationalität ist kommunikative Rationalität an „Verständigung“ orientiert.

Habermas' Rationalitätskonzept ist von Beginn an mit handlungstheoretischen Fragestellungen verknüpft, indem die genannten Rationalitätstypen den Maßstab für die Beurteilung von Handlungen bilden. Den Rationalitätstypen korrespondieren dabei entsprechende Handlungsformen:

sowie der Gleichsetzung technokratischer Logik mit Zweckrationalität nimmt Habermas hier bereits grundlegende Themen und Begriffe der TKH vorweg. Vgl. auch *Habermas*, *Diskurs der Moderne*, 1985, S. 144. Zu Hintergrund und Entwicklung der Instrumentalismus-Kritik bei Habermas vgl. *McCarthy*, *Habermas*, 1978, S. 16 ff.

¹⁸ Die folgende Skizze stützt sich auf die komplexen und nicht völlig widerspruchsfreien Ausführungen der TKH. Um hier eine möglichst kohärente Version von Habermas' Argument zu präsentieren, wurden vereinzelt Verkürzungen in Kauf genommen, die jedoch die Grundzüge der Argumentation in der TKH, soweit diese hier relevant sind, nicht berühren.

¹⁹ Instruktiv zur Verwirrung, die der ständige Wechsel der Bezeichnungen des nicht-sprachlichen Handlungstyps in der TKH auslöst, *Berger*, *Versprachlichung des Sakralen*, in: *Honneth/Joas* (Hrsg.), *Kommunikatives Handeln*, 1986, S. 255 (266 f.).

²⁰ TKH I, S. 26, 130 (wonach die „objektive Welt“ wiederum als „Gesamtheit der Sachverhalte [...], die bestehen oder eintreten bzw. durch gezielte Intervention herbeigeführt werden können“, definiert wird); s. auch *Habermas*, *Nachmetaphysisches Denken*, 1992, S. 65–66.

²¹ TKH I, S. 127.

„Eine erfolgsorientierte Handlung nennen wir *instrumentell*, wenn wir sie unter dem Aspekt der Befolgung technischer Handlungsregeln betrachten und den Wirkungsgrad einer Intervention in einem Zusammenhang von Zuständen und Ereignissen bewerten; *strategisch* nennen wir eine erfolgsorientierte Handlung, wenn wir sie unter dem Aspekt der Befolgung von Regeln rationaler Wahl betrachten und den Wirkungsgrad der Einflussnahme auf die Entscheidungen eines rationalen Gegenspielers bewerten. Instrumentelle Handlungen können mit sozialen Interaktionen verknüpft sein, strategische Handlungen stellen selbst soziale Handlungen dar. Hingegen spreche ich von *kommunikativen* Handlungen, wenn die Handlungspläne der beteiligten Akteure nicht über egozentrische Erfolgskalküle, sondern über Akte der Verständigung koordiniert werden. Im kommunikativen Handeln sind die Beteiligten nicht primär am eigenen Erfolg orientiert; sie verfolgen ihre individuellen Ziele unter der Bedingung, dass sie ihre Handlungspläne auf der Grundlage gemeinsamer Situationsdefinitionen aufeinander abstimmen können. Insofern ist das Aushandeln von Situationsdefinitionen ein wesentlicher Bestandteil der für kommunikativen Handeln erforderlichen Interpretationsleistungen.“²²

Eine Handlung gilt nach Habermas also als zweckrational, wenn sich der Handelnde tauglicher Mittel zur Zweckerreichung bedient. Umgekehrt gilt eine (Sprech-)Handlung als kommunikativ rational, wenn der Handelnde aufgrund der Wahrheit der mit der Handlung verbundenen Geltungsansprüche im Diskurs Verständigung und Zustimmung herbeiführen kann.²³ Die Bedingungen kommunikativer Rationalität werden näher in der Theorie des Diskurses definiert.

Die Ausführungen zur Handlungstypologie wurden hier so ausführlich zitiert, um die Stoßrichtung der TKH deutlich zu machen. Ein zentrales Ziel der TKH ist es, die Eigenständigkeit kommunikativer Rationalität und die logische Priorität der kommunikativen vor der zweckrationalen Handlung nachzuweisen (Irreduzibilitätsthese).²⁴ Kommunikative Handlung und kommunikative Rationalität sollen nach Habermas allein in der Lage sein, rationalen Konsens im Diskurs herzustellen bzw. den Bewertungsmaßstab für derartige diskursive Vorgänge zu bilden. Der Diskurs ist eben dadurch gekennzeichnet, dass er nicht interessenleitet ist, sondern *verständigungsorientiert* von Sprache als Medium Gebrauch macht und damit Sprache „unverkürzt“, also gewissermaßen gegenstandsadäquat, verwendet.²⁵ Dadurch ist der Diskurs in

²² TKH I, S. 385. Vgl. auch den Überblick über die in der Soziologie vor Habermas verwendeten Handlungsbegriffe in TKH I, S. 126 ff.

²³ TKH I, S. 26. Vgl. auch TKH I, S. 27: „So gilt für Behauptungen und für zielgerichtete Handlungen, daß sie um so rationaler sind, je besser der mit ihnen verknüpfte Anspruch auf propositionale Wahrheit oder Effizienz begründet werden kann.“ Ähnlich Habermas, Erläuterungen, Zeitschrift für philosophische Forschung 50 (1996), S. 65 (70).

²⁴ Vgl. TKH I, S. 8. Zur Irreduzibilität s. etwa auch Habermas, Nachmetaphysisches Denken, 1992, S. 68.

²⁵ S. nur TKH I, S. 142 (kommunikatives Handlungsmodell „setzt Sprache als ein Medium unverkürzter Verständigung voraus“), 387, und passim; sowie etwa auch Habermas, Entgegnung, in: Honneth/Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln, 1986, S. 327 (364).

der Lage, sozusagen an sich selbst einen Maßstab kommunikativer Rationalität zu entwickeln. Und erst auf der Grundlage der Beherrschung dieser Argumentationsregeln oder Regeln kommunikativer Rationalität ist der strategische Einsatz von Sprache denkbar. Durch diesen Schachzug hofft Habermas erstens, eine Art Vernunft in der Praxis des Diskurses verorten zu können und sie nicht mehr, wie noch die frühe Frankfurter Schule, in der Geschichte (erfolglos) suchen zu müssen. Zweitens setzt hier die Diskursethik an. Danach lassen wir uns bekanntlich, indem wir von Sprache Gebrauch machen, immer schon auf den Diskurs ein und müssen daher wenigstens im Grundsatz dessen Regeln akzeptieren, wollen wir uns nicht in performative Widersprüche begeben. Drittens bildet diese Unterscheidung den Ausgangspunkt für einen Schutz der kommunikativen Eigenrationalität der ‚Lebenswelt‘ vor der Usurpation durch die wissenschaftlich-technische Rationalität der die Lebenswelt umgebenden ‚Systeme‘.

Dieses umfassende, hier stark vereinfachte Projekt ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die Skizze sollte nur dazu dienen, den Horizont von Habermas' Unterscheidungen von Zweck- und kommunikativer Rationalität aufzuzeigen. Dabei ist intuitiv plausibel, dass die Bedingungen der Rationalität kommunikativer Handlungen sich von den Bedingungen der Rationalität eines instrumentellen Weltzugriffs unterscheiden. Habermas geht jedoch weiter, indem er zweckrationales Handeln kategorial von kommunikativem Handeln unterscheidet, ersteres als rein instrumentell charakterisiert und die Kategorien Zweck und Mittel aus jedem auf Geltungsansprüche bezogenen Diskurs ganz weitgehend verbannt. Zweckrationalität und teleologisches Handeln erscheinen so in gewissem Sinne als ‚minder-wertige‘ Handlungsform, insofern eben wertorientierte Äußerungen nicht in diesen Kategorien formuliert werden können.²⁶

Diese Trennung der Zweckrationalität von allen etwaigen normativen Ansprüchen wird dadurch noch vertieft, dass Habermas, ohne durch seine Theorie dazu gezwungen zu sein, zweckrationales Handeln als „egozentrisch“ definiert.²⁷ Als weitere implizit eingefügte Zusatzbedingung soll zweckorien-

²⁶ TKH I, S. 130 f.; ausführlich *Steinhoff*, *The Philosophy of Jürgen Habermas*, 2009, S. 5.

²⁷ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der obigen Definition der kommunikativen Handlung, die eben im Unterschied zur Zweckrationalität „nicht über egozentrische Erfolgskalküle“ operiere, TKH I, S. 385. S. auch TKH I, S. 127: „Dieses [strategische] Handlungsmodell wird oft utilitaristisch gedeutet; dann wird unterstellt, daß der Akteur Mittel und Zwecke unter Gesichtspunkten der Maximierung von Nutzen bzw. Nutzenerwartungen wählt und kalkuliert. Dieses Handlungsmodell liegt den entscheidungs- und spieltheoretischen Ansätzen in Ökonomie, Soziologie und Sozialpsychologie zugrunde.“ Diese Charakterisierung der Zweckrationalität behält Habermas auch in seinen Schriften nach der TKH bei, vgl. die zahlreichen Nachweise aus Habermas' Werk bei *Blau*, *Habermas's Account of*

tiertem Handeln nach Habermas nur im funktionalen Vollzug anderweitig bestimmter Zwecke bestehen; so ist zweckorientiertes Handeln definiert als die „auf die Realisierung eines Zwecks gerichtete, von Maximen geleitete und auf eine Situationsdeutung gestützte Entscheidung zwischen Handlungsalternativen“. ²⁸ Dass zweckrationale Überlegungen dagegen notwendigerweise immer äußerst eng mit der Auswahl und Abwägung unter mehreren möglichen Zwecken verbunden sind – was noch für Max Weber selbstverständlich war –, ist in der TKH merkwürdig unterreflektiert. ²⁹ Dementsprechend taugen die Kategorien von Zweck und Mittel nach Habermas nur für Analysen der „objektiven“ (im Gegensatz zur sozialen) Welt. Zwar sind auch instrumentell-funktionalistische Analysen sozialer Verhältnisse denkbar, können aber deren primär kommunikative Eigenrationalität nicht erfassen. Wäre damit der Anwendungsbereich der Kategorien zutreffend bestimmt, wäre es zwar möglich, davon zu sprechen, dass Normen Zwecke verfolgen; doch würde daraus für den eigentlich juristischen Diskurs, jedenfalls sofern in diesem ein Anspruch auf Wertbegründung verortet wird, nichts folgen. Zweckerreichung und Zweckmäßigkeit wären dann rechtsexterne Kategorien, die *im* Recht nichts bewirken könnten, sondern für alternative, reduktive Beschreibungsformen des Rechts stünden – ein Gedanke, der im Recht eben als Gegenüberstellung von Recht- und Zweckmäßigkeit durchaus geläufig ist und der auch im Kontext der Diskussion über den Gesetzesbegriff wiederbegegnet wird.

II. Die teleologische Struktur von (kommunikativen) Handlungen

Habermas' Unterscheidungen sind aus handlungstheoretischer Perspektive schon früh kritisiert worden. ³⁰ Gerade die jüngere Literatur zu Habermas betont, dass die Unstimmigkeiten der handlungstheoretischen Grundlegung

Rationality, S. 18, 21 f.; zur äußerst verkürzenden Charakterisierung der Spieltheorie ebd., S. 21.

²⁸ TKH I, S. 127, 384 f. S. schon *Habermas*, *Technik und Wissenschaft*, 1968, S. 62–65.

²⁹ *Weber*, *Soziologische Grundbegriffe*, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 541 (567). Habermas referiert zwar Max Webers Konzept zutreffend wie folgt: „Zu den Bedingungen zweckrationalen Handelns gehört nicht nur eine subjektiv vermeinte oder empirisch feststellbare *instrumentelle Rationalität* der Mittel, sondern die *Wahlrationalität* einer nach Werten selektierten Zwecksetzung.“ Jedoch zieht Habermas hieraus in der TKH keine weiteren Schlussfolgerungen. Dies ändert sich jedoch im späteren Werk, vgl. die Hinweise bei *Blau*, *Habermas's Account of Rationality*, S. 14.

³⁰ Etwa bei *McCarthy*, *Habermas*, 1978, S. 27 f.; *Baurmann*, *Understanding*, in: *Seebaß/Tuomela* (Hrsg.), *Social Action*, 1985, S. 187 ff.; *Joas*, *Unglückliche Ehe*, in: *Honneth/Joas* (Hrsg.), *Kommunikatives Handeln*, 1986, S. 144 (146 ff.); *Berger*, *Versprachlichung des Sakralen*, in: ebd., S. 255 (266 ff.); zur Reaktion: *Habermas*, *Entgegnung*, in: ebd., S. 327 (364, insbes. Fn. 60).

der TKH erhebliche Auswirkungen auf das gesamte Theoriegebäude haben.³¹ Derartige Systemfragen sollen hier außer Betracht bleiben. Im vorliegenden Kontext ist allein relevant, ob die strikte Gegenüberstellung eines objektivistisch-zweckrationalen und eines auf die genannte Weise wertbezogen-kommunikativen Handelns tragfähig ist. Aus den in der Literatur erhobenen Einwänden gegen Habermas' Konzept sind hier zwei Punkte wichtig: Überzeugt Habermas' Assoziation der Kategorien Zweck und Mittel mit einem derart reduktionistisch bestimmten Rationalitäts- und Handlungstyp? Und spielen umgekehrt Zwecke und Mittel im Rahmen kommunikativer Rationalität tatsächlich keine Rolle?

Der *erste* Punkt wurde schon angedeutet: Habermas' Typologie der Handlungsformen ist unvollständig. Zwischen der rein instrumentellen Abarbeitung vorgegebener Zwecke und dem zweckfreien Bereich kommunikativen Handelns klafft eine große Lücke.³² Durch die beiden unter der Hand eingeführten zusätzlichen Charakteristika der Zweckrationalität – Egozentrismus und Beschränkung auf das Abarbeiten vorgegebener Zwecke – zeichnet Habermas ein Zerrbild dieser Handlungsform. Habermas' Konzeption der Zweckrationalität ist also insofern viel zu eng, als die Möglichkeit der Verfolgung sozialer oder altruistischer Zwecke bei ihm nicht zu bestehen scheint.³³ Dass auch die Wahl von (Unter-)Zwecken in sozialen oder nicht-sozialen Kontexten in einem engen Zusammenspiel wertender und instrumenteller Überlegungen erfolgt, erörtert Habermas nicht, obwohl dies der wohl herrschenden Perspektive in der klassischen Soziologie und auch in der heutigen analytischen Sozial- und Moralphilosophie entsprechen dürfte.

Zweitens lässt sich die Rationalität von Kommunikationen – anders als Habermas dies insinuiert – nicht ohne Rekurs auf Zwecke beschreiben. Wie dargestellt, versucht Habermas von Beginn der TKH an, die oben genannten Rationalitätstypen als Gegenmodelle zu etablieren. So heißt es auf den ersten Seiten der TKH:

„Betrachten wir zwei paradigmatische Fälle: eine Behauptung, mit der A in kommunikativer Absicht eine bestimmte Meinung äußert, und eine zielgerichtete Intervention in die Welt, mit der B einen bestimmten Zweck verfolgt. Beide verkörpern fehlbares Wissen; beides sind Versuche, die fehlschlagen können. Beide Äußerungen, die kommunikative und die teleologische Handlung, können kritisiert werden. Ein Hörer kann bestreiten, daß

³¹ So insbesondere bei *Steinhoff*, *The Philosophy of Jürgen Habermas*, 2009.

³² *Blau*, *Habermas's Account of Rationality*, S. 9 f.; ähnlich bereits *Joas*, *Unglückliche Ehe*, in: *Honneth/Joas* (Hrsg.), *Kommunikatives Handeln*, 1986, S. 144 (146 ff.).

³³ So schon *McCarthy*, *Habermas*, 1978, S. 26; *Blau*, *Habermas's Account of Rationality*, S. 18, der ebd., S. 12, zu Recht darauf hinweist, dass Habermas diese Perspektive nach 1990 teilweise ergänzt hat, vgl. die Hinweise oben § 7 Fn. 16.

die von A aufgestellte Behauptung *wahr* ist; ein Beobachter kann bestreiten, daß die von B ausgeführte Handlung *Erfolg* hat.³⁴

Träfe dies zu, könnten Äußerungen als kommunikative Handlungen nicht deswegen als irrational kritisiert werden, weil sie keinen Erfolg haben, d. h. beispielsweise von den Adressaten der Kommunikation ignoriert werden.³⁵ Dass dies keine sinnvolle Position ist, zeigt sich bereits daran, dass Habermas schon in der TKH wie selbstverständlich davon ausgeht, dass kommunikatives Handeln Pläne verfolgt.³⁶ In einer späteren Stellungnahme führt er ausdrücklich aus:

„Die Rationalität des verständigungsorientierten Sprachgebrauchs hängt dann davon ab, ob die Sprechhandlungen so verständlich und akzeptabel sind, daß der Sprecher damit illokutionäre Erfolge erzielt (oder unter normalen Umständen erzielen könnte).“³⁷

Auch sprachliche Handlungen können daher als irrational kritisiert werden, wenn sie nicht dazu in der Lage sind oder dazu beitragen, den mit ihnen verbundenen Zweck oder Erfolg zu erreichen. Umgekehrt zielen kommunikative Handlungen immer auf einen Erfolg, nämlich den, verstanden zu werden und Übereinkünfte herbeizuführen.³⁸ Dass der Zweck, den der Handelnde mit seiner Äußerung inhaltlich verfolgt, möglicherweise aus kommunikativer Perspektive nur dann in einem engeren Sinne rational genannt werden kann, wenn die Äußerung bestimmte Nebenbedingungen erfüllt – insbesondere eine diskursive Verallgemeinerungsfähigkeit aufweist –, hebt die teleologische Struktur des Sprechakts bzw. der Äußerungshandlung nicht auf. Die Anforderungen kommunikativer Rationalität sind jedoch zunächst davon abhängig, dass die Sprechhandlung insoweit zweckrational ist, dass der Äußernde mit seiner Aussage deren Berücksichtigung im Diskurs erreichen möchte. Bereits *Johannes Bergers* frühe Kritik an der TKH hat die scheinbare Eindeutigkeit der Kategorien ausgehebelt: „Man kann sich erfolgreich verständigen und verständnisvoll Erfolge haben. Beide Handlungsfiguren lassen sich nicht so

³⁴ TKH I, S. 26.

³⁵ Nur am Rande sei angemerkt, dass nach der obigen Aussage nicht-kommunikative Handlungen nicht wegen der Fehlerhaftigkeit der ihr zugrundeliegenden Prognosen kritisiert werden könnten. Dieser Befund steht jedoch im direkten Widerspruch zu Habermas' weiteren Ausführungen an diesem Ort. Denn nach TKH I, S. 26, soll gelten: „Die Wirksamkeit einer Handlung steht in einer internen Beziehung zur Wahrheit der bedingten Prognosen, welche der Handlungsplan bzw. die Handlungsregel implizieren“.

³⁶ Vgl. TKH II, S. 193.

³⁷ *Habermas*, Erläuterungen, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 50 (1996), S. 65 (72).

³⁸ *Blau*, *Habermas's Account of Rationality*, S. 11; *Steinhoff*, *The Philosophy of Jürgen Habermas*, 2009, S. 9 („One can always point out that, even without being embedded in success-oriented communicative action, speech acts oriented towards reaching understanding are directly success-oriented, quite simply because the illocutionary goal of reaching understanding is still a goal.“); vgl. auch a. a. O., S. 20 f.

entmischen, wie Habermas das vorschwebt.³⁹ Schon die Sachverhalte, die nach Habermas' Vorstellung für systemisches Denken und zweckrationales Handeln charakteristisch sind, wie die gemeinsame Planung und Konstruktion eines technischen Geräts, sind ohne weitgehende konsensuale Übereinstimmung der an der Planung Beteiligten nicht möglich.⁴⁰

Habermas hat diesen Punkt in der TKH selbst zwar schon gesehen, wenn er *en passant* bemerkt, dass *alle* Handlungen, also auch kommunikative Handlungen, eine „teleologische Struktur“ aufweisen: „Insofern ist die teleologische Struktur für alle Handlungsbegriffe fundamental.“⁴¹ Kombiniert man dies mit den oben zitierten Ausführungen, scheint nun aber kommunikatives Handeln ein Handeln zu sein, das auf Zwecke gerichtet ist, aber nicht daran gemessen werden darf.⁴² Habermas' Reaktion auf diesen Widerspruch beschränkt sich an dieser Stelle nun im Wesentlichen auf eine Wiederholung der Ausgangsdefinition, wonach zweckrationales Handeln auf Erfolg, kommunikatives Handeln auf Verständigung gerichtet sei.⁴³

Dieser Widerspruch lässt sich nur dann auflösen, wenn man von den oben skizzierten Zielen der TKH ausgeht. Habermas denkt seine Diskurstheorie nicht von den Handlungsbegriffen her, sondern konstruiert umgekehrt die Handlungstypen auf die Diskurstheorie hin.⁴⁴ Habermas will zeigen, dass das Moment kommunikativer Eigenrationalität nicht vollständig mittels einer Aggregation der konkreten Interessen der am Diskurs beteiligten Akteure rekonstruiert und darauf reduziert werden kann.⁴⁵ Diese Einsicht ist nun allerdings kein Spezifikum der Theorie kommunikativer Rationalität. Mittlerweile wird sie vielmehr – wie dargestellt – selbst in der politischen Ökonomie allgemein akzeptiert.⁴⁶ Habermas' Innovation besteht hingegen darin, ein Konzept für die Ausgestaltung dieses Bereiches ‚echter‘ Koordination vorzuschlagen, das sich aus den Sachgesetzmäßigkeiten des Diskurses und der ‚Natur‘ der Sprache konstituiert. Damit bewegt sich Habermas jedoch aus der Handlungstheorie im engeren Sinne hinaus: Kommunikative und Zweckrati-

³⁹ Berger, Versprachlichung des Sakralen, in: Honneth/Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln, 1986, S. 255 (266). Vgl. auch Alexander, Habermas' neue Kritische Theorie, in: ebd., S. 73 (94, 101).

⁴⁰ McCarthy, Habermas, 1978, S. 26.

⁴¹ TKH I, S. 150. Ausdrücklich dann auch Habermas, Erläuterungen, Zeitschrift für philosophische Forschung 50 (1996), S. 65 (70): „Handeln hat eine teleologische Struktur, denn jede Handlungsabsicht zielt auf die Realisierung eines gesetzten Zwecks ab“.

⁴² Steinhoff, The Philosophy of Jürgen Habermas, 2009, S. 20.

⁴³ Vgl. TKH I, S. 150 f.; Habermas, Nachmetaphysisches Denken, 1992, S. 65–67.

⁴⁴ Alexander, Habermas' neue Kritische Theorie, in: Honneth/Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln, 1986, S. 73 (94).

⁴⁵ Dazu, dass dies den Kern seiner Argumentation darstellt, siehe Habermas, Justification and Application, ³2001, S. 16; vgl. auch schon TKH I, S. 387.

⁴⁶ Hierzu oben § 6 C. I. 1.

onalität operieren als analytische Kategorien auf unterschiedlichen Ebenen.⁴⁷ Denn Sprechhandlungen lassen sich eben umfassend mittels der Kategorien Zweck und Mittel beschreiben. Dass Sprache einen Bereich zweckfreier Eigenrationalität aufweisen mag und dass genau diese Eigenschaft von Sprache für einen gelingenden Diskurs und letztlich Konsensbildung erforderlich sein mag, sei dahingestellt. Doch setzt die Teilnahme am Diskurs immer schon die teleologische Struktur der Sprechhandlung voraus. Dies ergibt sich schon aus Habermas' eigener Abgrenzung der verschiedenen, vor ihm in der Soziologie vertretenen Handlungsmodelle:

„In allen Fällen wird die teleologische Handlungsstruktur insofern vorausgesetzt, als den Akteuren die Fähigkeit zu Zwecksetzung und zielgerichtetem Handeln, auch das Interesse an der Ausführung ihrer Handlungspläne zugeschrieben wird. Aber nur das strategische Handlungsmodell begnügt sich mit einer Explikation der Merkmale unmittelbar erfolgsorientierten Handelns, während die übrigen Handlungsmodelle Bedingungen spezifizieren, unter denen der Akteur seine Ziele verfolgt – [etwa] Bedingungen [...] des kommunikativ erzielten Einverständnisses [...].“⁴⁸

Durch die Verwendung des Ausdrucks „begnügt“ macht Habermas klar, dass kommunikative Rationalität *zusätzliche* Anforderungen an die Begründung der Rationalität von Handlungen stellt und insbesondere den Verzicht auf egoistische Zielsetzungen des Sprechers umfasst.⁴⁹ Dies hat Habermas später noch einmal ausdrücklich klargestellt:

„Wie jedes Handeln ist auch das kommunikative Zwecktätigkeit. Aber die Teleologie der einzelnen Handlungspläne und der ausführenden Operationen wird hier durch den handlungskoordinierten Verständigungsmechanismus *unterbrochen*. Die kommunikative ‚Schaltung‘ über vorbehaltlos ausgeführte illokutionäre Akte setzt die zunächst egozentrisch auf den jeweiligen Akteur zugeschnittenen Orientierungen und Handlungsverläufe unter die strukturellen Beschränkungen einer intersubjektiv geteilten Sprache. Das den sprachlichen Strukturen innewohnende Telos der Verständigung erzwingt vom kommunikativ Handelnden einen Perspektivenwechsel; dieser äußert sich in der Nötigung, von der objektivierenden Einstellung des erfolgsorientierten Handelnden, der etwas in der Welt *bewirken* will, überzugehen zur performativen Einstellung eines Sprechers, der sich mit einer zweiten Person über etwas *verständigen* will.“⁵⁰

⁴⁷ Vgl. schon die Bemerkungen im Nachwort (1973) zu *Habermas*, Erkenntnis und Interesse, 1973, S. 382, Fn. 27.

⁴⁸ TKH I, S. 150 f.

⁴⁹ *Steinhoff*, The Philosophy of Jürgen Habermas, 2009, S. 23: „And since, as Habermas correctly notes, the definition of strategic action is so modest and economical, it is comprehensive enough that it easily subsumes communicative action under its definition as well.“ Ebenso auch *Blau*, Habermas's Account of Rationality, S. 25.

⁵⁰ *Habermas*, Nachmetaphysisches Denken, 1992, S. 131; ähnlich auch a. a. O., S. 67; vgl. ferner schon andeutungsweise *Habermas*, Entgegnung, in: Honneth/Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln, 1986, S. 327 (364).

Für dieses Anliegen ist es nun aber in keiner Weise erforderlich, die Zweckrationalität auf eine *rein* instrumentelle Rolle zu beschränken. Wenn Habermas die Begriffe Zweck, Mittel und Zweckrationalität in der skizzierten Weise verkürzt, ist ihm insoweit die Gefolgschaft zu verweigern. Dieser Schritt ist unabhängig von jeder Zustimmung oder Ablehnung von Habermas' Beschreibung und Begründung der Regeln der Eigenrationalität des kommunikativen Diskurses.

III. Folgerungen für die Verwendung des Zweckbegriffs im Recht

Folgende vier Schlussfolgerungen lassen sich aus Habermas' Ansatz für das Verständnis der Verwendung des Zweckbegriffs in rechtlichen Kontexten ziehen:

Erstens ist nichts gegen Habermas' Darstellung einzuwenden, soweit damit lediglich in der Tradition der älteren Kritischen Theorie und anderer Denker ein ‚rein‘ instrumenteller Zugriff auf soziale Sachverhalte kritisiert werden soll.⁵¹ ‚Rein instrumentell‘ bezeichnet dabei die Unterstellung, es gebe in der Gesellschaft bestimmte notwendige, dem Diskurs entzogene Zwecke, die in der Politik bzw. von den Sozialwissenschaften nur ‚abzuarbeiten‘ wären. Alternativlosigkeit ist weder eine politische noch eine sozialwissenschaftliche noch eine rechtliche Kategorie. Eine Gesellschaftstheorie, die die Prozesse gesellschaftlicher Rationalisierung im Ganzen erfassen will, muss daher immer (kommunikative) Räume für die Aushandlung und Auswahl der für die Gesellschaft relevanten Ziele aufweisen und kann insoweit nicht bloß auf Mechanismen zur Aggregation individueller Interessen verweisen.⁵² Insofern liegt in der Kritik der Zweckrationalität jedoch nur eine andere Form der richtigen These von der Gestaltbarkeit der Rechtsordnung vor.

Soweit *zweitens* hinter der Kritik des Instrumentalismus eine Kritik spezifischer Ziele – etwa ökonomischer – oder einer spezifischen Organisation der Zielauswahl – etwa durch Verwaltungen statt durch Parlamente – liegt, führt es nicht weiter, dies als Problem des Zwecks oder der Zweckrationalität zu diskutieren.⁵³ Darin läge eine Verwechslung einer Argumentationsform mit einem politischen oder politiktheoretischen Programm. Eine Vermengung der auf bestimmte inhaltliche Positionen oder Legitimationsmodi zielenden Kritik mit der handlungstheoretischen Beschreibungsebene führt zu erheblichen

⁵¹ Hierzu oben § 7 Fn. 5 und § 7 Fn. 13.

⁵² Zu der entsprechenden Kritik an Max Weber: TKH I, S. 365, 383.

⁵³ *Blau*, Habermas's Account of Rationality, S. 6 f. („Rather than attacking means-ends rationality, an argument which cannot work, critical theorists should challenge people who claim to uphold means-ends rationality but who actually support things which are bad means to their ends.“). Dennoch zielen Äußerungen zur Kritik der instrumentellen Vernunft häufig auf entsprechende Gesichtspunkte, vgl. *Schechter*, Critique of Instrumental Reason, 2010, S. 223.

Unschärfen im Gebrauch der Kategorien Zweck und Mittel. Paradigmatisch zeigt dies Habermas' unglückliche Gleichsetzung von zweckrationalem Handeln mit der Verfolgung „egoistischer“ Ziele. Dagegen lassen sich, wie gesehen, auch gemeinschaftsbezogene kollektive Handlungen ohne Schwierigkeiten mit den Kategorien von Zweck und Mitteln beschreiben. Insbesondere können auch die Positionen, auf die sich Individuen in diskursiven Verfahren einigen, als Zwecke dieser Gruppe oder Institution bezeichnet werden. Diese Zuschreibung ist keineswegs mit der Behauptung identisch, dass diese Gruppenzwecke auf aggregierte (egoistische) Einzelzwecke zurückgeführt werden müssten oder könnten. Vielmehr ist eine derartige Konstruktion, die aus den im vorangegangenen Abschnitt ausgeführten Gründen nahe liegt, voll damit vereinbar, dass im Rahmen der Aushandlung eine kommunikative „Unterbrechung“ stattgefunden hat.

Drittens zeigt gerade das positive Recht als soziale Handlung, welche vielfältige Perspektiven auf diese „teleologische Struktur“ im Detail möglich sind und wie eindimensional Habermas' Beschreibung der Zweck-Mittel-Terminologie ist. Dies wurde ebenfalls im vorangegangenen Kapitel ausführlich beleuchtet.⁵⁴ So ist das Recht des demokratischen Verfassungsstaates wohl ein paradigmatischer Fall der Verschränkung von kommunikativem Handeln und Zweckrationalität: Hier sind die relevanten Zwecke gerade nicht alternativlos vorgegeben, sondern werden im Gesetzgebungsverfahren gesucht.⁵⁵ Gleichzeitig strebt das demokratische Recht eben auch nach sozialer Gestaltung und verwirklicht zweckorientiert Projekte. Es ist nicht plausibel und ergibt sich aus Habermas' Kritik in keiner Weise, weshalb eine derartige Beschreibung ein bloß instrumentelles Verständnis von Gesetzgebung unterstellen sollte. Vielmehr transzendiert Gesetzgebung in diesem Sinne die holt-

⁵⁴ Hierzu oben § 6 B. Vgl. etwa auch zum „künstlichen Charakter“ des Rechts als Gebilde einer „intentional erzeugte[n] Schicht von Handlungsnormen“, *Habermas*, Faktizität und Geltung, ⁴1994, S. 142 f.

⁵⁵ In der Alltagspraxis begegnen derartige Verschränkungen ständig, wenn wir gleichzeitig Geltungsansprüche artikulieren und dabei die Realisierungschancen mitbedenken (dazu schon *Weber*, Soziologische Grundbegriffe, in: *Wissenschaftslehre*, ⁷1988, S. 541 (566 f.)). Hierzu hat sich Habermas allerdings später umfassend geäußert, vgl. dazu die Hinweise oben § 7 Fn. 16; sowie *Blau*, *Habermas's Account of Rationality*, S. 14 m. w. N. Als Projekt erscheint diese Verknüpfung auch schon in *TKH I*, S. 376: „Eine auf dieser Linie formalpragmatisch ausgearbeitete Kommunikationstheorie kann für eine soziologische Handlungstheorie fruchtbar gemacht werden, wenn es gelingt zu zeigen, wie kommunikative Akte, d. h. Sprechhandlungen oder äquivalente nicht-verbale Äußerungen, die Funktion der Handlungs koordinierung übernehmen und ihren Beitrag zum Aufbau von Interaktionen leisten.“ In diesem Sinne beschreibt später *Habermas*, *Diskursethik*, ²1992, S. 108, den pragmatischen Diskurs wie folgt: „Die wertorientierte Abwägung von Zwecken und die zweckrationale Abwägung von verfügbaren Mitteln dient der vernünftigen Entscheidung darüber, wie wir in die Welt eingreifen müssen, um einen erwünschten Zustand herbeizuführen.“ Ebenso *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, ⁴1994, S. 194.

schnittartigen Kriterien der TKH und zeigt damit deren analytischen Unzulänglichkeiten auf.

Viertens ergibt sich aus dem gerade Gesagten eine Doppelung der Verwendungsweisen der Kategorien Zweck und Mittel. Die Zweck-Mittel-Relation steht einerseits für eine spezifische Form der Konstruktion kommunikativer Beziehungen, die zwischen handelndem Akteur und Produkt der Entscheidung zunächst unterscheidet, um die beiden Pole dann über intentionale und kausale Beziehungen aneinander zu koppeln. Andererseits sind diese Zwecke als Produkte des Diskurses, sobald sie in Anwendungsdiskursen aufgenommen werden, normativ relevante Gründe oder – in einer alternativen Theoriesprache – Werte. Diese Koppelung von Zwecken und Gründen in einem Legitimationsverfahren, die oben ausführlich beschrieben wurde, entgeht der Habermas'schen Bestimmung der Zweckrationalität vollständig.⁵⁶ Indem Habermas die Kategorien von Zweck und Mittel so scharf von den Legitimation ermöglichenden kommunikativen und diskursiven Verfahren trennt, verkennt er, dass sich auch diese Verfahren unter den Gesichtspunkten Zweck und Mittel rekonstruieren lassen. Die näheren Bedingungen der Verfahren, die deren besonders legitimierende Leistung erklären oder rechtfertigen können, heben deren teleologische Grundstruktur nicht auf. Die Zweck-Mittel-Relation lässt sich nach diesem Modell nicht mehr allein als Mechanismus zur Analyse der „objektiven Welt“ verstehen. Vielmehr kann Zweck eine Wertdimension zukommen, ohne dass damit ein normativ verkürztes instrumentelles Denken verbunden ist.

B. Zweckorientierung und Gesetzesbegriff: Zweck als Chiffre zur Markierung von Willenssphären und Gestaltungsspielräumen

Der Versuch, eine mit dem ‚Zweck‘ assoziierte Form des Weltzugriffs einer spezifisch rechtlichen Perspektive gegenüberzustellen, wiederholt sich in den

⁵⁶ Dazu ausführlich oben § 6 B. II. Im allgemeinen Diskurs, wie ihn Habermas beschreibt, gelten die Diskursergebnisse, die als Zwecke gefasst werden können, qua ihres Anspruchs auf Richtigkeit, der durch die Diskursprinzipien gesichert wird (dazu *Steinhoff*, *The Philosophy of Jürgen Habermas*, 2009, S. 47). Im demokratischen Verfassungsstaat folgt die normative Relevanz der vereinbarten Zwecke eben aus ihrer demokratischen Legitimation. In diesem Zusammenhang kann erneut auf die bereits eingangs angeführte Bestimmung der Zweckrationalität durch Max Weber verwiesen werden, der diese mit dem Hinweis ergänzt, dass regelmäßig die „Entscheidung zwischen konkurrierenden und kollidierenden Zwecken und Folgen [...] werational orientiert“ ist (*Weber*, *Soziologische Grundbegriffe*, in: *Wissenschaftslehre*, 1988, S. 541 (566 f.)). Während nun aber aus der Weber'schen Perspektive die Wahl der Werte wesentlich „irrational“ ist (ebd.), hat der demokratische Verfassungsstaat mit dem Demokratieprinzip ein Verfahren zur Auswahl von Zwecken, bzw. eine Wertauswahl, institutionalisiert.

rechtswissenschaftlichen Diskussionen um den Gesetzesbegriff. Dabei scheint die Formalisierung des Gesetzesbegriffs im Grundgesetz zunächst keinen dogmatischen Ansatzpunkt für derartige Differenzierungen zu bieten: In der Rechtsordnung des Grundgesetzes gelten die ordnende Kodifikation⁵⁷ ebenso wie die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmte Verordnungsermächtigung⁵⁸ in gleicher Weise als Gesetz.⁵⁹ Die Spannung aus den gegenläufigen Anforderungen, mit denen das Gesetz als normative Handlungsform seit jeher konfrontiert ist, nämlich gleichzeitig allgemeine Norm und konkreter, zielgerichteter Willensakt zu sein, wird so prozedural bewältigt.⁶⁰ In der Sache bedeutet das allerdings weitgehend den Verzicht darauf, das Allgemeinheitskriterium zu einer rechtlich schlagkräftigen Kategorie zu entwickeln.⁶¹ Der Grad der Allgemeinheit des Gesetzes kann zwar noch als eine Art Maßstab für die Qualität rechtlicher Regelungen⁶² sowie als eines von vielen möglichen formellen Ordnungskriterien

⁵⁷ Zur rechtstechnischen Realisierung dieser Idee unter den Bedingungen gegenwärtiger Gesetzesproduktion vgl. *Schärdel*, Bücherkodifikation, 2012. Dazu auch die Einschätzungen bei *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 22.

⁵⁸ Zu den Anforderungen des „Bestimmtheitsgebots“, denen gesetzliche Verordnungsermächtigungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 genügen müssen, *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 71 f. m. w. N.; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 2013, Art. 80 Rn. 17 ff.

⁵⁹ Zum formellen Gesetzesbegriff des Grundgesetzes *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 70 Rn. 35 m. w. N. Ein Überblick über verschiedenen Typen von Gesetzen bei *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 15 (mit dem Fazit: „Keine Rechtsetzungsform ist so heterogen wie das Parlamentsgesetz.“). Zu den historischen Hintergründen der Differenzierung zwischen Gesetz im formellen und im materiellen Sinne *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, ²1981, S. 226 ff.; *Starck*, Gesetzesbegriff, 1970, S. 77 ff.

⁶⁰ *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 103, sowie ausführlich oben unter § 5 A. II.

⁶¹ Zur Idee der Allgemeinheit des Gesetzes historisch *Hofmann*, Allgemeinheit, in: *Starck* (Hrsg.), Allgemeinheit, 1987, S. 9 ff. Zum Prozess der „Atomisierung der allgemeinen Gesetzesregel durch Grundrechte“, d. h. zur Ablösung eines am Kriterium der Allgemeinheit orientierten Prüfungsmaßstabs für Gesetze durch den Maßstab der grundgesetzlichen Normen, insbesondere der gerade am Einzelfall orientierten Grundrechte, ausführlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 59–64 (dort S. 60 Fn. 33 auch weitere Nachweise). Der besonders naheliegende verfassungsrechtliche Angriffspunkt, das Verbot des Einzelfallgesetzes in Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, wird von Rechtswissenschaft und Praxis kaum genutzt, vgl. hierzu die Nachweise bei *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 21 mit Fn. 180 und 181.

⁶² *G. Kirchhof*, Allgemeinheit, 2009, versucht dagegen noch einmal, aus dem Prinzip der Allgemeinheit eine Theorie des Gesetzes zu entwickeln, die sich jedoch mangels verfassungsrechtlicher Angriffspunkte ganz überwiegend auf „Klugheitsregeln“ und nicht-justitiable „Maßstäbe“ (ebd., S. 190 ff.) beschränken muss und deren juristische Implikationen daher weitgehend unklar bleiben. Dass sich rechtsphilosophisch aus der Idee der Allgemeinheit jedoch nach wie vor wichtige Impulse ziehen lassen, zeigt *Waldron*, Dignity of Legislation, 1999.

fungieren⁶³. Unmittelbare Rechtsfolgen leiten sich daraus jedoch nicht ab.⁶⁴ Die Vorstellung, nach der das Gesetz schlicht als „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse“ verstanden wird, hat sich somit weitgehend durchgesetzt.⁶⁵

Dennoch werden in der Literatur immer wieder Unterscheidungen in die Handlungsform des formellen Gesetzes eingezogen, mittels derer Kriterien für eine mehr als nur rechtspolitische Kritik bestimmter Gesetze gewonnen werden sollen. Maßstab sind dabei nicht primär verfassungsrechtliche Normen wie Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG oder Art. 5 Abs. 2 GG, sondern normtheoretische oder normstrukturelle Erwägungen. Hierbei spielt eben der Zweckbegriff eine entscheidende Rolle. Denn es wird insbesondere zwischen Gesetzen, die (spezifische) Zwecke verfolgen, und solchen, die dies (vorgeblich) nicht tun, unterschieden. Hier sind drei derartige Kategorisierungsversuche näher zu untersuchen.⁶⁶ Dazu gehören der schon in Weimar diskutierte, durch *Ernst Forsthoff* in die bundesrepublikanische Debatte eingebrachte Gegensatz

⁶³ Vgl. den Überblick über verschiedene Ordnungsmuster bei *Schneider*, Gesetzgebung, 2002, S. 22 ff., 137 ff.; *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, 2012, § 9 Rn. 15.

⁶⁴ Mittelbar rechtlich relevante Gesichtspunkte sind allerdings denkbar. So dürfte die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Normen aus einer umfassenden Kodifikation regelmäßig größere Probleme bereiten, da in der Zweck-Mittel-Relationierung zahlreiche, nur schwer miteinander in ein Verhältnis zu bringende, sich wechselseitig beeinflussende und empirisch kaum fassbare Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Aus demselben Grund wird sich die teleologische Auslegung hier anspruchsvoller gestalten. Mit entsprechenden Kategorien operiert etwa *Huster*, wenn er zur Rationalisierung der Dogmatik des Allgemeinen Gleichheitsrechts vorschlägt, solche (gleichheitsbeeinträchtigenden) Gesetze, die „externe“ Ziele verfolgen, am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu kontrollieren (*Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 173 ff. und passim; *ders.*, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 541 (547 ff.)).

⁶⁵ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 25. 2. 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*) – E 39, 1 (59). Die Umstellung eines Gesetzesbegriffs, der in den Kriterien Ordnung und Allgemeinheit seine Rechtfertigung findet, auf einen „instrumentellen“ Gesetzesbegriff, der in den grundgesetzlichen Garantien, insbesondere in den Grundrechten, seinen Maßstab und seine Grenzen findet, und die damit einhergehenden Kompensations- und Gegenstrategien – einerseits die „Überführung der Verfassung in Gesetzesform“ (so *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 56), andererseits die Verlagerung entsprechender Forderungen nach „Beständigkeit und Sicherheit des Rechts“ auf die Verfassungsebene (so *Scheuner*, Funktion des Gesetzes, in: Müller (Hrsg.), FS Hans Huber, 1981, S. 127 (140)) – rekonstruieren umfassend *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 54 ff., 59 ff., und *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, 2012, § 9 Rn. 21.

⁶⁶ Außen vor bleiben andere Unterscheidungen, die mit verwandten Begriffen und Ideen operieren, etwa die Unterscheidung von den der Gerechtigkeit verpflichteten „Rechtssätzen“ und der Zweckmäßigkeit dienenden „Verwaltungssätzen“ bei *Krüger*, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, FG Smend, 1952, S. 211 (230); oder die Unterscheidung von „Zielvorgaben“ normierenden Handlungsnormen und Kontrollnormen bei *Franzius*, Steuerung, in: GVwR I, 2012, § 4 Rn. 2 ff.

von Rechts- und Maßnahmegesetzen (I.), die immer wieder kritisierte, in ihrer Bedeutung für das Recht längst relativierte und dennoch auch heute noch äußerst populäre Unterscheidung von konditional und final programmierten Normen (II.) sowie die Gegenüberstellung von einem vermeintlich konditional geprägten (deutschen) Verwaltungsrecht und einem vermeintlich final geprägten Europarecht (III.).

Die Kritik dieser Unterscheidungen kann sich weitgehend an dem ins Recht transponierten Muster des vorigen Abschnitts orientieren. Darüber hinaus zeigt sich, was in der Einleitung bereits angeklungen ist, nämlich dass der Zweckbegriff in diesen Zusammenhängen vor allem als Chiffre in Bezug genommen wird, um Arenen der Kompetenzverteilung und Gestaltungsspielräume in einer gewaltenteilenden (nationalen und supranationalen) Rechtsordnung zu markieren. Wird etwas als Frage des Zwecks oder der Zweckmäßigkeit ausgezeichnet, geht damit implizit die Behauptung einher, entsprechende Entscheidungen einer bestimmten Institution oder Gewalt seien insoweit den üblichen Kontrollmechanismen wenigstens teilweise entzogen. Erneut verbirgt sich also hinter der Diskussion um die ‚Natur‘ von Zwecken der nun schon gut bekannte Versuch, verfassungsrechtliche Argumentationen methodisch-begrifflich auszuhebeln. Heuristische Kategorien und Chiffren werden unter der Hand zu Rechtsbegriffen. Dahinter steht keineswegs nur ein Mangel an Präzision. Vielmehr zeigt sich darin eine ganz charakteristische Art der juristischen Argumentation.

I. Maßnahmegesetze und Rechtsgesetze: Der Gesetzgeber als Akteur

Besonders eindrucksvoll führt dies Forsthoff vor. Seine berühmte Unterscheidung von Rechts- und Maßnahmegesetzen knüpft an Motive an, die schon in der Bestimmung der Zweckrationalität durch Habermas begegnet sind. Wirklich verständlich wird Forsthoffs Modell, ebenso wie die Tatsache, dass gerade der Zweckbegriff den Kern seiner Unterscheidung bildet, jedoch erst im Hinblick auf die damit intendierten Rechtsfolgen.

I. Norm und Maßnahme: Ordnung und Zweckverwirklichung

Forsthoffs Unterscheidung von Rechts- und Maßnahmegesetz⁶⁷ nimmt Ideen *Carl Schmitts* auf.⁶⁸ Forsthoff teilt mit Schmitt das Unbehagen gegenüber einem rein formellen Verständnis des Gesetzesbegriffs.⁶⁹ Mit Hilfe des eben-

⁶⁷ Forsthoff, *Maßnahme-Gesetze*, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), *GS W. Jellinek*, 1955, S. 221 ff.

⁶⁸ Zu Details der Rezeption vgl. *Zeidler*, *Maßnahmegesetz*, 1961, S. 32 ff., 67 ff.

⁶⁹ *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 139 f.; *ders.*, *Legalität und Legitimität*, 1932, S. 71.

falls von Schmitt (mit-)geprägten Maßnahmebegriffs⁷⁰ stellt er die Kritik unter den Bedingungen des Grundgesetzes auf eine neue theoretische Grundlage. Forsthoff akzeptiert dabei grundsätzlich Notwendigkeit und Legalität der „Maßnahme“ als Instrument parlamentarischen Handelns unter den Bedingungen moderner Staatlichkeit.⁷¹ Doch führe dies zu einer Veränderung des Verhältnisses zwischen den Gewalten, die für die Frage nach Geltung und Legitimität des Maßnahmegesetzes nicht außer Betracht bleiben könne.⁷²

Doch zunächst: Wodurch zeichnet sich nach Forsthoff die Maßnahme bzw. das Maßnahmegesetz aus? Wie schon bei Schmitt ist dies eben die spezifische Zweckorientierung.⁷³ Forsthoff beginnt mit der These, dem Rechtsstaat liege „von Anbeginn an die konstitutive Unterscheidung zwischen Normieren und Handeln zugrunde“.⁷⁴ Dies wird dann variiert als Unterscheidung zwischen Rechtsgesetz und Maßnahmegesetz. Für letzteres gelte: „Das Maßnahmegesetz ist dahin zu kennzeichnen, daß es logisch vom Ziel und Zweck zum Mittel gelangt. Es ist Aktion, die nichts konstituieren soll und kann, sondern Regelungen trifft, die einer Zweckverwirklichung dienen und untergeordnet sind. Das Maßnahmegesetz erwächst deshalb einer bestimmten Situation und steht zu ihr in einem überschaubaren und logisch vollziehbaren Verhältnis.“⁷⁵ Dagegen ist den „konstituierenden Hoheitsakten“ stets „eine Zielsetzung in diesem konkreten, greifbaren Sinne fremd [...]. Ein solches Gesetz als Ganzes ist der Zweckhaftigkeit entzogen, denn es trägt einen Wert in sich selbst. Es ist sinnlos, nach dem Zweck etwa der Gewerbeordnung zu fragen,

⁷⁰ Insbesondere *Schmitt*, Diktatur, in: VVDStRL 1 (1924), S. 63 (97), zu Art. 48 Abs. 2 WRV.

⁷¹ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (227 f.). Zu diesen Bedingungen gehört für Forsthoff insbesondere die Ablösung des Bürgertums als sozialer Faktor, die damit verbundene Notwendigkeit der staatlichen Intervention in die Wirtschaftsordnung und die daraus resultierende Auflösung der klaren Trennung von Staat und Gesellschaft. Zur Einbettung der Theorie des Maßnahmegesetzes in die ideengeschichtlichen und rechtstheoretischen Prämissen Forsthoffs instruktiv *Rollecke*, Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 210 ff. m. w. N.; zur Anlage in früheren Schriften Forsthoffs *Meinel*, Forsthoff, 2011, S. 398.

⁷² Auch dies ist in *Schmitts* Konzept des „Gesetzgebungsstaat“ wenigstens teilweise vorgedacht: *Schmitt*, Legalität und Legitimität, 1932, S. 7 ff.

⁷³ So heißt es im maßgeblichen Text von *Schmitt*, Diktatur, in: VVDStRL 1 (1924), S. 63 (97): „Die Eigenart der Maßnahme [...] besteht in ihrer Zweckabhängigkeit von der konkreten Sachlage“.

⁷⁴ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (222). Für eine frühe Stellungnahme Forsthoffs zum Zweckbegriff, die vor allem eine kritische Auseinandersetzung mit Jhering darstellt, vgl. *Forsthoff*, Vom Zweck im Recht, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht Jg. IV (1937), S. 174 ff.

⁷⁵ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (226).

denn dieses Gesetz begründet eine bestimmte Ordnung des gewerblichen Lebens.“⁷⁶

2. *Forsthoffs Verständnis des Zweckbegriffs*

Forsthoffs Überlegungen waren von Beginn an erheblicher Kritik ausgesetzt.⁷⁷ Die Einwände zielten weniger auf die historische und soziologische Grundierung seiner Thesen. Obwohl Forsthoffs Annahmen durchaus anfechtbar gewesen wären,⁷⁸ teilte die Mehrheit doch seine Diagnose einer Veränderung der Kultur des Gesetzes im Sinne einer „völligen Verschleißung seiner inhaltlichen Qualitäten“ (*Ulrich Scheuner*).⁷⁹ Die rechtswissenschaftliche Kritik setzte vielmehr bei Forsthoffs Verwendung des Zweckbegriffs an.⁸⁰ Dessen konstitutive Rolle für die Unterscheidung von Rechts- und Maßnahmegesetz war bald erkannt worden – und wurde für kaum tragfähig befunden.⁸¹ Um die Kritik richtig einordnen zu können, ist zunächst nachzuvollzie-

⁷⁶ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (225).

⁷⁷ *Forsthoffs* Begriffsbildung übernehmen etwa *E. R. Huber*, Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 200 (204 ff.); *Menger*, Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 3 ff., und *Ballerstedt*, Wirtschaftliche Maßnahmegesetze, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 369 ff.; sowie noch spät *Hoppe*, Wirtschaftslenkende Maßnahmegesetze, DÖV 1965, S. 546 ff. (der damit eine erhebliche Relativierung der Geltung wirtschaftspolitischer Gesetze zu begründen versucht). Auch bei *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 339 mit Fn. 78, ist – trotz Skepsis gegenüber der Begriffsbestimmung Forsthoffs – etwa das Gesetz durch seine „Entzogenheit einem ‚konkreten‘ Zweck gegenüber“ charakterisiert. Weitere Hinweise zur positiven zeitgenössischen Rezeption bei *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 36 ff.; *K. Huber*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 15 ff., 93 ff. Dagegen etwa *Werhahn*, Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 35 ff., sowie wohl die Mehrheit der Wortmeldungen im Rahmen der Aussprache auf der Staatsrechtslehrertagung von 1956, vgl. die Aufarbeitung bei *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 51 ff., sowie ebd., S. 135 ff., weitere umfassende Kritik; Auch später taucht der Gedanke immer wieder auf – sowohl aus kritischer Perspektive (etwa bei *Krawietz*, Zur Kritik am Begriff des Maßnahmegesetzes, DÖV 1969, S. 127 ff.) sowie zustimmend (etwa bei *Barbey*, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, 1986, S. 28, wenn das Gesetz durch den „Mangel an positiver finaler Determinierung“ bestimmt wird).

⁷⁸ Zur historischen Unhaltbarkeit der Thesen Forsthoffs umfassend *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 9 ff., 135 ff., sowie ausführlich zur Geschichte des Gesetzesbegriffs oben unter § 5 A. II. Zur Aufnahme von Forsthoffs Thesen in der Soziologie vgl. nur die lakonischen Bemerkungen bei *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 22, Anm. 20, wonach der „Einbau von empirisch unzureichend abgesicherten sozialwissenschaftlichen Aussagen in das Verwaltungsrecht [...] typisch“ für Forsthoff sei.

⁷⁹ Je *Scheuner*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 15 (1957), S. 69 (70).

⁸⁰ Diesen Befund teilt *K. Huber*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 93.

⁸¹ So setzt *Werhahn*, Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 35, an: „Maßnahmegesetze lassen sich von sonstigen Gesetzen, wenn überhaupt, nur unter dem Zweckgesichtspunkt sondern“ – um dann im Folgenden die Unmöglichkeit einer auf dem Zweck

hen, wie Forsthoff den Zweckbegriff versteht. Zwei auf den ersten Blick naheliegende Bestimmungen sind insoweit auszuschneiden:

Zum einen korrespondieren der Gegenüberstellung von Rechts- und Maßnahmegesetz nach Forsthoff nicht die Begriffe *allgemein* und *besonders*.⁸² Zweckorientierung lässt sich mit Forsthoff jedenfalls nicht als Orientierung am Besonderen verstehen, da Zwecke ebenso allgemein oder konkret bestimmt sein können wie jeder andere Gesichtspunkt. Zum anderen stellt Zweckverfolgung für Forsthoff kein *normlogisch* relevantes Differenzierungsmerkmal dar. Tatsächlich lässt sich auf dem Zweckbegriff allein, ohne nähere Qualifizierung, keine tragfähige Unterscheidung zwischen Normen und Normtypen aufbauen. Denn alle Rechtssätze lassen sich als Zweck-Mittel-Relationen konstruieren. Dies ist im vorigen Kapitel ausführlich begründet worden⁸³ und dokumentiert sich erneut in den letztlich vergeblichen Versuchen, auf der Basis von Forsthoffs Theorie eine belastbare juristische Dogmatik zu entwickeln⁸⁴. Forsthoff selbst hat dies antizipiert. Bezogen auf ein weiteres „Rechtsgesetz“ in seinem Sinne heißt es bei ihm: „Man kann natürlich feststellen, daß die Reichsversicherungsordnung die Befriedigung bestimmter Versorgungsbedürfnisse zum Ziel hat und daß sie zu diesem Zwecke die in ihr enthaltenen Vorkehrungen getroffen hat. Aber diese Feststellung hat keinerlei juristischen Wert und macht lediglich von der banalen Tatsache Gebrauch, daß alles gesetzgeberische Tun irgendwie gewollt und intentional ist.“⁸⁵

3. Parlamentarische Zwecksetzung als „Einbruch“ in das Gewaltenteilungsgefüge

Das Wesen des Maßnahmegesetzes besteht also für Forsthoff weder in einer speziellen sprachlichen oder normlogischen Struktur noch in seiner Ausrichtung auf den Einzelfall. Forsthoffs Verständnis von Zweckbegriff und Zweckmäßigkeit ist vielmehr von zwei ganz anderen Momenten bestimmt und erschließt sich erst vom Gegenbegriff her, der Gerechtigkeit.⁸⁶ Zweckori-

basierenden Differenzierung zu zeigen und den Begriff in die „Soziallehre des Staates“ zu verweisen (ebd., S. 61).

⁸² Vgl. die Beispiele in *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (224).

⁸³ S. nur oben unter § 6 A. II. und B. I.

⁸⁴ *Werhahn*, Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 35 (44 f., 61); *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 160 ff.

⁸⁵ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (225).

⁸⁶ *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 33; vgl. auch *K. Huber*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 93 ff. Dazu *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (225, 226, 227 Anm. 10). Kritisch zu Forsthoffs Gerechtigkeitsbegriff *Werhahn*, Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 35 (41).

entierung ist für Forsthoff Ausdruck einer egoistischen, modernen, letztlich technischen Rationalität, gegen die das Recht in Stellung zu bringen ist. Damit fügt Forsthoffs Bestimmung des Maßnahmegesetzes der Kritik der Zweckrationalität, wie sie im vorigen Abschnitt aufgearbeitet wurde, eine weitere, auf das Gesetz als Ausdruck praktischer Rationalität bezogene Facette hinzu.⁸⁷ Hinter diesem normativen Verständnis des Zweckbegriffs verbirgt sich eine begriffliche Umkehrung: Was in den Staatszwecktheorien des 19. Jahrhunderts als Zwecke des Rechts diskutiert wurde – Frieden, Sicherheit, Freiheit etc. – wird jetzt von Forsthoff zu den eigentlichen Werten des Rechts erklärt, von dem der ‚Rest‘ der normalen Politik als das ‚Zweckmäßige‘ unterschieden wird.

Dieses Verfahren scheint dem demokratischen Modell parlamentarischer Gesetzgebung unter dem Grundgesetz diametral entgegen zu stehen. Danach wird die Verfolgung bestimmter Inhalte nicht von vornherein aus dem Gesetzesbegriff ausgeschieden oder für besonders rechtfertigungsbedürftig erklärt; vielmehr erfolgt im parlamentarischen Verfahren die Verständigung darüber, was für die Gemeinschaft wesentlich ist.⁸⁸ Das Gesetz als Instrument staatlichen Handelns wird daher nicht auf die Verfolgung ‚allgemeiner‘ Inhalte beschränkt (wer sollte im Übrigen bestimmen, was alle angeht, wenn nicht das Parlament?); vielmehr wird der zunächst allzuständige Gesetzgeber negativ durch die Regeln der verfassungsmäßigen Ordnung, also insbesondere die Staatsstrukturprinzipien und die Grundrechte begrenzt.⁸⁹ Das parlamentarische Gesetz gibt damit den Anspruch auf ‚vernünftige‘ Inhalte, seinen Ordnungsanspruch, keineswegs auf. Operiert wird jedoch gewissermaßen mit einem nachmetaphysischen Vernunft- und Ordnungsbegriff: Das Vernünftige

⁸⁷ Die Nähe im Denken der politik- und rechtswissenschaftlichen Vertreter der Kritischen Theorie, insbesondere von *F. Neumann*, *Kirchheimer* und *Fraenkel*, zu den Thesen von *Schmitt* und *Forsthoff* hat historische und biographische Gründe, wie *V. Neumann*, „Geronnenes verflüssigen“, *KritV* 92 (2009), S. 140 ff., gezeigt hat. Bindeglied ist insbesondere der „Links-Schmittist“ *Kirchheimer*, der Doktorand *Schmitts* war und der in seiner einflussreichen Bestimmung des Gesetzesbegriffs *Schmitts* Theorie fortschreibt (*Kirchheimer*, *Political Compromise*, *Studies in Philosophy and Social Science* 9 (1941), S. 264 ff.; vgl. auch *F. Neumann*, *Funktionswandel*, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), S. 542 ff., sowie die an *Schmitt* angelehnte (dazu oben § 7 Fn. 72) Unterscheidung von *prerogative state* (Maßnahmenstaat) und *normative state* (Normenstaat) bei *Fraenkel*, *The Dual State*, 1941, S. 3 und passim). Erstaunlich ist, dass sich *Habermas* bei der Herleitung seines Gesetzesbegriffs dann nicht nur auf *F. Neumann*, sondern vor allem auch auf *Forsthoff* bezieht. Zu *Habermas*’ Rezeption von *Forsthoffs* Konzept des Maßnahmegesetzes: *Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990, S. 271 f.; zum Gesetzesbegriff der frühen Kritischen Theorie und dessen Rezeption durch *Habermas* ausführlich *Schechter*, *Critique of Instrumental Reason*, 2010, S. 194 ff.

⁸⁸ Dazu ausführlich oben unter § 6 A. II.

⁸⁹ Hierzu insbesondere *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 59–64; vgl. auch *Badura*, *Gesetzgebung*, in: *Pitschas/Uhle* (Hrsg.), *FS Scholz*, 2007, S. 3 ff.

ist durch die Verfassungsordnung mediatisiert und wird von dieser in Anforderungen verwandelt, zu denen sich das Gesetz verhalten muss. Die Legitimität des Gesetzes ergibt sich eben daraus, dass diesen Anforderungen Genüge getan wird, die Legitimationsmechanismen parlamentarischer Gesetzgebung eingehalten, die Grundrechte beachtet werden etc. In diesem Sinne ist der instrumentelle Charakter des Gesetzes weit entfernt von einem simplen Interessenmodell, von bloßer „Aktion“.

Forsthoff erkennt dies grundsätzlich an und erklärt daher Maßnahmegesetze nicht für unzulässig. Seine Deutung des zweckorientierten Maßnahmegesetzes beschränkt sich aber auch nicht einfach auf einen kulturpessimistischen Einspruch. Interessant wird seine (Schlüssel-)Begriffsbildung⁹⁰ durch die daran geknüpften Rechtsfolgen. Der Clou von Forsthoffs Argumentation liegt darin, Gesetze, die bestimmte soziale Zwecke verfolgen, für besonders rechtfertigungsbedürftig zu erklären, da der Gesetzgeber durch derartige Maßnahmen genuine Verwaltungsaufgaben usurpiere und so in das Gewaltenteilungsgefüge einbreche.⁹¹ Zwar habe das Grundgesetz derartige Gesetze grundsätzlich zugelassen, doch müsste diese Ausdehnung parlamentarischer Kompetenzen durch eine strenge verfassungsgerichtliche Kontrolle solcher Gesetze kompensiert werden – eine im Gesamtkontext von Forsthoffs Werk erstaunliche Argumentation⁹². Forsthoffs Bestimmung des Maßnahmegesetzes erschließt sich also vom Rechtsschutz her.⁹³ Die spezifische Zweckorientierung des Maßnahmegesetzes ermögliche nämlich die Kontrolle gesetzgeberischen Handelns analog der verwaltungsgerichtlichen Ermessenskontrolle des Behördenhandelns in Form einer Zweck-Mittel-Relationierung.⁹⁴ Die Tätigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers genießt also nach Forsthoff nur solange und soweit eine spezifische, der gerichtlichen Kontrolle entzogene Legitimität, wie dieser als Ordnung stiftende Instanz auftritt. Handelt der Gesetzgeber dagegen zweckorientiert, d. h. beeinflusst von den in der Gesell-

⁹⁰ Dazu *Vofskuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, 2012, § 1 Rn. 41.

⁹¹ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (227 ff.); vgl. auch *ders.*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 15 (1957), S. 83 (84). Der ursprüngliche Zusammenhang von Maßnahme und Ausnahmezustand, auf den Carl Schmitt den Begriff ursprünglich ausgerichtet hatte, tritt dagegen bei Forsthoff wegen des Wegfalls von Art. 48 Abs. 2 WRV ganz in den Hintergrund (dazu *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 32, 41 f., 57, 69 ff.).

⁹² Zur üblichen Verfassungsgerichtsskepsis vgl. nur *Forsthoff*, Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion/Forsthoff/Weber (Hrsg.), FS Carl Schmitt, 1959, S. 35 ff. Vgl. zur merkwürdigen Stellung, die dieser Appell an das Bundesverfassungsgericht im Kontext von Forsthoffs Werk einnimmt, *Meinel*, Forsthoff, 2011, S. 398–400.

⁹³ So auch nochmals ausdrücklich *Forsthoff*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 15 (1957), S. 83 (85): „Darin schlüsselt sich das Thema“.

⁹⁴ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (233 ff.).

schaft vertretenen Interessengruppen, ist dies gewissermaßen materiell Verwaltungstätigkeit und als solche zu behandeln.⁹⁵ Im Maßnahmegesetz wird der Gesetzgeber als politischer Akteur sichtbar und muss deswegen verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen werden. Forsthoffs Zuweisung der genuinen Zwecksetzungskompetenz an die Exekutive ist eine klare Umkehrung der parlamentarischen „Zwecksetzungsprärogative“, wie sie das Bundesverfassungsgericht propagiert.⁹⁶

Interessanter als der darin zum Ausdruck kommende, etwas krude Antiparlamentarismus⁹⁷ ist, dass in beiden Fällen der Zweckbegriff benutzt wird, um das Verhältnis der unterschiedlichen Gewalten im Staat voneinander abzugrenzen. Wieso tritt gerade dieser Begriff neben die normativen (etwa: Hierarchie und Legitimation) und gegenständlichen (etwa: Zuordnung spezifischer Sachmaterien) Kategorien, mit denen das Verhältnis der Gewalten ebenfalls beschrieben werden kann und üblicherweise beschrieben wird? Die Vorstellung, die eine oder die andere Gewalt sei dafür zuständig, Zwecke zu verfolgen, beruht letztlich auf einem Verständnis der Institutionen als intentional handelnden Akteuren. Über den Zweckbegriff wird auf die Vorstellung von Gewaltengliederung als Abgrenzung von Willenssphären angespielt, ohne dass dies bei Forsthoff oder anderen im Sinne einer Theorie der Willensbeziehungen im Verfassungsstaat ausgearbeitet wird. Schon die Gegenüberstellung der parlamentarischen „Zwecksetzungsprärogative“ und der Verwaltung als originär zwecksetzende Institution zeigt jedoch, dass der Zweckbegriff insoweit erneut keine Lösung anbieten kann, sondern nur ein Problem markiert. Auf diesen Punkt ist noch einmal ausführlich zurückzukommen, wenn mehr entsprechendes Material gesichtet wurde.⁹⁸ Hier ist noch der Wirkung von Forsthoffs Unterscheidung nachzugehen.

⁹⁵ So überzeugend die Interpretation bei *Roellecke*, Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 217, der Maßnahmegesetze als gesetzgeberische Parteinahme für Partikular- statt Gemeininteressen, also in heutiger Terminologie als Fall von „regulatory capture“ versteht: Wenn das Grundgesetz dem Gesetzgeber derartiges Handeln auch gestatte, so verliere nach Forsthoff der Gesetzgeber doch dadurch die ihm nach „klassischer“ Vorstellung zukommende spezifische Autorität, es finde eine „Aufhebung des Gesetzgebers als Gesetzgeber“ (ebd., S. 219) statt.

⁹⁶ Zur „Zwecksetzungsprärogative“ des Gesetzgebers vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. 7. 1954 (*Investitionshilfe*) – E 4, 7 (17); Urteil des Ersten Senats vom 1. 3. 1979 (*Mitbestimmung*) – E 50, 290 (337 f.); Beschluss des Ersten Senats vom 12. 11. 1997 (*Kind als Schaden*) – E 96, 375 (395); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmern*) – E 122, 248 (209) – Sondervotum. S. hierzu auch näher unter § 8 Fn. 149.

⁹⁷ Vgl. auch die Bemerkungen bei *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Drath et al. (Hrsg.), GS W. Jellinek, 1955, S. 221 (222).

⁹⁸ Hierzu näher unter § 7 B. IV.

Forsthoffs Begriffsbildung war langfristig nicht erfolgreich.⁹⁹ Dazu hat neben dem Wegfall des historischen Entstehungskontextes¹⁰⁰ auch die klar ablehnende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts beigetragen.¹⁰¹ Forsthoffs Strategie begegnet jedoch unter umgekehrten Vorzeichen in einer weiteren, für die Verwaltungsrechtswissenschaft prägenden Gegenüberstellung – nämlich der von Konditional- und Finalprogrammen. Auch hier werden einzelne Normen als spezifisch zweckorientiert beschrieben, um daran Rechtsfolgen zu knüpfen, die letztlich bestimmte Institutionen im Rechtsstaat als handelnde und handlungsfähige Akteure herausheben. Allerdings sollte bei Forsthoff das in der Zweckorientierung des Gesetzes zum Ausdruck kommende Interesse des Gesetzgebers Grund für eine möglichst intensive gerichtlichen Überprüfung sein. Dagegen geht mit der Theorie der Finalprogramme, in der umgekehrt die Verwaltung als handelnder Akteur sichtbar gemacht wird, die Forderung nach einer Rücknahme gerichtlicher Kontroll-

⁹⁹ Schon nach der Staatsrechtslehrrtagung 1956 ebbt das Interesse an der Begrifflichkeit ab. In den 1960er Jahren erfährt das Konzept dann jedoch in den zitierten Werken von *Zeidler*, *Huber*, *Starck* und *Roellecke* nochmals Beachtung, um ab den 1970er Jahren weitgehend *ad acta* gelegt zu werden. Noch einmal versucht *Janssen*, Grenzen, 1990, S. 236 ff., die Kategorie der Maßnahme zu reaktivieren, ohne damit jedoch größere Wirkung zu erzielen.

¹⁰⁰ Forsthoffs rechts- und staatsrechtliche Argumentation war von vornherein auf sehr konkrete Fälle, insbesondere das sog. Investitionshilfegesetz, ausgerichtet. Laut *Zeidler*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 30, entwickelte *Forsthoff* die Kategorie des Maßnahmegesetzes in einer heute wohl nur im Bundesarchiv öffentlich zugängliche Stellungnahme zu diesem Fall (*Forsthoff*, Ergänzungsgutachten, 1954). Zu weiteren Beispielen für gesetzgeberische „Maßnahmen“ aus dem unmittelbaren Nachkriegskontext: *K. Huber*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 26 ff. Zu Forsthoffs „Verfassungspolitik“ allgemein vgl. *Thurn*, Welcher Sozialstaat?, 2013, S. 110 ff.

¹⁰¹ So die harsche Qualifizierung der Kategorie des Maßnahmegesetzes als „verfassungsrechtlich irrelevant“ in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 7. 5. 1969 (*lex Rheinstahl*) – E 25, 371 (LS 1 und 396 f.); indirekt auch schon BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. 10. 1957 (*lex Schörner*) – E 7, 129; Beschluss des Ersten Senats vom 15. 12. 1959 (*Platow-Amnestie*) – E 10, 234 (dazu *Zeidler*, Bundesverfassungsgericht und „Maßnahmegesetz“, JZ 1960, S. 391 ff.). *Meinel*, Forsthoff, 2011, S. 398–400, weist allerdings zu Recht darauf hin, dass der von Forsthoff zur Kontrolle der Maßnahmegesetze entworfene Prüfungsmaßstab weitgehend der vom Bundesverfassungsgericht bald umfassend genutzten Verhältnismäßigkeitsprüfung als Zweck-Mittel-Relationierung entspricht (dazu auch bereits *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 336 ff.). Forsthoffs Erkenntnis eines Zusammenhang zwischen spezifischen Gesetzen – nämlich solchen, die klar erkennbare soziale Zwecke verfolgen – und der *Möglichkeit* von deren Überprüfungen an so etwas wie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip über eine Zweck-Mittel-Relationierung hatte also durchaus innovatorisches Potential. Forsthoffs Bestimmung ist jedoch deswegen problematisch, weil er hier eine *Notwendigkeit* intensiverer gerichtlicher Kontrolle unterstellt.

dichte einher.¹⁰² Mit der zu Beginn der 1960er Jahre einsetzenden optimistischen Bewertung von Planung durch Recht weicht die Skepsis der unmittelbaren Nachkriegszeit gegenüber der Maßnahme.¹⁰³

II. Finalprogramme und der (Zwecksetzungs-)Spielraum der Verwaltung

Maßnahmegesetze waren zwar durch einen konkreten Zweck veranlasst, hatten jedoch ansonsten kein distinktes normlogisches Erscheinungsbild.¹⁰⁴ Dagegen vermeinte die verwaltungsrechtliche Diskussion der frühen 1970er Jahre einen ganz neuen Normtyp entdeckt zu haben: die final programmierte Norm. Die verwaltungs-(rechts-)wissenschaftliche Begriffsbildung ließ sich insoweit stark von *Luhmanns* Theorieprogramm der zweiten Hälfte der 1960er Jahre inspirieren.¹⁰⁵ Dieses beruhte seinerseits auf einer Abwandlung klassischer soziologischer und rechtstheoretischer Motive.¹⁰⁶ Insbesondere

¹⁰² Dazu, dass dies Forsthoffs exekutivfreudigen Prämissen nicht unbedingt widerspricht, vgl. oben § 7 Fn. 91. Den Übergang der Diskussion bildet in gewissem Sinne die Darstellung von „Plan-Gesetzen“ als „Maßnahmegesetzen“ bei *K. Huber*, Maßnahmegesetz, 1961, S. 83–92. Dazu näher *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 27 f.

¹⁰³ Dazu nur *Württemberg*, Planungsidee, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), FS Rainer Wahl, 2011, S. 262 ff. Zu den ganz parallel verlaufenden historischen Konjunkturen der Idee von Sozialgestaltung durch (Planungs-)Recht im Kontext der Entwicklungszusammenarbeit vgl. *Riegner/Wischmeyer*, Rechtliche Zusammenarbeit, *Der Staat* 50 (2011), S. 436 (442 ff.).

¹⁰⁴ Demensprechend etwa die Deutung von Maßnahmegesetzen als Konditionalprogrammen bei *Höger*, Zweckbestimmungen, 1976, S. 92 ff.

¹⁰⁵ Besonders rezipiert wurden insofern in der Rechtswissenschaft: *Luhmann*, Lob der Routine, *Verwaltungsarchiv* 55 (1964), S. 1 (7 ff.) (dort ist noch von „Routineprogrammen“ die Rede); *ders.*, Funktionen und Folgen, 1964, S. 98 f., 201 f., 281 ff.; *ders.*, Recht und Automation, 1966, S. 35 ff.; *ders.*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 74 f., 87; *ders.*, Ideologie, *ARSP* 53 (1967), S. 531 ff. (hier die Differenzierung zwischen der „programmmentwerfenden und -ausführenden Verwaltung“); *ders.*, Zweckbegriff, 1973, S. 63 ff., 166 ff.; *ders.*, Funktionale Methode, *AöR* 94 (1969), S. 1 (3 ff.); *ders.*, Legitimation, 1969, S. 130 ff. Vgl. ferner die – teilweise klareren und auf Kritik eingehenden – Ausführungen in *ders.*, Rechtssoziologie, ⁴2008, S. 88, 220 f., 227 ff.; *ders.*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 195 ff.; *ders.*, Organisation und Entscheidung, 2000, S. 260 ff.

¹⁰⁶ Zur Einbettung in den Stand der seinerzeitigen soziologischen Theorieentwicklung s. etwa *Schmidt*, Programmierung, *AöR* 96 (1971), S. 321 (325 ff.); *Luhmann* selbst sieht u. a. Bezüge des Gegensatzes von Konditional- und Zweckprogrammen zum Gegensatz von ‚formaler‘ und ‚materialer‘ Rechtsgestaltung bei *Max Weber* (*Luhmann*, Rechtssoziologie, ⁴2008, S. 228 mit Fn. 43). Inspirierend wirkte wohl vor allem die Darstellung bei *March/Simon*, *Organizations*, 1958, S. 140 ff. Was das Verhältnis von *Luhmanns* Ansatz zu dem *Forsthoffs* betrifft, teilt *Luhmann* mit *Forsthoff* die Einschätzung, dass es in der Gegenüberstellung von Konditional- und Finalprogrammen nicht um eine normlogische oder -theoretische Unterscheidung gehen kann. *Luhmann* unterscheidet die Programmtypen jedoch nicht nach den je von ihnen verfolgten Zweckinhalten. Im Unterschied zu *Forsthoff* geht es ihm maßgeblich darum, welche Art von Gründen auf den Entscheider

die intensiv geführte Diskussion um Planung wurde bald durch die für Luhmann zentrale organisationssoziologische Unterscheidung von Final- und Konditionalprogrammen überformt.¹⁰⁷ Als Schlüsselbegriffe prägen Konditional- und Finalprogramm die planungsrechtliche Diskussion bis heute nachhaltig. Auch die Rechtsprechung übernahm, wenngleich zögernd, die Termini.¹⁰⁸ Wenn sich aber, wie jetzt schon mehrfach gezeigt, mit dem Zweckbegriff keine distinkten normstrukturellen Eigenschaften verbinden lassen – was erklärt dann die bis heute ungebrochene Popularität der Rede von Konditional- und Zweckprogramm im Recht? Dies kann nur dadurch erklärt werden, dass die Begriffe letztlich wieder als Chiffren für komplexe Aushandlungsprozeduren um administrative Gestaltungsspielräume bzw. judikative Kontrollmöglichkeiten stehen.

1. Final- und Konditionalprogramme als organisationssoziologische Kategorien

Luhmanns Konzept hat bereits umfassende Darstellung und Kritik erfahren¹⁰⁹, so dass es hier bei einer knappen Skizze der wesentlichen Aussagen

einwirken – da sein Modell insoweit nicht auf das Rechtssystem beschränkt ist, müssen dies nicht nur die in einem Rechtsetzungsverfahren vereinbarten normativ wirkenden Gründe sein. Vor allem aber ist sein Ansatz dadurch charakterisiert, dass er unter Zweckverwirklichung die tatsächliche (sozial-)empirische Zweckerreichung versteht, für die aus der Entscheidungssituation konkrete Folgenabschätzungen erforderlich sind. Luhmanns Finalprogramm ist damit kein Abwägungsmodell – was der späteren Verwendung dieses Begriffs im Planungsrecht eine weitere Pointe hinzufügt.

¹⁰⁷ Erstmals übernahm Luhmanns Begriffe im Kontext des Planungsrechts *Oberndorfer*, Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Die Verwaltung 5 (1972), S. 257 ff.; einflussreich dann *Hoppe*, Struktur, DVBl. 1974 S. 641 (643 f.); *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 35 ff., 48 f.; *Württemberg*, Planung, 1979, S. 46 ff.; zur weiteren Rezeption in den 1970er-Jahren (insbesondere durch *Ossenbühl* und *Schmidt-Aßmann*) s. nur die Nachweise bei *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 8 ff.

¹⁰⁸ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. 6. 1989 (*Reiten im Walde*) – E 80, 137 (162): „Planungsakte können nicht im Wege eines Konditionalprogramms normativ vorherbestimmt werden“; Beschluss des Zweiten Senats vom 17. 7. 1996 (*Südfahrt Stendal*) – E 95, 1 (16): „Planung hat mithin finalen und keinen konditionalen Charakter“; BVerwG, Urteil vom 1. 8. 2002 – E 117, 25 (LS 1): § 35 BauGB als „Konditionalprogramm“ im Gegensatz zur „Abwägung“ einer Planung.

¹⁰⁹ Vgl. bereits, wenn auch ohne direkte Auseinandersetzung mit den Begriffen Luhmanns, *Badura*, Planungsermessen, in: *Domcke* (Hrsg.), FS BayVerfGH, 1972, S. 157 (164); *Weyreuther*, Rechtliche Bindung, BauR 1977, S. 293 (305 f.); sowie umfassend dann *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 19 ff. Aus jüngerer Zeit noch *Koch*, Abwägung, in: *Erbguth/Oebbecke et al.* (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 9 (15 f.); *Steff*, Rechtsfindung im Umweltrecht, 2006, S. 45 ff. (insbes. die Nachweise S. 47 Fn. 18); *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 35 ff., 81 ff. Vgl. auch die weiteren Nachweise unten § 7 Fn. 138 und § 7 Fn. 148. Außerhalb des spezifischen planungsrechtlichen Kontextes vgl. zudem schon früh die Einwände bei *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 139–145; *Schmidt*, Programmie-

bleiben kann. Luhmanns Ansatz zielt, was häufig übersehen wird, auf (organisations-)soziologische Aufklärung, nicht auf rechtswissenschaftliche Theoriebildung. Die Übernahme seiner Begriffe durch Juristen nimmt zwar wichtige Motive Luhmanns auf, verwandelt sich diese aber charakteristisch an und unterläuft dadurch wichtige Pointen. Um die rechtswissenschaftliche Rezeption bewerten zu können, sind dennoch hier vorab die wesentlichen Aussagen Luhmanns zu rekapitulieren.

a.) Begriffsbestimmungen: Programm, Konditionalität, Finalität

Nach Luhmann sind „Programme“ konstitutive Elemente der Organisation von Selbstreferenz in einem System, etwa dem Rechtssystem. Sie organisieren die Bedingungen, nach denen bestimmte Kommunikationen dem Code des Systems zugeordnet werden können. Programme bezeichnen also Regulierungsstrategien für Organisationen. Luhmann definiert insoweit Programme auch als „Bedingungen der Richtigkeit des Handelns“.¹¹⁰ Diese sehr abstrakte Bestimmung wird dadurch greifbarer, dass der Programmbegriff letztlich nur die beiden in ihm aufgehenden Alternativen umfasst¹¹¹: Ein Programm kann so die „Bedingungen der Richtigkeit des Handelns entweder an Hand von Auslösebedingungen oder an Hand von bezweckten Folgen oder an beiden Gesichtspunkten festmach[en]“. Es gibt für Luhmann also genau zwei Programmtypen: Konditionalprogramme und Zweckprogramme.

Unter „Auslösebedingungen“, die ein Konditionalprogramm als solches definieren, versteht Luhmann „Ursachen, [...] Informationen, die in der Lage sind, jedesmal wenn sie vorliegen, bestimmte Entscheidungen auszulösen.“¹¹² Damit ist nichts anderes als ein Wenn-Dann-Schema beschrieben. Luhmann denkt Konditionalprogramme damit ganz plastisch von der Praxis her: Die Entscheidung, ob – bezogen auf das Rechtssystem – ein Sachverhalt als rechtmäßig oder rechtswidrig (Recht/Unrecht) gilt, beruht in einer durch Konditionalprogramme charakterisierten Organisation auf verhältnismäßig eindeutigen Regeln.¹¹³ Deren Einhaltung lässt sich ohne großen Begründungsaufwand, d. h. routinemäßig, überprüfen. Grundlage der Entscheidung sind dabei ganz überwiegend Daten, die an Sachverhalte anknüpfen, die in der Vergangenheit liegen (*input*). Die Folgen der Entscheidung sind hingegen

rung, AöR 96 (1971), S. 321 ff. (331 ff.); *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 36 ff.; *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, 1982, S. 21 f., 85 ff.; sowie aus nicht-rechtswissenschaftlicher Sicht etwa bei *Homann*, Interdependenz, 1980, S. 136 ff.

¹¹⁰ *Luhmann*, Soziale Systeme, 1987, S. 278.

¹¹¹ So ausdrücklich *Luhmann*, Soziale Systeme, 1987, S. 432.

¹¹² *Luhmann*, Legitimation, 1969, S. 130.

¹¹³ Über den Grad der für das Vorliegen eines Konditionalprogramms erforderlichen Eindeutigkeit trifft Luhmann unterschiedliche Aussagen, vgl. dazu *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 41 f. m. w. N.

für die entscheidende Person grundsätzlich irrelevant. Die Entscheider sind weitgehend aus der Verantwortung für die Entscheidung entlassen. Die Verantwortung trifft vielmehr die in der Hierarchie Übergeordneten, die die Regeln festgelegt haben.¹¹⁴ Prototyp des Konditionalprogramms ist die weitgehend automatisierte verwaltungsrechtliche Standardmaßnahme.

Final- oder Zweckprogramme folgen dagegen nach Luhmann gerade keiner Wenn-Dann-Struktur, sondern einer Zweck-Mittel-Logik; der Entscheidende kann relativ frei entscheiden, wann, wie und mit welchen Mitteln er tätig wird. Seine Steuerung erfolgt durch Vorgabe eines erstrebten Zwecks (*output*). Dabei müssen umfangreiche Folgenabschätzungen angestellt werden, um Mittel zur Zielerreichung zu identifizieren. „Bedingung der Richtigkeit“ einer Entscheidung ist damit die Eignung zur Zielerreichung. In dieser Form der Steuerung eines Systems trägt die entscheidende Person nach Luhmann erhebliche Mitverantwortung für das Gelingen des Systems. Beispiel für ein Zweckprogramm ist das Wahlprogramm einer politischen Partei. Dessen Erfolg kann erst am Ende, durch den Wahlsieg, überprüft werden, so dass Entscheidungen im Wahlkampf immer unter einem Vorbehalt der Richtigkeit stehen, aber auch bis zum Schluss Nachsteuerungsmöglichkeiten bestehen.

b.) Die Instabilität der Unterscheidung von Konditional- und Finalprogramm

Luhmann zufolge begegnen in den gesellschaftlichen Teilsystemen überwiegend ineinander verschränkte Varianten der Programmarten.¹¹⁵ An der idealtypischen Unterscheidung will er dennoch festhalten. Dass diese alles andere als stabil ist, zeigen jedoch zwei einfache Kontrollüberlegungen. Erstens setzen auch Zweckprogramme immer ein Wenn-Dann-Schema voraus – jedenfalls wenn man Luhmanns Programmdefinition ernstnimmt, wonach Programme „Bedingungen der Richtigkeit“ von Entscheidungen festlege. Denn Luhmann will mittels des Zweckprogramms Entscheidungssituationen in einer Organisation beschreiben. Aus der Entscheidungsperspektive müssen jedoch auch Zweckprogramme notwendig in Wenn-Dann-Regeln transformiert werden und arbeiten insofern auf der Basis vergangener Ereignisse erstellten Prognosen über die Zukunft, nicht mit Zukunft.¹¹⁶ Nur sind die Bedingungen im Fall des Zweckprogramms unter Umständen recht abstrakt

¹¹⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 244 f.

¹¹⁵ Vgl. etwa Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2000, S. 262 f. Weitere Nachweise bei Pfefferl, Dichotomie, 2014, S. 45 ff.

¹¹⁶ Dass auch Zweckprogramme konditionale Momente enthalten, hebt erstmals deutlich hervor Schmidt, Programmierung, AöR 96 (1971), S. 321 (331 ff.). Ausführlich auch Rubel, Planungsermessens, 1982, S. 30 ff.; Morlok, Verfassungstheorie, 1988, S. 112 f. (insbes. Fn. 448).

definiert, nämlich als Eignung für die Erreichung des Ziels.¹¹⁷ Diese zuerst von *Walter Schmidt* vorgebrachte Kritik veranlasste Luhmann später dazu anzuerkennen, dass sich Zweckprogramme immer „mit Konditionalisierungen durchmischt“ vorfinden.¹¹⁸

Lässt man die automatisierte Datenverarbeitung außer Betracht, erscheint zudem zweitens Luhmanns Charakterisierung des Konditionalprogramms als nicht gegenstandsadäquat. Jedes Abarbeiten selbst simpler Wenn-Dann-Schemata trifft jedenfalls dort, wo Programmregeln sprachlich fixiert sind, auf die den Juristen nur zu bekannten Probleme der Interpretation, für die wiederum die Ziele der Gesamtorganisation kaum je unbeachtlich sein werden. Eine einfache Übertragung der Idee des Konditionalprogramms auf das Recht würde ein ganz überholtes, von einem mechanischen Verständnis des Subsumtionsvorgangs zeugendes Bild zeichnen.¹¹⁹ Luhmann sah diesen von rechtswissenschaftlicher Seite, insbesondere von *Josef Esser*, vorgebrachten Punkt durchaus¹²⁰, ohne jedoch seine Theorie – etwa im Hinblick auf die sich dadurch deutlich komplexer darstellende Verantwortungsproblematik – entsprechend anzupassen. Hinzu kommt, dass jedenfalls dann, wenn Konditionalprogramme auch auf Prognoseentscheidungen basieren können sollen, die strikte Trennung nach Vergangenheits- und Zukunftsorientierung nicht durchzuhalten ist.¹²¹

Diese Kontrollüberlegungen entwerten Luhmanns Unterscheidung nicht grundsätzlich. Es bestehen nach wie vor charakteristische Differenzen zwischen den Programmtypen, insbesondere was die Möglichkeit des Entscheiders, den Zeitpunkt seines Tätigwerdens zu bestimmen, und was die Messung des Erfolgs von Entscheidungen betrifft. Aber es bleiben Zweifel daran, ob diese Kategorien tatsächlich derart elementar für eine soziologische Analyse von Organisationen sind, wie Luhmann dies behauptet. Tatsächlich haben Luhmanns Vorschläge, soweit ersichtlich, in der Organisationssoziologie

¹¹⁷ Dazu dass Zweckprogramme keineswegs notwendig unbestimmter sind als konditionale Formulierungen, näher unten unter § 7 B. II. 2. b. (so wäre es ja etwa auch ein Konditionalprogramm, wenn behördliches Einschreiten unter der Bedingung eines Verstoßes gegen die „guten Sitten“ ermöglicht würde).

¹¹⁸ *Luhmann*, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 265. S. auch schon in der erstmals 1972 erschienenen Schrift *Luhmann*, *Rechtssoziologie*,⁴2008, S. 228 mit Fn. 42.

¹¹⁹ Hierzu zuerst wohl *Esser*, *Vorverständnis*, 1970, S. 141 ff.; dazu dann auch *Steiff*, *Rechtsfindung im Umweltrecht*, 2006, S. 50 f.; *Köck*, *Pläne*, in: *GVwR II*,²2012, § 37 Rn. 17.

¹²⁰ Vgl. etwa die Bemerkungen zur Auslegung in *Luhmann*, *Funktionale Methode*, *AöR* 94 (1969), S. 1 (5), sowie die Überlegungen zur Klassifikation von Ermessensnormen, etwa in *ders.*, *Lob der Routine*, *Verwaltungsarchiv* 55 (1964), S. 1 (13); s. aber auch *ders.*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 100 f. Zur umstrittenen Deutung von Luhmanns Behandlung des Ermessensproblems siehe *Pfefferl*, *Dichotomie*, 2014, S. 42 mit Fn. 109, 47 mit Fn. 133.

¹²¹ Vgl. dazu auch instruktiv im Kontext der Auslegungslehre *Bumke*, *Einführung*, in: *ders.* (Hrsg.), *Richterrecht*, 2012, S. 1 (8).

keine nachhaltige Resonanz gefunden. Für die Rezeption der Kategorien in der Rechtswissenschaft kommt hinzu, dass Luhmann die ohnehin unscharfen Kategorien noch einmal dadurch verkompliziert, dass er sie mit einem durchaus anfechtbaren Narrativ über die Entwicklung der Rechtsordnung verknüpft.

c.) Rahmenbedingungen der Rezeption: Luhmanns Überlegungen zum Recht als Konditionalprogramm

Der Begriffstransfer von der Organisationssoziologie in das Verwaltungsrecht wurde allerdings zunächst einmal dadurch erleichtert, dass Luhmann die Rekonstruktion der Identität der Programmarten gerade an Beispielen aus dem Rechtssystem diskutierte. In der Anwendung der Kategorien auf das Recht ließ sich Luhmann zudem auf ein seinerzeit äußerst populäres staats-theoretisches Narrativ ein, wonach für Deutschland eine Entwicklung vom absolutistischen Polizeirecht über das Ordnungsrecht des liberalen Rechtsstaats hin zum aktivierenden Recht des gestaltenden Sozialstaats diagnostiziert werden könnte.¹²² Die Attraktivität des Narrativs lag in der Verknüpfung von politischen Strukturentscheidungen, ideologischen Elementen und Rechtstechnik. Luhmann überformte diese Erzählung nun mit seinen Kategorien und interpretierte das Ordnungsrecht als Muster eines Konditionalprogramms¹²³, während ihm die Ausdehnung des Sozialstaats Beleg für das Vordringen finaler Programmierungen in der Gesellschaft war.¹²⁴

So würdigt Luhmann die Konditionalprogrammierung als besondere Rationalisierungsleistung und will daraus wenigstens implizit den besonderen Wert eines derart strukturierten Rechtssystems abgeleitet wissen.¹²⁵ Gegen den Zeitgeist wird hier ein formaler Rechtsstaatsbegriff verteidigt, der jedoch nicht als normative Entscheidung, sondern als Resultat der Autonomisierung des Rechtssystems präsentiert¹²⁶ und so gegen normative Kritik immunisiert wird. Dass alleine wäre noch nicht problematisch. Doch wird bei Luhmann die aus der Warte der Systemtheorie beobachtete Autonomie des Rechtssystems unter der Hand zum Maßstab für ‚gutes‘ Recht, das – abgesehen von der

¹²² Einflussreich hierzu insbesondere *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; *ders.*, Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967. Noch einmal *ders.*, Gesetzgebung, in: Pitschas/Uhle (Hrsg.), FS Scholz, 2007, S. 3 ff. Kritisch zu derart linearen Entwicklungsgeschichten *Wahl*, Aufgabenabhängigkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform, 1993, S. 177 (188 ff.); *Möllers*, Methoden, in: GVWR I, ²2012, § 3 Rn. 5. Zur entsprechenden Diskussion am Ende des 19. Jahrhunderts vgl. oben § 2 A. III., § 4 A. III., § 5 A. sowie § 7 Fn. 226.

¹²³ Ausführlich etwa in *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 88 ff.

¹²⁴ *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 105.

¹²⁵ *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 196.

¹²⁶ S. etwa *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 83 f.

parlamentarischen Rechtsetzung – frei von politischen Einflüssen auf konkrete Entscheidungsprozesse sein soll. So überlagert sich der zunächst sachbereichsneutrale Gegensatz von Konditional- und Finalprogrammen mit einer idealisierenden Gegenüberstellung von Recht als konditional und Politik als final programmiertem bzw. programmierendem System.¹²⁷ Damit geht einher, dass Finalprogramme zwar die Umgebung des Rechts prägen, aber die notwendig konditionale Programmierung des Rechts selbst nicht tangieren können, Finalprogramme *im* Rechtssystem also gar nicht möglich sein sollen. Zwar würden Institutionen, die (auch) Teil des Rechtssystems sind, etwa Verwaltungsbehörden, selbstverständlich Finalprogramme durchführen; ebenso verfolgten Gesetze und andere Rechtsnormen natürlich Zwecke. Aber, so Luhmann, im Rechtssystem würden derartige Zweckprogramme stets notwendig in Konditionalprogramme transformiert: „Im Extremfall reduziert sich die Konditionierung [...] auf eine Kompetenznorm.“¹²⁸ Zweckprogramme stehen demgegenüber für die politische Prägung des autonomen (konditionalen) Rechtssystems.¹²⁹

Mit dieser Zuspitzung ist aber letztlich der Theorie einer spezifischen Rechtsform des Sozialstaats die Grundlage entzogen; das Narrativ, von dem die Theorie ihren Ausgang nahm, ist gesprengt. Damit sind aber auch die Kategorien Final- und Konditionalprogramm für das Recht ganz uninteressant geworden. Denn dass der Rechtsanwender die Frage, ob eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, stets in einem Wenn-Dann-Schema, d. h. im Schema von Tatbestand und Rechtsfolge, diskutiert, und sich bei der Entscheidung immer nur auf Vergangenes (bzw. auf Prognosen, die auf Vergangenem basieren) stützen kann¹³⁰, ist aus rechtswissenschaftlicher Sicht schlicht trivial.¹³¹ Hinzu kommt, dass Luhmann mit dieser Interpretation des Konditionalprogramms die Existenz von Finalprogrammen, nicht nur im

¹²⁷ Luhmann, *Zweckbegriff*, 1973, S. 101 ff. Während Luhmann also an Forsthoff (zu Recht) dessen sozialwissenschaftliche Naivität kritisiert (vgl. § 7 Fn. 78), unterliegt seiner eigenen Theorie ein romantisierendes Verständnis des modernen, formalisierten Rechts, das sich ironischerweise nicht wesentlich von den idealisierenden Vorstellungen Forsthoffs vom „klassischen Gesetz“ (*Zeidler*) unterscheidet, nur dessen Bedeutung für andere gesellschaftliche Teilsysteme geringer veranschlagt.

¹²⁸ Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 203.

¹²⁹ Luhmann, *Zweckbegriff*, 1973, S. 101 ff.

¹³⁰ Zu alldem Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 195 ff.

¹³¹ Vgl. nur *Steiff*, *Rechtsfindung im Umweltrecht*, 2006, S. 48 („altbekannte Erkenntnis, dass jede vollständige Rechtsnorm konditionalisierbar ist, also in Form einer Wenn-dann-Sequenz darstellbar ist“) mit Hinweisen auf die entsprechende rechtstheoretische Literatur bei *Engisch*, *Weinberger*, *Larenz*, *Koch/Rüßmann* und *Koller*.

Recht, sondern generell, in Frage gestellt hat, da ganz unklar bleibt, was überhaupt noch als Finalprogramm gelten kann.¹³²

Inwieweit das extrem reduktionistische Rechtsverständnis, das in diesen Überlegungen Luhmanns zum Ausdruck kommt, in normativer¹³³ wie in deskriptiver¹³⁴ Hinsicht überzeugen kann, muss hier dahinstehen.¹³⁵ Es soll allerdings noch darauf verwiesen werden, dass Luhmanns Thesen, die sich ganz analog in seinen polemischen Ausführungen zum Problem der Folgenberücksichtigung durch Richter finden¹³⁶, in der Rechtsanwendungstheorie äußerst skeptisch aufgenommen wurden.¹³⁷ All diese Schwächen und Un-

¹³² Vgl. etwa die unklaren Ausführungen bei *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 200: „Trotz all dem findet man Zweckprogramme im Recht, und empirisch orientierte Rechtssoziologen mögen daraufhin die hier vorgeschlagene Theorie als ‚widerlegt‘ ansehen. [...] Offensichtlich geht es in keinem Falle um ‚echte‘ Zweckprogramme in dem Sinne, daß erst die Zukunft darüber entscheiden wird, was Recht und was Unrecht ist“.

¹³³ Vgl. etwa einerseits die sehr einseitige Beschreibung Luhmanns von „Funktion“ und Ziel des Rechts als Erwartungsstabilisierung (*Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2008, S. 31 ff. und passim; *ders.*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 131 ff.) und andererseits die reichen Bestimmungen dieser Gesichtspunkte in der oben § 7 Fn. 10 und 11 zitierten Literatur.

¹³⁴ Luhmanns Theoriebildung bleibt damit weit hinter den an anderen Orten angestellten Überlegungen zur Variabilität des Rechts im Umgang mit derartigen Fragen zurück. Insbesondere in der amerikanischen Debatte um „rules versus standards“, die stärker als die deutsche Diskussion um Regeln und Prinzipien auf die normativen und praktischen Folgen unterschiedlicher Rechtssetzungstechniken konzentriert ist, sind die mit diesen Techniken je einhergehenden Vor- bzw. Nachteile intensiv diskutiert worden (Regeln: Rechtssicherheit, Verhinderung administrativer und judikativer Willkür, Vertrauensschutz – also die von Luhmann mit dem Rechtssystem assoziierten Werte; Standards: Billigkeit, Anpassungsfähigkeit, Kostenvermeidung, Vermeidung von klaren Widersprüchen – mithin von Luhmann weitgehend ignorierte Wertpositionen). Dazu grundlegend etwa *Sullivan*, *Rules and Standards*, *Harvard L. Rev.* 106 (1992–1993), S. 22 (56–69); *Kennedy*, *Form and Substance*, *Harvard L. Rev.* 89 (1975–1976), S. 1685 (1687–1713). Ähnliche Motive werden auch in der Diskussion um „offene Normen“ verhandelt (dazu *Pfefferl*, *Dichotomie*, 2014, S. 30 ff.). Diese hatte im Übrigen in den gegen Ende des 19. Jahrhunderts angestellten Überlegungen zur „richtigen Normierungsdichte“ bereits ihren gesetzgebungstheoretischen Vorläufer (dazu *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst*, 2006, S. 213 ff.).

¹³⁵ Dazu auch provokativ *R. Dreier*, *Luhmanns Rechtsbegriff*, *ARSP* 88 (2002), S. 305 (insbes. 317). Darauf Bezug nehmend *Teubner*, *Dreiers Luhmann*, in: *Alexy* (Hrsg.), *Integratives Verstehen*, 2005, S. 199 ff.; dann auch *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2008, S. 298.

¹³⁶ Vgl. nur *Luhmann*, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 262 (wonach „Juristen zum Beispiel ihre Inkompetenz in der Behandlung von Zweckfragen schlechterdings nicht begreifen können“); für das Folgenproblem s. etwa *ders.*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 31 ff.

¹³⁷ Dazu eben aus dieser Zeit *Hopt*, *Finale Regelungen*, *JZ* 1972, S. 65 (71). Aus dieser Richtung etwa auch *Esser*, *Vorverständnis*, 1970, S. 139–145; vgl. weiterhin die Nachweise zur Folgenliteratur oben unter § 6 B. II. und unten unter § 8 C. II.; sowie die (die not-

schärfen haben jedoch die juristische Rezeption seiner Programm-Begriffe im Verwaltungsrecht nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil wurden dort Luhmanns heuristische Kategorien noch zu einem normtheoretischen Modell veredelt.

2. Konditional und final programmierte Normen als Rechtsbegriffe

Der Popularität der Kategorien in der rechtswissenschaftlichen Rezeption taten deren konstruktiven Defizite, die latente Normativität und der gegen den Zeitgeist gerichtete, oft an der Grenze zur Polemik operierende Einschlag also keinen Abbruch. In der Rückschau erscheint es bemerkenswert, wie prominent sich diese Begrifflichkeit in der Verwaltungsrechtswissenschaft der 1970er Jahre durchsetzen konnte. Auch heute noch operiert das Verwaltungsrecht mit diesem Theoriemodell der 1960er Jahre, während andere organisationssoziologische Erkenntnisse und alternative theoretische Ansätze kaum zur Kenntnis genommen werden. Luhmanns Begriffsvorschläge haben wohl in einem zeitkritischen Moment, kurz vor der disziplinärer Schließung auf den planungsrechtlichen Dogmatisierungsprozess eingewirkt. So konnten sie diesen einmalig fachfremd irritieren, um bis heute fortzuwirken.¹³⁸ Während das fast nostalgische Bild, das Luhmann selbst, aber auch seine verwaltungsrechtlichen Rezipienten vom ‚konditionalen‘ Recht zeichnete, in anderen Bereichen der Rechtswissenschaft auf erheblichen Widerspruch stieß¹³⁹, kehrte der planungsrechtliche Diskurs Luhmanns Prämissen schlicht um und verwandelte die latente Verfalls- in eine Modernisierungsgeschichte.

a.) Der normtheoretische Gegensatz von finalem (Planungs-)Recht und konditionalem Recht

Die Popularität der Begrifflichkeit beruht maßgeblich darauf, dass *Werner Hoppe* als einer der bald führenden Planungsrechtler sich diese schon sehr früh zu eigen machte. Hoppe unterschied zum einen konditional programmierte Normen, die den „herkömmlichen Formen regulierender Steuerung durch Gebote, Verbote und Genehmigungsvorbehalte [...] als Eingriffs- und Leistungsrechte“ zurechnet wurden“; daneben trete zum anderen das final programmierte, „auf Zukunft ausgerichtete Planungsrecht“, das notwendig sei „um für die Bewältigung der Probleme der rasant anwachsenden Komplexität der Lebensverhältnisse in der heutigen Industrie- und Informationsgesell-

wendige Härte nicht missende) Aufarbeitung der Thesen Luhmanns bei *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 11 ff.

¹³⁸ Umfangreiche Nachweise zum heutigen, weitgehend formelhaften Gebrauch der Dichotomie in der planungsrechtlichen Literatur bei *Steiff*, Rechtsfindung im Umweltrecht, 2006, S. 47 f.; *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 54 f. Vgl. ferner etwa noch aus jüngster Zeit: *Wolff*, Planung, in: Kube/Mellinghoff et al. (Hrsg.), FS Kirchhof, Bd. 1, 2013, S. 831 (840); *Kersten*, Abwägung, Jura 2013, S. 478.

¹³⁹ Vgl. soeben unter § 7 Fn. 109 und 137.

schaft ein leistungsfähiges Steuerungssystem mit allen Instrumenten der Planung bereitzustellen“.¹⁴⁰ Diese an sich schon fragwürdige Gegenüberstellung wird dann noch zusätzlich zu einem normtheoretischen Gegensatz überhöht: „Planungsrechtsnormen sind grundsätzlich anders strukturiert als Rechtsnormen, die der Gesetzgeber nach dem ‚Wenn-dann-Schema‘ aufgebaut hat.“¹⁴¹ Final programmierten Normen soll es wegen ihrer Konzentration auf den Abwägungsvorgang am Tatbestand fehlen.¹⁴²

Hier wird schon deutlich, dass die verwaltungsrechtliche Rezeption Luhmanns Begriffe modifizierte.¹⁴³ Insbesondere wurden keine Anstrengungen unternommen, den soziologischen Programm-Begriff angemessen juristisch zu rekonstruieren.¹⁴⁴ Hier wäre etwa zu diskutieren gewesen, wie mit Luhmanns Aussagen, dass sich Finalprogramme einer juristischen Handhabung generell entziehen, umzugehen ist.¹⁴⁵ Zudem verkehrt die Rezeption Luhmanns Skepsis an der Eignung des Rechts als Instrument zur Gestaltung sozialen Wandels ins Gegenteil.¹⁴⁶ Diese Modifikationen wären für sich ohne Belang, wenn sie dennoch ein tragfähiges normtheoretisches Modell begründen würden. Nun trifft die Charakterisierung als ‚final programmiertes‘ Rechts unfraglich bestimmte Eigenheiten des Planungsrechts.¹⁴⁷ Gerade der Prozess der Planerstellung lässt sich nur schwer in den überkommenen Kategorien der Rechtsanwendungslehre fassen. Doch folgt mehr daraus?

¹⁴⁰ So durchaus repräsentativ *Hoppe*, Planung, HStR IV, ³2006, § 77 Rn. 5; vgl. auch mit besonders klaren Kontrasten *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (525 ff.).

¹⁴¹ *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, ⁴2010 § 5 Rn. 11. Dabei bleibt schon unklar, was genau „final programmiert“ sein soll, die materiell-rechtlichen Regelungen über die Aufstellung von Plänen, die Pläne selbst oder aber der Planaufstellungsprozess.

¹⁴² *Schober*, Zweck, 2007, S. 237; hierzu auch die Nachweise bei *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 60 f. Auch außerhalb des spezifisch planungsrechtlichen Kontexts finden sich in diese Richtung gehende Deutungen, etwa bei *Grimm*, Entscheidungsfolgen, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 139 (140) („ein ganz neuer Normtyp“).

¹⁴³ Hierzu ausführlich *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 62 ff.

¹⁴⁴ Umfassend dann aber *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 10 ff. Vgl. auch *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 112.

¹⁴⁵ Dies gilt allerdings nicht für alle Autoren, die die Terminologie von Konditional- und Finalprogramm aufnehmen; anders etwa *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 48 ff.

¹⁴⁶ Dazu nur *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 195. Gerade entgegengesetzt etwa die Argumentation bei *Würtenberger*, Planung, 1979, S. 46 ff., insbes. S. 48 mit Fn. 46, wonach das Sozialstaatsprinzip „in gewissem Umfang eine finale Programmierung der Verwaltungsentscheidungen erforderlich“ mache.

¹⁴⁷ So auch *Steiff*, Rechtsfindung im Umweltrecht, 2006, S. 54.

b.) Die analytische Unschärfe der Kategorien und die These der Unbestimmtheit von Zwecken

Im Hinblick auf ihre analytische Leistungsfähigkeit sind Konditional- und Finalprogramm als verwaltungsrechtswissenschaftliche Kategorien mittlerweile entzaubert.¹⁴⁸ Skeptisch musste insoweit schon stimmen, dass von Beginn an das „Wesen“ der Planung zur Begründung einer besonderen, das Planungsrecht tragenden Normstruktur erhalten musste.¹⁴⁹ Dabei wurde nicht berücksichtigt, dass in vielen anderen Rechtsbereichen ähnlich komplexe, stark prognostisch geprägte Abwägungsprozesse erforderlich sind, wie sie *auch* die Planung kennzeichnen.¹⁵⁰ Vorliegend sind aber insbesondere zwei weitere Punkte relevant.

Erstens lässt sich ein „normstruktureller“ Gegensatz nicht nachweisen. Richtigerweise stellen die vermeintlich final programmierten gesetzlichen Planungsnormen Bedingungen für den Entscheider auf, definieren also Tatbestandsmerkmale. Im Sinne von Luhmann konstituiert ja schon die schlichte Kompetenzzuweisung eine konditionale Bedingung.¹⁵¹ So gilt mit *Udo Di Fabio*: „Wenn man sich vor diesem tatsächlichen Hintergrund Planungsnormen als Zielprogramme vorstellt, so muß einschränkend gesagt werden, daß die Planungsnorm selbst das Ziel nicht enthält, sondern es durch einen Kranz

¹⁴⁸ Vgl. neben den in § 7 Fn. 138 genannten Autoren etwa auch *Ibler*, Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit, 1988, S. 37 ff. (Planungsnormen lassen sich in konditionale Anweisungen umformulieren); *Wiegand*, Verantwortung, JöR 43 n. F. (1995), S. 31 (35); *Fouquet*, Planfeststellung, VerwArch 87 (1996), S. 212 ff.; *Di Fabio*, Struktur von Planungsnormen, in: Erbguth/Oebbecke et al. (Hrsg.), FS Hoppe, 2000, S. 75 (82 f.); *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 318 f.; *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 275 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 242 ff. (insbes. S. 246 mit der wichtigen Feststellung: „Es gibt zunehmend ‚Zweckgesetze‘, verstanden als Gegensatz zu dem klassischen Ordnungsgesetz. Von Zweckprogrammen im Sinne *Luhmanns* kann jedoch nicht die Rede sein.“); *Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 11 ff.; *ders.*, „Regulierungsermessen“, NVwZ 2009, S. 1005 (1009); *Krebs*, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, ¹⁴2008, S. 451 Rn. 97 ff.; *Möllers*, Methoden, in: GVwR I, ²2012, § 3 Rn. 5; *Köck*, Pläne, in: GVwR II, ²2012, § 37 Rn. 17.

¹⁴⁹ Zu Ableitung von Rechtsfolgen aus dem „Wesen“ der Planung zu Recht kritisch schon *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 3. Dennoch wird ganz verbreitet mit einem „materiellen“ Planungsbegriff gearbeitet, vgl. *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 317 f. m. w. N., der hierfür auch auf die „Natur der Sache“ verweist (ebd., S. 316 f.). Kritisch hierzu aus der Perspektive der Prüfungsdichte *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 35. Hierzu näher sogleich unter § 7 B. II. 3.

¹⁵⁰ Dazu *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 92 ff.

¹⁵¹ Vgl. § 7 Fn. 128.

von Berücksichtigungsgeboten lediglich relativiert“.¹⁵² Dies leuchtet ein, da sich ohne größere Umstände konditional programmierte in final programmierte Normen umformulieren lassen¹⁵³ bzw. umgekehrt zahlreiche planungsrechtliche Normen in einer ‚klassischen‘ Konditionalstruktur formuliert sind¹⁵⁴ oder in diese umgeformt werden könnten.¹⁵⁵ Aus diesem Grund ist es auch nicht sinnvoll, nach einem normstrukturellen Unterschied etwa zwischen der polizeilichen Generalklausel, die in den Polizeigesetzen regelmäßig als ‚konditionale‘ Norm kodifiziert ist, und einer Norm, die die darin geschützten Gesichtspunkte als Ziele formuliert, zu suchen.¹⁵⁶

Zweitens gewähren Finalprogramme dem Rechtsanwender nicht notwendig einen größeren Entscheidungsspielraum als Konditionalprogramme; sie sind für sich weder bestimmter noch unbestimmter als sonstige rechtliche Normierungsformen.¹⁵⁷ Schon Luhmann hat betont, dass es zum systeminternen Entscheidungsprozess gehört, den Grad der Bestimmtheit von Zwecken in Zweckprogrammen zu wählen.¹⁵⁸ Da es zudem eine Frage der Formulierung ist, ob ein Gesichtspunkt als Zweck oder explizit als Bedingung normiert wird, ist die verbreitete Vorstellung, die vermehrte Ausrichtung des Rechts an Zwecken führe zur Auflösung rechtlicher Bindungen, schlicht unverständlich.¹⁵⁹ Dies bestätigt auch die Praxis: Die Bedingungen, die Planungsnormen dem Planaufsteller aufgeben, weisen, wie etwa § 1 Abs. 6 BauGB zeigt, ganz unterschiedliche Bestimmtheitsgrade auf. Selbst dort, wo im Gesetz relativ unbestimmte Zwecke normiert sind, werden derartige Be-

¹⁵² *Di Fabio*, Struktur von Planungsnormen, in: Erbguth/Oebbecke et al. (Hrsg.), FS Hoppe, 2000, S. 75 (82), gegen *Hoppe*, Struktur, DVBl. 1974 S. 641 (643 f.). Zutreffend und prägnant hierzu auch *Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, ¹2006, § 11 Rn. 80.

¹⁵³ *Koch/Rußmann*, Begründungslehre, 1982, S. 88 ff., 95 f.; *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 50 und passim; *Krebs*, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, ¹⁴2008, S. 451, Rn. 98; vgl. auch zum parallel gelagerten Fall der Austauschbarkeit von tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und Ermessen *Hain*, Unbestimmter Rechtsbegriff, in: Grote/Härtel et al. (Hrsg.), FS Starck, 2007, S. 35 ff.; *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 15. Zur historischen Kontingenz der Unterscheidung vgl. *Stolleis*, Geschichte III, 1999, S. 213.

¹⁵⁴ Hierzu nur *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 318 f. m. w. N.

¹⁵⁵ Genau die umgekehrte Diskussion wurde im Rahmen der Frage nach der Existenz von Maßnahmegesetzen geführt, vgl. oben § 7 Fn. 84.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 50.

¹⁵⁷ *Krebs*, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, ¹⁴2008, S. 451 Rn. 98 f. Vgl. auch die Hinweise bei *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, 1991, S. 185.

¹⁵⁸ *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 212 f., 267

¹⁵⁹ Zum Kontext der Entstehung derartiger Ideen bei Laband und Otto Mayer vgl. oben § 3 C. II. 1., § 4 A. II. 2. und § 4. A. III. Differenzierend hierzu *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 116 ff., der zu Recht ausführt, dass sich die Frage nach den Zwecken einer Norm neutral zum Grad der Präzision der Norm verhält.

lange häufig durch weitere gesetzliche oder untergesetzliche Normen weiter konkretisiert.¹⁶⁰ Insofern stellen vorgeblich final programmierte Normen den Rechtsanwender nicht strukturell vor größere interpretative Herausforderungen, als dies etwa Generalklauseln oder andere ‚offene‘ Normen tun.

Das heißt allerdings auch nicht umgekehrt, dass die Anwendung von ‚final programmierten‘ Normen unproblematisch wäre. Wie bei allen abstrakt formulierten Normen weisen auch dort die Tatbestandsmerkmale, etwa die bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigenden Belange, als sprachliche Äußerungen notwendig „unscharfe Grenzen“ auf.¹⁶¹ Hinzu kommen Prognoseunsicherheiten, die solche Gesichtspunkte betreffen, die auf (auch) ‚messbare‘ soziale Zustände Bezug nehmen – etwa „gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse“ (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 Alt. 1).¹⁶² Schließlich stellt sich das alte und schwierige Problem, ob und wie unterschiedliche normativ relevante Gesichtspunkte, die prinzipiell der selben normhierarchischen Ebene zuzuordnen sind, in ein Verhältnis gesetzt werden können. Diese Frage nach der Rangordnung der Werte, nach deren (In-)Transitivität¹⁶³ oder, noch grundlegender, nach deren (In-)Kommensurabilität¹⁶⁴, ist jedoch nichts, was nur solche Normen betrifft, deren Tatbestandsmerkmale in der spezifischen Form als ‚Zwecke‘ etwa eines Planes oder, im Fall von Leitvorschriften, des Gesetzes¹⁶⁵ normativ vertypt sind.

Die hohe Normierungsdichte des Planungsrechts, die eine Vielzahl zu berücksichtigender und dabei teils gegenläufiger Belange festschreibt, macht diese Probleme allenfalls besonders deutlich sichtbar. Doch stellen sich strukturell identische Fragen überall dort, wo unterschiedliche normativ relevante Gesichtspunkte, seien sie ausdrücklich normiert oder im Wege teleologischer Auslegung rekonstruiert, in eine auf *ein* Ergebnis zielende juristische Urteilsbildung eingehen. Im Rechtssystem sind Entscheidungen an vielen Punkten durch das gesetzte Recht über- bzw. unterdeterminiert.¹⁶⁶ Das gilt für Ent-

¹⁶⁰ Vgl. etwa für die nach § 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB zu berücksichtigenden „von den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge“: *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, ¹¹2009, § 1 Rn. 63.

¹⁶¹ Hierzu näher unten unter § 8 A. I. und § 8 C. III. 2.

¹⁶² Hierzu näher oben unter § 6 B. II. 1. und unten unter § 8 C. 2.

¹⁶³ Dazu im vorliegenden Kontext etwa *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 37 ff.

¹⁶⁴ Grundlegend für die moderne analytische Diskussion *Raz*, *Morality of Freedom*, 1988, S. 321 ff.; vgl. auch die Überblicksdarstellungen bei *Chang*, *Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Incommensurability*, 1997, S. 1 ff.; *Hsieh*, „Incommensurable Values“, in: SEP, Fall 2008 Edition.

¹⁶⁵ Vgl. zu „konfligierenden Zweck- und Zielsetzungen“ in Leitvorschriften bereits oben unter § 6 B. II. 1. c. und C. III. 2., sowie insbesondere *Schober*, *Zweck*, 2007, S. 170 ff., zur oft fehlenden Gewichtung unterschiedlicher Zweck- und Zielsetzungen.

¹⁶⁶ Hierzu ausführlich unten unter § 8 A. I.

scheidungen, die der Rechtsanwender auf der Grundlage von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen oder Ermessensvorschriften treffen muss, nicht weniger als im Fall von Finalprogrammen.¹⁶⁷ Dass die Frage der Determinationskraft eines Normsatzes deutlich komplexer ist, als dies die Dichotomie von final und konditional suggeriert, zeigt sich im Übrigen schon daran, dass der Rekurs auf ‚Zwecke‘ in der Auslegungstheorie gerade als Strategie zur Bewältigung der Unter- bzw. Überdeterminierung des regelmäßig konditionalen Normtextes empfohlen wird, nämlich in der Variante der ‚teleologischen‘ Auslegung.¹⁶⁸ Auch in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dient das Erfordernis der Präzisierung des Gesetzeszwecks der Erhöhung des Bestimmtheitsgrades der Norm.¹⁶⁹

Klaus Ferdinand Gärditz ist also darin zuzustimmen, dass die Begriffe Konditional- und Finalprogramm „nicht normstrukturell-kategorial zu verstehen“ sind, da sich die Dichte rechtlicher Bindungen nicht an bestimmten Normtypen ablesen lässt, sondern allenfalls auf einer „vielschichtigen und graduell abgestuften Skala“ gemessen werden könnte.¹⁷⁰ Doch ist es dann überhaupt noch sinnvoll, an der Terminologie von Konditional- und Finalprogrammen festzuhalten, und sei es auch nur in „heuristischer“ Absicht, „um Unterschiede in der tatbestandlichen Steuerungspräzision sichtbar zu machen“?¹⁷¹ Dies scheint äußerst zweifelhaft. Aufgabe einer Heuristik ist, komplexe Sachverhalte zu vereinfachen, nicht diese zu verzerren. Dagegen führen die Kategorien Final- und Konditionalprogramm in die Irre, soweit sie als Indizien für die „Steuerungspräzision“ verwendet werden. Insofern dokumentieren die Begriffe nur überholte Diskussionslagen, die selbst einen „heuristischen“ Gebrauch nicht (mehr) rechtfertigen können.¹⁷² Ist die Übernahme der

¹⁶⁷ Konsequenz ist daher *Vesting*, der auch „Abwägungsgebote, Ermessensvorschriften, unbestimmte Rechtsbegriffe, Verwaltungsvorschriften“ den Zweckprogrammen zuordnet: *Vesting*, Systemtheorie des Rechts, Jura 2001, S. 299 (303). Vgl. auch die Überlegungen von *Ortloff/Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 2014, Vorbemerkung § 81 Rn. 4, zum Verwaltungsprozessrecht als „Finalprogramm“.

¹⁶⁸ Insofern lässt sich allerdings schon jetzt aussagen, dass der in der Rechtsanwendungstheorie teilweise gezogene Umkehrschluss – der Rekurs auf Zwecke reduziere notwendig Unbestimmtheit – nicht tragfähig ist. Vielmehr verhält es sich mit Zwecken nicht anders als mit jeder anderen Artikulation von normativ relevanten Gesichtspunkten. Diese können stets mehr oder weniger bestimmte Schlüsse nahelegen.

¹⁶⁹ Vgl. die Nachweise oben § 7 Fn. 58.

¹⁷⁰ *Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 11.

¹⁷¹ *Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 11. Ganz ähnlich auch *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 ff., Rn. 16 („zwei Endpunkte in einem rechtstechnischen Kontinuum“); *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn et al., Baugesetzbuch, Bd. 1, Stand: 2014, § 1 Rn. 181. Vgl. auch schon *Steinberg*, Evaluation, Der Staat 15 (1976), S. 185 (189 f., 196); *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 118 f. mit Fn. 13.

¹⁷² Die richtigen Konsequenzen hieraus zieht *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 148 ff., 152 ff.

Luhmann'schen Terminologie also nichts als ein Missverständnis, das die rechtswissenschaftliche Diskussion weniger produktiv irritiert, als nachhaltig in die Irre geführt hat? Dass sich damit doch mehr verbindet, deutet eine Bemerkung von *Rainer Wahl* an: „Die Hypothese von Zweckprogramm- oder Finalcharakter der Planung hat innovatorisch gewirkt, weil sie die andere Intentionalität der Handlungssteuerung ins Bewußtsein gehoben hat.“¹⁷³

3. *Finalprogramme und die Behauptung eines Gestaltungsspielraums der Verwaltung*

Wahl präzisiert diese Besonderheit des Finalprogramms weiter: „Das *Explizitwerden* der Zielsetzungs- und Zielkonkretisierungsprozesse ist der entscheidende Unterschied gegenüber einem Handeln, das zwar *auch* zielorientiert ist, bei dem die Zielfindung und -konkretisierung aber implizit bleibt und das deshalb im Grad seiner Zielorientiertheit und in der Maximierung der Zielverwirklichung auf relativ enge Grenzen stößt“.¹⁷⁴ Versteht man dies vor dem Hintergrund des gerade Gesagten, zeigt sich, dass der produktive Gehalt der Unterscheidung von Final- und Konditionalprogramm also weder in der normtheoretischen Beschreibung noch in einer Aussage über die ‚Normierungsdichte‘ liegt. Vielmehr beruht ihr nachhaltiger Einfluss auf die Rechtswissenschaft darauf, dass sie das exekutive Handlungs- und Gestaltungsmoment, das dem Planungsrecht innewohnt, explizit macht. Auch diese Erkenntnis ist zunächst nur reine Beschreibung. Doch liegt hier der eigentliche Kern der Diskussion um die Frage nach der Programmstruktur.

Allerdings kann nicht behauptet werden, dass der Verweis auf die Programmstrukturen viel dazu beigetragen hat, die Diskussion um administrative Gestaltungsspielräume zu rationalisieren. Vielmehr ist diese Diskussion, wie gerade schon angedeutet, immer noch stark von Argumentationen geprägt, die etwa aus dem ‚Wesen‘ der Planung Schlüsse für das Rechtsfolgenregime ziehen wollen.¹⁷⁵ So wird denn aus der These, Planung sei aufgrund der ‚Offenheit der gesetzlichen Vorgaben‘ ein Finalprogramm, zumindest missverständlich abgeleitet: „Die planende Verwaltung hat *deshalb* einen breiten politischen Gestaltungsspielraum.“¹⁷⁶ Ist die Beziehung zwischen Finalprogramm und geringer rechtlicher Determinierung schon für sich problema-

¹⁷³ *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 37. Ähnlich auch *Krebs*, Bau-recht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, ¹⁴2008, S. 451 Rn. 99: „Der Begriff des Finalprogramms hilft, die besondere Modalität der Rechtsbindung der Bauleitplanung zu verstehen“.

¹⁷⁴ *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 51 mit Fn. 17 (Hervorhebungen im Original).

¹⁷⁵ S. hierzu schon die Nachweise oben § 7 Fn. 149.

¹⁷⁶ So etwa bei *Schulze-Fielitz*, Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, ²2012, § 12 Rn. 61 (Hervorhebung hinzugefügt).

tisch, so ist der Schluss von der faktischen Offenheit auf einen rechtlichen Gestaltungsspielraum noch prekärer. Wenig hilfreich ist, wenn dabei unklar bleibt, ob diese Schlussfolgerung nur die besonderen Herausforderungen für den Planungsgesetzgeber beschreiben soll, der wegen der Komplexität des Gegenstandes „kompensatorische Verfahrensregeln für die Konsens- und Entscheidungsfindung im Planungsverfahren“ treffen müsse, oder aber ob aus der unterstellten Offenheit Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfung entsprechender behördlicher Entscheidungen abgeleitet werden, also letztlich Auslegungsregeln zu Art. 19 Abs. 4 GG formuliert werden.¹⁷⁷

Dabei ist unbestritten, dass im Grundsatz zurückgenommene Prüfungsmaßstäbe durchaus begründet werden können. So lässt sich etwa die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG ins Feld führen, um den von einer Gemeinde betriebenen Planungen gesteigerte planerische Gestaltungsfreiheit zukommen zu lassen.¹⁷⁸ Auch erlaubt Art. 19 Abs. 4 GG dem demokratischen Gesetzgeber in bestimmten Grenzen die Zuweisung bestimmter vorrangiger Entscheidungskompetenzen an die Verwaltung.¹⁷⁹ Nicht tragfähig ist allerdings, die planerische Gestaltungsfreiheit aus der vermeintlich besonderen Normstruktur der Planungsnormen abzuleiten, da es diese nicht gibt.¹⁸⁰ Ganz analog ist die konzeptionell eng mit der Gestaltungsfreiheit verbundene planerische Abwägung keine natürliche Folge der spezifischen Struktur planungsrechtlicher Normsätze. Auch dieser Zusammenhang wird vielfach verkürzt dargestellt, wenn das Gebot der planerischen Abwägung aus der Finalstruktur des Planungsrechts abgeleitet wird.¹⁸¹

Vielmehr gilt umgekehrt: Das komplexe Begründungs- und Fehlerfolgenregime der planerischen Abwägung ist die eigentliche Innovation des Planungsrechts, nicht dessen vermeintlich besondere Normstruktur. Die ‚Natur‘ einer (planungsrechtlichen) Norm deutet allenfalls darauf hin, dass ein faktischer Gestaltungsspielraum der Verwaltung besteht. Was daraus rechtlich folgt, insbesondere welche Rückschlüsse für die Kontrolldichte der administ-

¹⁷⁷ Entsprechend offen etwa *Schulze-Fielitz*, Aufgabenwahrnehmung, in: *GVwR I*, 2012, § 12 Rn. 61.

¹⁷⁸ Vgl. dazu im vorliegenden Zusammenhang *Di Fabio*, Struktur von Planungsnormen, in: *Erbguth/Oebbecke et al. (Hrsg.), FS Hoppe*, 2000, S. 75 (85).

¹⁷⁹ S. dazu gleich § 7 Fn. 183.

¹⁸⁰ Genau dies versucht aber etwa *Hoppe*, Planung, *HStR IV*, 2006, § 77 Rn. 22 („Das eröffnet eine größere Anzahl von Entscheidungsmöglichkeiten als bei konditional strukturierten Rechtsnormen. Diese Normstruktur ermöglicht die planerische Gestaltungsfreiheit.“); ebenso auch *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 2010 Rn. 15.

¹⁸¹ S. etwa *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 2009, § 1 Rn. 89. Ähnlich auch gegen die Ableitung des Planungsermessens aus der „Natur der Sache“: *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, *VwGO*, Stand: 2014, § 114 Rn. 30.

rativen Entscheidung zu ziehen sind, ist eine andere Frage.¹⁸² Das Rechtsfolgenregime bedarf einer Rechtfertigung, die sich nicht auf vermeintliche ‚normstrukturelle‘ Besonderheiten, sondern auf verfassungsrechtlich bzw. einfachgesetzlich anerkannte gute Gründe stützt.

Bei genauerer Betrachtung führt die Unterscheidung von Konditional- und Finalprogrammen also ins Herz der klassischen verfassungsrechtlichen Frage nach der Abgrenzung der Sphären von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.¹⁸³ Aus der verwaltungsrechtlichen Kontrollperspektive geht es insofern um den Umgang mit Fehlerfolgen, aus der Handlungsperspektive um eigenständige, nur beschränkt gerichtlich kontrollierbare Entscheidungsspiel-

¹⁸² Von der planerischen Abwägung ist die Abwägung von Gründen zu unterscheiden. Letztere ist für jeden praktischen Diskurs konstitutiv, da Gründe immer gewogen werden müssen. Offensichtlich folgt nicht allein aus der Tatsache, dass eine erhebliche Zahl teilweise widersprüchlicher Belange in einem Fall zum Ausgleich zu bringen ist, dass damit das spezifische Rechtsfolgenregime der planerischen Abwägung aufgerufen wäre. In gleicher Weise nötigt nicht jeder Belang, der als Zweck einer Norm verstanden werden kann, zu einer planerischen Abwägung. Auch explizit normierte Normzwecke führen in den allermeisten Fällen nicht zur Begründung eines Abwägungsregimes. Ein solches setzt eine wesentlich komplexere gesetzliche Regelungsstruktur voraus. Allerdings kann für die häufig nicht triviale Frage, ob ein planerisches Abwägungsregime vorliegt (hierzu etwa BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975 – E 48, 56 (59)), auch die Zielstruktur der Normen Anhaltspunkte geben; s. zu den insoweit anzustellenden Überlegungen *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, ²2006, Kap. 4 Rn. 67; *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 36, mit Nachweisen zu der ebenfalls nach diesen Grundsätzen verfahrenen Rechtsprechung.

¹⁸³ Aus der unübersehbaren Literatur zu dieser zeitweise auch als Frage nach den „Verwaltungszwecken“ bezeichneten Problematik vgl. nur grundlegend die Referate auf der Staatsrechtslehrtagung 1975 (*Scholz*, Verwaltungsverantwortung, in: VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff. (insbes. 151 ff.); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung, in: VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff.); den Überblick über den Diskussionsstand bei *Pache*, Abwägung, 2001, S. 52 ff.; und die prägnanten Zusammenfassungen bei *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 2014, § 114 Rn. 4 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180 ff.; *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 34 ff.; sowie die kritischen Einwände zur sogenannten „normativen Ermächtigungslehre“ bei *Poscher*, Geteilte Missverständnisse, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), FS Wahl, 2011, S. 527 (549 ff.); und schließlich den Überblick über die aktuellen Tendenzen der Rechtsprechung bei *Kersten*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93–95). In den letzten Jahren hat das Problem durch die Konstellation des sogenannten „Regulierungsermessens“ noch einmal zusätzlich an Dynamik gewonnen, vgl. dazu nur kritisch *Gärditz*, „Regulierungsermessens“, NVwZ 2009, S. 1005 ff.; eher befürwortend *Eifert*, Kontrolle, ZHR 174 (2010), S. 449 ff.; abwägend *Ludwigs*, Regulierungsermessens, JZ 2009, S. 290 ff.; *Proelß*, Regulierungsermessens, AöR 136 (2011), S. 402 ff.

räume der Verwaltung.¹⁸⁴ Sofern man der Gegenüberstellung also überhaupt einen Erklärungswert zubilligen will, liegt dieser darin, dass mit der Auszeichnung eines Regelungskomplexes als Zweck- oder Finalprogramm eine bestimmte Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative der Verwaltung kommuniziert werden soll.¹⁸⁵ Der tiefere und eigentliche Bezug zu Luhmanns Begriffsprägung besteht damit im Hinblick auf die Verantwortungsfrage, die beim Finalprogramm primär die Verwaltung und nur sekundär der Normgeber trägt.¹⁸⁶ Ob die Verwaltung tatsächlich diese Verantwortung tragen *darf* bzw. *soll*, muss sich aber wiederum mit Entscheidungen des Verfassungs- oder Gesetzgebers begründen lassen, kann also nicht allein aus der Normstruktur, (vermeintlich) funktionalen Erwägungen oder objektiven Zweckmäßigkeiten folgen.¹⁸⁷

III. Finalstruktur und Europarecht

Wenn der Gegensatz von konditional und final programmierten Normen nun nochmals im Verhältnis des nationalen, d. h. in diesem Fall deutschen, Verwaltungsrechts zum Recht der Europäischen Union begegnet, kann dies kaum mehr erstaunen. Diese Konstellation lädt geradezu dazu ein, kompetenzrechtliche Friktionen durch einen (vermeintlich) normtheoretischen Gegensatz zu überformen. Verbreitet wird dabei insinuiert, das Recht in der Europäischen Union diene nicht nur – wie allgemein akzeptiert – als zentrales Integrationsmittel und als Instrument politischer und gesellschaftlicher Transformation.¹⁸⁸ Vielmehr werde im Europarecht die Aufgabe der Erwartungsstabilisie-

¹⁸⁴ Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollperspektive *Franzius*, *Steuerung*, in: *GVwR I*, 2012, § 4 Rn. 2 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: *GVwR I*, 2012, § 10 Rn. 13.

¹⁸⁵ *Pfefferl*, *Dichotomie*, 2014, S. 75 ff., bezeichnet dies insoweit zu Recht als „rechtspolitische Funktion der Dichotomie“, da es regelmäßig an einer normativ gehaltvollen Argumentation fehlt.

¹⁸⁶ Hierzu oben § 7 B. II. 1. a. In diesem Sinne ist etwa auch der Versuch zur Rechtfertigung der Dichotomie von Konditional- und Finalprogramm von *J. Dreier*, *Normative Steuerung*, 1995, S. 48, einzuordnen; nach ihm ist die vom Finalprogramm initiierte Tatbestandsbildung etwas qualitativ anderes als die bloße Tatbestandsergänzung, zu der ein Konditionalprogramm nötige. Dass sich „Prämissenkonkretisierung“ und „Prämissenbildung“ jedoch nicht auf diese Weise konstruktiv auseinanderhalten lassen, zeigt *Steiff*, *Rechtsfindung im Umweltrecht*, 2006, S. 55 ff. (Hervorhebung im Original). *Dreiers* Ansatz ist jedoch dann nachvollziehbar, wenn, wie hier, mit Finalprogrammen die Behauptung einer besonderen, eigenständigen Legitimation zur Setzung von Regeln verbunden wird, die über die von der Rechtsordnung immer vorausgesetzten Konkretisierungsbefugnisse hinausgeht.

¹⁸⁷ *Jestaedt*, *Maßstäbe*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 142010, § 11 Rn. 36.

¹⁸⁸ Vgl. nur den Überblick bei *von Bogdandy*, *Beobachtungen*, *Der Staat* 40 (2001), S. 3 (19 ff.); sowie *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 2006, Kap. 7 Rn. 20 ff.

rung gegenüber dem Zweck- und Effektivitätsgedanken weitgehend vernachlässigt. So seien etwa durch die vom „*effet utile*“-Gedanken geleitete Rechtsprechung des EuGH ebenso wie durch die unbestimmte Finalität des Europarechts die Grundlagen der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft gefährdet. Entsprechende Überlegungen bleiben meist diffus. Aus dem Spektrum der hier aufscheinenden Themen soll hier nur eines aufgegriffen werden, das eine vergleichsweise präzise, wenn auch womöglich gerade deswegen wenig überzeugende Ausformulierung gefunden hat.

Denn schon seit längerem sind die nicht zu leugnenden Unterschiede der Rechts(-setzungs-)kulturen auf die einfache Formel gebracht worden, das distinkte Merkmal des Unionsrechts sei dessen Finalstruktur.¹⁸⁹ Insbesondere *Rüdiger Breuer* hat in mehreren Interventionen aus der Beobachtung einer stilistischen Differenz das Narrativ eines „fundamentalen Systemunterschiedes“ konstruiert.¹⁹⁰ Ihm zufolge besteht ein grundlegender Konflikt zwischen dem konditionalen deutschen Modell von Gesetzgebung und der final geprägten, von französischen und britischen Vorbildern beeinflussten Unionsrechtsordnung.¹⁹¹ Nach Breuer ist das deutsche Verwaltungsrecht durch (i) einen hohen Verrechtlichungsgrad, (ii) eine weitgehende „Entpolitisierung“ der öffentlichen Verwaltung, (iii) eine auf Art. 19 Abs. 4 GG zurückzuführende starke Justizförmigkeit und eine strikte Limitierung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse und (iv) eine an der Idee des subjektiven Rechts strukturierte Staat-Bürger-Beziehung gekennzeichnet.¹⁹² All dies drücke sich eben

¹⁸⁹ *Schmidt-Aßmann*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924 (931): „Das zentrale Charakteristikum des Gemeinschaftsverwaltungsrechts [...], in dem es sich entscheidend von den mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechten abhebt, [ist] seine Finalstruktur.“; zu finalen Momenten im europäischen Verwaltungsrecht auch schon *Rengeling*, Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 53 (1994), S. 202 (222 ff.).

¹⁹⁰ *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (571); erstmals in diese Richtung: *ders.*, Entwicklungen des europäischen Umweltrechts, 1993, S. 55; ausführlich dann für das Umweltrecht *ders.*, Instrumente, NVwZ 1997, S. 833 (837 ff.); in *ders.*, Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 36 (2003), S. 271 ff., wird das Vordringen des auf dem französischen und britischen Vorbild beruhenden finalen europäischen Regelungsmodells mit einem Bedeutungsverlust der deutschen *Verwaltungswissenschaft* assoziiert; zur Kritik konkreter europäischer Normen aus dem Energiewirtschaftsrecht wird der Gegensatz dann in Stellung gebracht in *ders.*, Umsetzung, NVwZ 2004, S. 520 (523 ff.); analog für das Wasserrecht: *ders.*, Wasserrahmenrichtlinie, ZfW 2005, S. 1 ff.; nochmals dann in: *ders.*, Gesetzgebung, in: Depenheuer/Heintzen et al. (Hrsg.), FS Isensee, 2007, S. 345 (357 ff.). Vgl. auch *Faßbender*, EG-Wasserrahmenrichtlinie, NVwZ 2001, S. 241 (245 f.); *ders.*, Europäisches Umweltplanungsrecht, NVwZ 2005, S. 1122 (1132 f.); *Hansmann*, Harmonisierung, NVwZ 2006, S. 51 ff.; *Fonk*, Konditionale Rechtsetzung, DVBl. 2010, S. 626 (633).

¹⁹¹ Zu *Breuers* Thesen auch *Pfefferl*, Dichotomie, 2014, S. 75 ff.

¹⁹² *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (525 f., 527 ff.). Auch in den weiteren soeben (§ 7 Fn. 190) zitierten Schriften finden sich diese Gedanken ohne größere

in der konditionalen Normsetzungstechnik aus. Dagegen übernehme das europäische Recht mit seiner finalen Normstruktur die auch für das französische und britische Verwaltungsrecht charakteristischen Entscheidungen (i) für weite administrative Entscheidungsspielräume und (ii) für eine Politisierung der Verwaltung – so wie die entsprechenden europarechtlichen Normen selbst Ausdruck (iii) dilatorischer Formelkompromisse und eines „politischen Aktivismus“ seien und doch gleichzeitig (iv) unzureichend auf Details eingingen.¹⁹³ Breuers Ausführungen sind durch Erfahrungen mit der Rechtsentwicklung im europäischen Umweltrecht geprägt, beziehen sich also vor allem auf das dort primär angewandte Instrument der Richtlinie.

Breuers Beschreibungen der nationalen Rechtsetzungskulturen können noch als Idealtypen durchgehen¹⁹⁴, seine Beschreibung des Unionsrechts ist jedoch verzerrend.¹⁹⁵ Zwar weist die europäische Rechtsetzung selbstverständlich Besonderheiten auf, die Gegenstand berechtigter Nachfragen sind. Gerade die Handlungsform der Richtlinie hat immer wieder Kritik auf sich gezogen.¹⁹⁶ Als Rahmenregelung hat die Richtlinie den Spagat zwischen Effektivität, Bestimmtheit und kompetenzieller Zurückhaltung zu wahren – und dies unter den Bedingungen des ohnehin schon übermäßig komplexen europäischen Rechtssetzungsprozesses.¹⁹⁷ Dies kann scheitern. Dementsprechend wird vielfach auf die fehlende interne Konsistenz des Unionsrechts, die mangelnde Bewältigung von Konflikten im Rechtsetzungsverfahren und, je

Modifikationen, teilweise sogar wortgleich. Auf vollständige Nachweise wird insoweit verzichtet.

¹⁹³ *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (572 f.); *ders.*, Umsetzung, NVwZ 2004, S. 520 (526, 528).

¹⁹⁴ So fügt sich aber beispielsweise das auch nach Breuer final programmierte (deutsche) Planungsrecht nicht in seine Dichotomie ein, vgl. *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (526 f.).

¹⁹⁵ Kritisch zu Breuers Kategorisierungen auch *Kloepfer*, Europäische Herausforderung, NVwZ 2002, S. 645 (652). Entgegen *Breuer* betonen etwa die zunehmende Konvergenz des deutschen und französischen Verwaltungsrechts *Schmidt-Aßmann/Dagron*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht, ZaöRV 67 (2007), S. 395 (434 f.).

¹⁹⁶ Ausführlich und mit einer diskursgeschichtlichen Einordnung der Kritik *Bast*, Handlungsformen, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, ²2009, S. 489 (501 ff.); *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, ⁴2011, Art. 288 AEUV Rn. 84 m. w. N.

¹⁹⁷ Zur Spannung zwischen der Schonung der nationalstaatlichen Kompetenzen und der Notwendigkeit, Detailregelungen zu treffen, die, geduldet durch den EuGH, teilweise stark zugunsten der Regelung von Details aufgelöst wird, vgl. nur *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand: 2014, Art. 288 AEUV Rn. 113, 132; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, ⁴2011, Art. 288 AEUV Rn. 23, 25 f.

nach Sachmaterie, die Überregulierung oder aber Unterbestimmtheit der supranationalen Vorgaben hingewiesen.¹⁹⁸

Breuers Ansatz reiht sich hier nahtlos ein. Sofern er diese ganz unterschiedlichen Gesichtspunkte jedoch mit dem Begriff des ‚finalen‘ Charakters des Unionsrechts belegt, fehlt es an jedem Beleg eines tatsächlichen normtheoretischen Systemunterschieds. ‚Final‘ wird hier vollends zur Formel für unliebsames oder handwerklich unzulängliches Recht. Zwar mag der Finalitätsbegriff im vorliegenden Kontext naheliegen, da nach Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EGV) Richtlinien nur „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sind, den Nationalstaaten dagegen „die Wahl der Form und der Mittel“ überlassen bleibt. Doch ist seit langem anerkannt, dass diese Formulierung zumindest „missverständlich“ ist; denn auch die Richtlinie kann sich nie auf die Vorgabe von Zielen beschränken, sondern definiert (konditional) Bedingungen, die die Mitgliedstaaten in ihrem Rechtssystem herstellen oder beibehalten müssen, um ihren Umsetzungspflichten zu genügen.¹⁹⁹ Im Übrigen beruht Breuers Verständnis von ‚final‘ allein auf einer assoziativen Aufladung des Begriffs im europäischen Kontext durch europarechtliche Konzepte wie den „*effet utile*“.

Ferner unterliegt Breuer demselben Missverständnis, das die Diskussion um final und konditional programmierte Normen gekennzeichnet hat, wenn er Wertungsentscheidungen, etwa für eine starke Verwaltungsgerichtsbarkeit oder umgekehrt für administrative Entscheidungsspielräume, mit einer bestimmten (finalen oder konditionalen) Normstruktur korreliert. Entsprechende unionsrechtliche Tendenzen, die unter Umständen zu Revisionen grundlegender Kategorien der deutschen Dogmatik nötigen, können selbstverständlich mit guten Gründen kritisiert werden²⁰⁰. Nur ist Breuers Versuch einer normstrukturellen Kritik nicht haltbar. Sie lenkt vielmehr von den eigentlichen Problemen ab.

Breuers Kritik des ‚finalen‘ Unionsrecht irritiert vor allem auch deswegen, weil weitgehend unklar bleibt, worauf sie eigentlich zielt.²⁰¹ Sie lässt sich

¹⁹⁸ Vgl. etwa jüngst sehr anschaulich anhand der Verhandlungen um die Vereinheitlichung des EU-Kapitalmarktrechts: *Parmentier*, Verhandlung, BKR 2013, S. 133 ff. (insbes. 141).

¹⁹⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand: 2014, Art. 288 AEUV Rn. 112 m. w. N.

²⁰⁰ Zur europarechtlichen Dimension der Kritik an der Dichotomie von Beurteilungsspielraum und Ermessen vgl. etwa *Ludwigs*, Regulierungsermessen, JZ 2009, S. 290 ff.; *Kersten*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93). Ausführlich etwa gegen die damit einhergehende Tendenz zur Ausdehnung administrativer Entscheidungsfreiräume *Gärditz*, „Regulierungsermessen“, NVwZ 2009, S. 1005 ff.

²⁰¹ Dass der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit hat, die europarechtlichen Vorgaben in konditionale Normen umzusetzen, sieht Breuer selbst, ohne dies jedoch bei seiner Beschreibung der Gefahr eines Systembruchs und des Niedergangs der deutschen Rechtskul-

nicht wie bei Forsthoff oder in der Diskussion um final programmierte Normen im Planungsrecht auf ein bestimmtes inhaltliches Problem zurückführen, das auf eine normtheoretische Ebene verlagert wird. Vielmehr drückt sich darin allein die pauschale Ablehnung der Überformung eines gewachsenen nationalen Rechtssystems durch eine supranationale Ordnung aus, die dann als ‚final‘ apostrophiert wird. Dass Breuer hierzu gerade auf das Finalitätskonzept zurückgreift, scheint fast beliebig. Allenfalls kann in Analogie zu den zuvor betrachteten Diskursen vermutet werden, dass der Zweckbegriff hier dazu dient, auf neue Akteure aufmerksam zu machen, die das eingespielte Gewaltengefüge verändern, nämlich Kommission und Rat. Dabei wird der Zweckbegriff in ganz klassischer Manier benutzt, um die Handlungen dieser neuen Akteure in den Bereich des Außerrechtlichen, des Politischen, zu verweisen.²⁰²

IV. Fazit: Die Verwendung des Zweckbegriffs als Chiffre für Gestaltungsspielräume im Recht

Was bleibt damit von den hier untersuchten Unterscheidungen? Oder allgemeiner gefragt: Was leistet der Zweckbegriff zur Beschreibung, Klassifikation und normativen Rekonstruktion von Rechtssätzen? Die hier betrachteten Gegenüberstellungen haben sich aus theoretischer und dogmatischer Sicht ausnahmslos als instabil und wenig aussagekräftig erwiesen. Die Normstrukturen sind zu variabel, die juristischen Formulierungskünste sind zu ausgeprägt, um mit der unscharfen Kategorie der ‚Zweckorientierung‘ die Gesichtspunkte zu erfassen, die aus rechtlicher Sicht als wesentlich gelten müssen, also insbesondere die Bestimmtheit von Normen oder das durch die Norm indizierte Vorliegen (administrativer) Entscheidungsspielräume. Ein dogmatischer Wert der untersuchten Abgrenzungen ist nicht zu erkennen.

Charakteristisch ist nur, dass Abgrenzungen zwischen Normtypen, die auf den Zweckbegriff Bezug nehmen, damit implizit Vorstellungen über die Abgrenzung der Gewalten transportieren. So steht das Finalprogramm für die

tur zu berücksichtigen (*Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (568 ff.)). Und dass der europäische Gesetzgeber überhaupt tätig wird – laut Breuer: Aktionismus – und infolge dessen die Mitgliedstaaten „für ihre Rechtsetzung und ihr Verwaltungshandeln gegenüber den Gemeinschaftsorganen rechenschaftspflichtig“ werden (*ders.*, Umsetzung, NVwZ 2004, S. 520 (526)), kann entgegen Breuer nicht wirklich erstaunen, sondern ist gerade Kern einer von den Nationalstaaten mit entsprechenden Kompetenzen versehenen Rechtsgemeinschaft. Die von ihm vorgeschlagenen Abhilfemechanismen sind zudem unklar. So steht sein Vorschlag, die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben primär durch „Exekutivrecht“ statt durch formelle Gesetze zu regeln (*ders.*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (567 f.)), in merkwürdigem Kontrast zu seiner Betonung der Bedeutung des formellen Gesetzes für den Rechtsstaat.

²⁰² Vgl. in diese Richtung insbesondere *Breuer*, Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523 (573).

Anerkennung besonderer administrativer Entscheidungsspielräume und das zweckorientierte Maßnahmegesetz für eine Beschränkung der parlamentarischen Gestaltungshoheit. Der Zweckbegriff kommt in diesen Konstellationen wohl deswegen ins Spiel, weil das Verhältnis der Gewalten nicht nur normativ als Kompetenzfrage gefasst, sondern konzeptionell als Austarieren von „Willenssphären“ verstanden wird. Dahinter steht keine ausgearbeitete Theorie. Das wird problematisch, wo aufgrund der Mehrdimensionalität oder Bedeutungsunschärfe des Zweckbegriffs hinter den Unterscheidungen die eigentlichen Fragen nicht mehr als solche erkannt werden, wenn also über theoretische und normlogische Erwägungen zum Zweckbegriff Fragen der Kompetenzverteilung im Verfassungsstaat und damit der Gewaltenteilung aus dem Blick geraten.

C. Die Unterscheidung von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit

Wie verhält sich all das zur eingeübten Unterscheidung von Recht- und Zweckmäßigkeit, die das Recht durchzieht, die vor allem aber auch im Verwaltungsrecht gesetzlich festgeschrieben ist? Intuitiv sind Zweckmäßigkeitsfragen eben solche, die sich stellen, wo das Recht keine Vorgaben mehr macht. So ist die Bescheidung des Begehrens Dritter, die Bundesrepublik möge an die Vereinigten Staaten von Amerika ein Gesuch auf Auslieferung amerikanischer CIA-Agenten richten, in weitem Umfang nicht rechtlich determiniert, sondern – zumindest nach Ansicht des VG Köln – Sache „außenpolitische[r] Handlungsfreiheit und politische[r] Zweckmäßigkeitserwägungen“²⁰³. In ähnlicher Weise ist die Frage, ob ein Prüfer der zweiten juristischen Staatsprüfung in der Korrektur einer Prüfungsarbeit davon ausgehen darf, die Frage der Fristwahrung sei in der Lösung vor dem Problem der Wirksamkeit der Zustellung zu erörtern, eben eine „Zweckmäßigkeitsüberlegung“²⁰⁴. Doch ist es offensichtlich tautologisch, wenn ‚zweckmäßig‘ auf diese Weise allein als ‚nicht rechtmäßig‘ oder ‚nicht justiziabel‘ verstanden wird. Die Probleme einer angemessenen Definition der beiden Begriffe beruhen bei genauerer Betrachtung jedoch nicht allein auf unzureichenden Bemühungen, sondern darauf, dass der Begriff zweckmäßig gar keinen echten Gegensatz zu rechtmäßig bilden kann (I.). Die Unterscheidung ist daher erneut nur vor dem oben bereits untersuchten historischen Hintergrund²⁰⁵ und als

²⁰³ VG Köln, Urteil vom 7. 12. 2010 – NWVBl 2011, 114 ff., juris Rn. 53.

²⁰⁴ VG Frankfurt, Urteil vom 6. 10. 2010 – 12 K 4225/09.F, juris Rn. 14.

²⁰⁵ Zur Geschichte der Abgrenzung vgl. oben § 2 A. III. Zur Beibehaltung der Unterscheidung von Recht- und Zweckmäßigkeit in der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel nach dem Zweiten Weltkrieg trotz der schon damals verbreiteten Kritik (vgl. nur etwa

Chiffre für etablierte institutionelle Praktiken verständlich (II.). Da sich hier die in den vorigen zwei Abschnitten ausführlich dargestellten Mechanismen wiederholen, kann sich die Darstellung kurz fassen. Besondere Aufmerksamkeit gilt dann noch einer Figur, die immer wieder in diesem Kontext erscheint: dem Verbot des Schlusses vom Zweck auf die Mittel (III.).

I. Begriffsbestimmung: Zweckmäßigkeitsbegriffe

Gerade dort, wo noch ein kategorialer Unterschied von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit behauptet wird, fehlt es regelmäßig an Bemühungen zu definieren, was letztere bedeutet.²⁰⁶ Dabei ist dies alles andere als eindeutig. Denn Zweckmäßigkeit kann vor dem Hintergrund der verschiedenen Möglichkeiten, im Recht von Zwecken zu sprechen, ganz verschiedene Bedeutungen haben. *Erstens* lassen sich bestimmte kausale Zusammenhänge, das Funktionieren eines Gegenstandes oder Organismus heuristisch als ‚zweckmäßig‘ beschreiben, ohne dass damit ein normativer Anspruch verbunden ist.²⁰⁷ *Zweitens* kann Zweckmäßigkeit für das oben beschriebene allgemeine Prinzip des praktischen Schlusses stehen und verweist damit auf die motivierende Kraft, die für den Handelnden von einer selbstgesetzten Zielsetzung ausgeht.²⁰⁸ Auch in diesem Fall ergibt sich jedoch, wie gezeigt, die normative Relevanz des Zwecks nicht allein aus der Zwecksetzung, sondern daraus, dass der jeweils gesetzte Zweck im dafür maßgeblichen Bezugssystem als ein ‚guter Grund‘ gilt. *Drittens* kann im Hinblick auf ganz bestimmte sachliche Bezugssysteme von Zweckmäßigkeit die Rede sein. Dies bedeutet dann vor allem: den Regeln und Prioritäten der Ökonomie, der Politik etc. entsprechend (im Folgenden: ‚Sachgesetzlichkeit‘).²⁰⁹ Zweckmäßigkeit kann jedoch *viertens* auch in genuin normativen Ordnungen, also insbesondere Recht und Moral, Anwendung finden. Zweckmäßig heißt dann: den Regeln und Prinzipien dieser Ordnungen entsprechend. Weitere Bedeutungen sind denkbar.²¹⁰

Scholz, Polizeirechtliche Gefahr, VerwArch 27 (1919), S. 1 (70 f. m. w. N.) ausführlich Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz, 1999, S. 350 ff.

²⁰⁶ So etwa bei Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: GVwR III, 2013, § 50 Rn. 253. S. dazu den Überblick bei Klüsener, Zweckmäßigkeit, NVwZ 2002, S. 816 ff.; Neupert, Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit, 2011, S. 14 ff.

²⁰⁷ Dazu oben unter § 2 B. II. 1.

²⁰⁸ Dazu oben unter § 6 A. III. 3. b.

²⁰⁹ So etwa bei Wahl, Kosten, Die Verwaltung 13 (1980), S. 273 (283), der das Verwaltungshandeln im „magischen Viereck“ von Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Bürgernähe verortet.

²¹⁰ Etwa, wenn der Grundsatz der Zweckmäßigkeit in Anlehnung an Radbruch (Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 70 ff.; vgl. dazu § 5 Fn. 3) neben Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als eines der drei Strukturprinzipien des Rechts eingeführt wird (etwa bei Brugger, Konkretisierung, AöR 119 (1994), S. 1 (6 ff.)). Gerade bei Brugger wird Zweckmäßigkeit in einem eminent normativen Sinne gebraucht, nämlich im Sinne eines

Hinzu kommt, dass Verschränkungen der Bezugssysteme möglich sind: So kann es eben auch eine Frage der Rechtmäßigkeit sein, dass der Rechtsanwender Analysen von aktuellen oder potentiellen Realfolgen oder Bewertungen auf der Grundlage nicht-rechtlicher Regeln vornehmen muss.²¹¹

Zweckmäßigkeit steht also schlicht allgemein für die Beurteilung von Handlungen anhand von bestimmten, als Zwecke dieser Handlung definierten Kriterien, ohne von sich aus ein Bezugssystem vorzugeben. Zweckmäßigkeit bildet daher eine abstraktere Kategorie als Rechtmäßigkeit. Eine sinnvolle Diskussion über das Verhältnis von Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit ist nur möglich, wenn das jeweilige Bezugssystem mit angegeben wird. Aus diesen Gründen müssen alle normtheoretischen oder kategorialen Gegenüberstellungen von Recht- und Zweckmäßigkeit scheitern.²¹² Nur am Rande sei erwähnt, dass das gerade Gesagte analog für die Gegenüberstellung von *principle* und *policy* gilt, die durch *Ronald Dworkin* zeitweise popularisiert wurde.²¹³ Danach dürften Rechtsanwender Zweckmäßigkeits- oder Folgenerwägungen (*policy*) bei ihren Entscheidungen nicht berücksichtigen – soweit nicht teleologische Erwägungen zur Klärung des Prinzipieninhalts gehören.²¹⁴ Damit besagt die Unterscheidung ebenfalls nicht mehr, als dass nicht alle Zweckmäßigkeits- oder Folgenerwägungen im Recht berücksichtigungsfähig sind, gibt aber keine Kriterien dafür, welche dies sind.²¹⁵

II. Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit als Chiffren

Die Unterscheidung von Recht- und Zweckmäßigkeit sagt also nicht mehr, als dass nicht-rechtliche und rechtliche Kommunikationen im rechtlichen Diskurs unterschiedlich behandelt werden müssen.²¹⁶ Wann und unter wel-

allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ein derart normativ aufgeladenes Prinzip der Zweckmäßigkeit hat mit einem allgemeinen Effizienzprinzip oder einer empirischen Folgenanalyse allenfalls begriffliche Gemeinsamkeiten. Überlegungen zur Reichweite eines derartigen Zweckmäßigkeitsprinzips führen daher zu nichts, sofern sie diese Unterschiede nicht erkennen.

²¹¹ Dazu oben unter § 6 B. II. 2. b.

²¹² Hierzu sehr klar *Jestaedt*, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 14/2010, § 11, Rn. 2.

²¹³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 82 ff.; *ders.*, *Law's Empire*, 1986, S. 160 f.

²¹⁴ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 185 ff., 190 Fn. 24.

²¹⁵ Dazu ausführlich und zu Recht kritisch *Hiebaum*, *Zielsetzungen*, ARSP 88 (2002), S. 86 ff.; *ders.*, *Rechte und Ziele*, in: *ders./Koller* (Hrsg.), *Ziele*, 2003, S. 27 ff.

²¹⁶ Vgl. auch die (notwendig tautologische) Definition bei *Elsner*, *Ermessen*, 2011, S. 194: „Rechtswidrig kann aber nur sein, was am Kontrollmaßstab Recht messbar ist und was die Rechtsordnung als rechtswidrig deutet.“ *Elsner* rekonstruiert die Struktur zwar zutreffend, hebt aber nicht deutlich genug hervor, dass der Gegensatz von Recht- und Zweckmäßigkeit keinen Erklärungswert hat.

chen Umständen soziale Folgeanalysen oder Bewertungsmethoden nicht-rechtlicher Herkunft als Rechtsfragen erörtert werden können, lässt sich nicht aus ihrer Natur als Rechtmäßigkeits- oder Zweckmäßigkeitsfragen ableiten, sondern hängt je vom normativen Kontext ab: Eine empirische Analyse, eine Wirtschaftlichkeitsanalyse oder auch Regeln der ‚Sachgesetzlichkeit‘ können für den Rechtsanwender beachtlich (dann: ‚Rechtmäßigkeitsfrage‘) oder unbeachtlich (dann: ‚Zweckmäßigkeitsfrage‘) sein, je nachdem, was das Recht anordnet. Wenn die rechtliche Relevanz eines Arguments mit der These bestritten wird, dies sei ein ‚Schluss von Zweck auf Mittel‘ – dazu sogleich näher – oder eine ‚reine‘ Zweckmäßigkeitsfrage, ist dies zunächst nur eine *petitio principii*, die den anderen darauf verweist, den Zusammenhang des Arguments mit Rechtsnormen, etwa im Wege der anerkannten Methodenregeln, darzulegen.²¹⁷ Dies ist gewissermaßen die Umkehr der sogenannten ‚finalen Subsumtion‘, die im Kontext der Auslegungslehre näher zu würdigen sein wird. Hintergrund beider Phänomene ist die Tatsache, dass es offensichtlich schwierig ist, im Umgang mit dem Zweckbegriff den Unterschied von Wertbehauptung und Wertbegründung zu stabilisieren.²¹⁸

Aus dogmatischer Sicht ist all dies nicht unbedingt neu. Die mangelnde Trennschärfe der Begriffe Zweck- und Rechtmäßigkeit ist vielfach akzeptiert.²¹⁹ Doch weshalb hält sich die Unterscheidung so hartnäckig? Dies lässt sich ganz analog zur Unterscheidung von final und konditional programmierten Normen erklären. Auch hier wird der Zweckbegriff verwendet, um die Abgrenzung von ‚Willenssphären‘ zu markieren. Mit der Auszeichnung einer Angelegenheit als Sache der Zweckmäßigkeit geht eben regelmäßig die Behauptung einer besonderen administrativen (Letzt-)Entscheidungskompetenz einher. So ist die Trennung von Recht- und Zweckmäßigkeit, wie sie etwa in § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO ausdrücklich normiert ist und von §§ 72, 73 und 114 VwGO unterstellt wird, ebenfalls nur ein Sprachspiel für die Gestaltung des Verhältnisses innerhalb der Verwaltung und von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Recht- und Zweckmäßigkeit stehen so als Pole für Abgrenzungsfragen, die sich vereinfacht als Fragen der Kontrolldichte begreifen lassen und die sich in jeder Konstellation stellen, in der eine einmal getroffene Entscheidung durch ein zweites Organ überprüft wird.²²⁰ Dementspre-

²¹⁷ Vgl. *Neupert*, *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, 2011, S. 18, 20 ff., 24 („Tautologie“).

²¹⁸ Hierzu schon oben unter § 6 B. II. 1. und dann unter § 8 C. I.

²¹⁹ Aus jüngerer Zeit umfassend dazu *Klüsener*, *Zweckmäßigkeit*, NVwZ 2002, S. 816 ff.; *Neupert*, *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, 2011.

²²⁰ *Elsner*, *Ermessen*, 2011, S. 194 mit Fn. 90, weist darauf hin, dass Zweckmäßigkeit als theoretische Kategorie im Verhältnis zur Rechtmäßigkeit „keine Reduzierung der Kontrolldichte, sondern die Anlegung eines anderen Kontrollmaßstabs“ meint; wie gerade gezeigt stellt sich die Situation jedoch dort anders da, wo Zweckmäßigkeit als „Rechtsbegriff“ gebraucht wird (vgl. auch ebd., S. 196 f.).

chend markiert ‚Zweckmäßigkeit‘ das Problem der jeweiligen Prüfungsintensität, insbesondere im Rahmen der Abgrenzung von Fach- und Rechtsaufsicht²²¹ sowie im Hinblick auf behördliche Entscheidungsspielräume gegenüber der verwaltungsgerichtlichen Prüfung.²²² Die Frage, ob eine Angelegenheit als Sache der ‚Zweckmäßigkeit‘ gilt, erfordert daher Erwägungen zur Ausgestaltung des institutionellen Zusammenspiels der beteiligten Organe, der Bedeutung von Verfahren, zur Zuweisung spezifischer Problemanalysen an bestimmte ‚sachnahe‘ Organe, zu Prognosekapazitäten, möglichen Sanktionsformen etc., kurzgesagt zu „gewaltenteilend-funktionale[n] Gesichtspunkte[n]“²²³. Ob die Erwähnung des Begriffs ‚Zweckmäßigkeit‘ in einer Norm Indiz für eine Freistellung von rechtlichen Bindungen und/oder eine Zurücknahme richterlicher Kontrolldichte ist, oder ob damit die in Bezug genommenen Gesichtspunkte gerade umfassend verrechtlicht werden sollen, ist nur im Einzelfall zu entscheiden.²²⁴

Schon diese Andeutungen zeigen, dass die Rechtsbegriffe von Recht- und Zweckmäßigkeit keine spezifischen Urteilsformen bezeichnen und keine unterschiedlichen Methoden oder Rationalitäten ansprechen. Vielmehr setzt die Ausfüllung dieser Kategorien Entscheidungen voraus, die nicht auf begrifflicher, kategorialer Ebene zu erledigen, sondern nur mittels (rechtlicher) Argumentation zu bewältigen sind. Entsprechende Klassifikationen erfordern immer eine Zuschreibung, die im rechtlichen Diskurs unter Hinweis auf die genannten Sachgesichtspunkte, mögliche institutionelle Konsequenzen und rechtspolitische Dynamiken verhandelt wird.²²⁵

²²¹ Gesichtspunkte, die bei der Unterscheidung von Rechts- und Fachaufsicht eine Rolle spielen, sind aufbereitet bei *Kahl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 401; *Pache*, Abwägung, 2001, S. 73 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, ²2006, Kap. 6, Rn. 60, 62; *Neupert*, Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit, 2011, S. 124 ff.; *Groß*, Verwaltungsorganisation, in: GVwR I, ²2012, § 13 Rn. 98 ff.; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: GVwR III, ²2013, § 50 Rn. 268.

²²² Für weitere Gesichtspunkte (etwa zur Kostenerstattungspflicht bei ‚nur‘ unzumutbarem Verwaltungsakt und zum Fehlerfolgenregime) vgl. *Klüsener*, Zweckmäßigkeit, NVwZ 2002, S. 816 ff.

²²³ BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. 12. 2009 (*Rechtsschutz bei behördlicher Letztentscheidungsbefugnis*) – NVwZ 2010, 435 (438). Gerade im Hinblick auf ‚funktionale‘ Argumente zu Fragen der Gewaltenteilung ist allerdings Vorsicht geboten, dazu ausführlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 173 ff.; *Pache*, Abwägung, 2001, S. 76 ff.

²²⁴ Hierzu – entgegen BVerwG, Urteil des 7. Senats vom 4. 8. 1983 – E 67, 321 (332) – für Verrechtlichung *Neupert*, Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit, 2011, S. 10.

²²⁵ Umgekehrt folgt aus der bloßen Dekonstruktion der Unterscheidung allerdings keineswegs, dass das Projekt abgestufter Kontrolldichten nicht gerechtfertigt werden können. Die Darstellung von *Neupert*, Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit, 2011, insinuiert das zwar, versucht aber zusätzlich noch eine verfassungsrechtliche Begründung zu geben,

III. Exkurs: Der Schluss vom Zweck auf die Mittel

Wie ordnet sich die oft im Recht verwendete Formel, im Verfassungsstaat sei nicht vom Zweck auf die Mittel zu schließen²²⁶, in die aufgezeigten Zusammenhänge ein? Nach dem bisher Gesagten ist offensichtlich, dass ‚Zweck‘ hier erneut als Chiffre für das Nicht-Rechtliche steht, mit der Formel also nicht etwa die Unbeachtlichkeit normierter oder methodisch rekonstruierter Gesetzeszwecke für das Recht behaupten werden soll. Mit dieser Unschärfe spielt etwa die provokante Formulierung Luhmanns: „Der Zweck soll die Mittel heiligen, das heißt zur Inkaufnahme der ‚Kosten‘ des Handelns legitimieren. Das ist seine Funktion.“²²⁷ Gleichzeitig ist dann aber auch klar, dass die Formel analog der Gegenüberstellung von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nur Chiffrencharakter hat. Die Gesichtspunkte, für die der Zweck hier als Chiffre steht, fügen sich allerdings nicht in das bislang beobachtete Muster, wonach mittels des Zweckbegriffs vor allem Gestaltungsspielräume im Recht markiert werden. Das zeigt nochmals die große Variationsbreite der Verwendungen, die nicht in eine einheitliche Theorie des ‚Zwecks im Recht‘ aufzulösen sind.

weshalb das Grundgesetz stets eine umfassende richterliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen gebietet.

²²⁶ Zum Schluss vom Zweck auf die Mittel als „Folgerungsweise des Polizeistaates“ oben § 2 A. III. und § 4 A. III., sowie maßgeblich *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 284 Fn. 20. Diese Deutung wird etwa aufgenommen von *Badura*, Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 15 f.; *Haverkate*, Leistungsstaat, 1983, S. 20: „Typisch für den absolutistischen Polizeistaat (als Gegensatz zum Rechtsstaat) war allein die Folgerung aus vagen, nicht konkretisierten Zwecken, eine allgemeine Rechtfertigung ‚des Staates‘ aus unbenannten Wohlfahrtsgesichtspunkten.“ Ebenso: *Enders*, Privatisierung des Öffentlichen, *Der Staat* 35 (1996), S. 351 (371 ff.); *ders.*, Sozialstaatlichkeit, in: *VVDStRL* 64 (2005), Bd. 64, S. 7 (17 f.). Aus der Rechtsprechung vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 10. 3. 1981 (*Gondelbahn*) – E 56, 249 (278) – Sondervotum; Beschluss des Zweiten Senats vom 5. 2. 1981 (*Briefkontrolle*) – E 57, 170 (189 f.) – Sondervotum. Zum dahinter stehenden Narrativ in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre vgl. oben § 7 Fn. 122. Zur historischen Anfechtbarkeit derartiger Deutungen vgl. die Hinweise ebd. sowie bei *Pauly*, Methodenwandel, 1993, S. 63 ff.

²²⁷ *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 46 f. Dort heißt es dann weiter: „Das Zweckprinzip geht [...] von der konkreten oder doch typischen Konstellation kausaler Beziehungen aus und postuliert die Verbindlichkeit eines Ausschnittes der betroffenen Werte und die Unbeachtlichkeit aller übrigen, soweit es um die Bewirkung einer bestimmten Wirkung geht. [...] Die Zwecksetzung ist eine Vergewaltigung von Werten, ein Scheuklappenprinzip.“ (Hervorhebung im Original). Nach Luhmann zielen Zweck-Mittel-Relationen also aus funktionaler Sicht gerade darauf, dem Zweck wenigstens implizit ein das Mittel rechtfertigendes Moment zuzuschreiben. Nur dadurch unterscheiden sich Zweck-Mittel-Analysen von Kausalanalysen. Umgekehrt etwa *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 10: „Auch wenn der Zweck moralisch und rechtlich gut ist, folgt nicht, daß auch das Mittel, daß [sic] diesen Zweck verwirklicht, moralisch oder rechtlich gut ist“.

Unter den Konstellationen, in denen im Recht vom Schluss vom Zweck auf die Mittel die Rede ist, sind drei besonders relevant. Erstens steht Schluss vom Zweck auf die Mittel für den Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis oder Kompetenz.²²⁸ Die Trennung von Aufgabe und Befugnis ist einer verbreiteten Erzählung nach Charakteristikum des modernen rechtsstaatlichen Polizeirechts.²²⁹ Rechtsdogmatisch ist sie heute grundsätzlich im Gesetzesvorbehalt zu verorten: Eingriffe in Grundrechte durch die Verwaltung sind allein auf der Grundlage einer gesonderten, hinreichend bestimmten Befugnisnorm von Gesetzesrang zulässig, lassen sich also nicht allein auf Normen stützen, die allgemein die sachliche Zuständigkeit einer Behörde begründen.²³⁰ Das Verbot des Schlusses von der Aufgabe auf die Befugnis greift daher, wo die Verwaltung grundrechtsrelevant handelt.²³¹ Hierbei stellen sich selbstverständlich schwierige Abgrenzungsfragen.²³² Besonderheiten bestehen in föderalen Kontexten, jüngst etwa im Verhältnis von nationalem Recht

²²⁸ So wird etwa im Sondervotum von BvR *Böhmer* die „polizeistaatliche Schlussfolgerung“ mit der Unzulässigkeit des Schlusses von der „Aufgabe“ auf die „Befugnis“ gleichgesetzt, vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 10. 3. 1981 (*Gondelbahn*) – E 56, 249 (278). S. ferner nur aus der Literatur *Leisner*, Effizienz, 1971, S. 13 f., 46 f.; *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, S. 200; *Schlink/Pieroth/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, ⁷2012 § 1 Rn. 12, § 2 Rn. 2; *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, ¹³2005, S. 121 Rn. 33 m. w. N.; *Pielow*, Grundstrukturen, 2001, S. 299.

²²⁹ Dazu maßgeblich *Knemeyer*, Aufgabenzuweisungsnormen, DÖV 1978, S. 11 ff., insbes. zur spezifischen Funktion „bloßer“ Aufgabennormen. Umfassend auch *Stumpf*, Aufgabe und Befugnis, 1999, S. 205, 210.

²³⁰ *Ehlers*, Staatliche Verwaltung, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 1 Rn. 40. Vgl. etwa auch *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982, S. 105; *Stumpf*, Aufgabe und Befugnis, 1999, S. 211 ff.

²³¹ Für den dementsprechend für zulässig erachteten Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis im Aktienrecht: *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 187 m. w. N. zum aktienrechtlichen Schrifttum.

²³² Hierzu gehören etwa die Fragen, (i) wann genau Grundrechtsrelevanz vorliegt (dazu im Hinblick auf die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit informationelles Verwaltungshandeln unter dem Aspekt des Schlusses vom Zweck auf die Mittel: BVerwG, Urteil vom 13. 3. 1991, NJW 1991, 1770 (1771) – *Osho*; das BVerfG stellte dagegen die Diskussion ganz unter den Titel „Gesetzesvorbehalt“: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. 6. 2002 (*Osho*) – E 105, 279; wiederum unter dem Aspekt des Schlusses von der Aufgabe auf die Befugnis etwa *Murswiek*, Mittelbare Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, S. 1 (6 f.)); (ii) wann eine Norm Aufgaben- und wann Befugnisnorm ist (dazu nur differenzierend *Ehlers*, Staatliche Verwaltung, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 1, Rn. 40; *Stumpf*, Aufgabe und Befugnis, 1999, S. 63; *Vogenaier*, Auslegung, 2001, Bd. 1, S. 63–66 (zur restriktiven Auslegung von Aufgabennormen)); (iii) der Übertragbarkeit des Grundsatz auf andere Fallgestaltungen (etwa zur behördlichen Planung *Goerlich*, „Formenmißbrauch“, 1987, S. 30).

und dem Recht der Europäischen Union.²³³ Diese Fragen lassen sich nun allerdings weder positiv noch negativ durch die Formel des Schlusses vom Zweck auf die Mittel erklären.

Vergleichbares gilt zweitens, wo der Schluss vom Zweck auf das Mittel als Paraphrase für einen Verstoß gegen das Übermaßverbot dient. Dazu kann auf folgende Ausführungen von *Stefan Huster* verwiesen werden:

„Problematisch wird dieser Satz [‚Der Zweck heiligt die Mittel‘] nur dann, wenn ‚heiligen‘ in einem stärkeren Sinne verstanden wird, so daß es so aussieht, als ob die Mittel ihre Nachteile durch die Rechtfertigung verlieren würden. Eine solche Auffassung verdrängt die Kosten, die der Einsatz des Mittels mit sich bringt, und verführt zu dem ‚technologischen Fehlschluß‘, der Zweck rechtfertige das Mittel ohne weiteres, d. h. ohne eine Abwägung der Vor- und Nachteile.“²³⁴

Nur die Vorstellung, bestimmte Zwecke müssten ‚um jeden Preis‘ realisiert werden, seien also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entzogen, ist aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch. Aus rechtlicher Sicht richtet sich das Argument des ‚Schlusses‘ daher dagegen, einen bestimmten Grundes normativ ‚zu stark‘ zu gewichten.²³⁵

Vergleichbares gilt drittens auch dort, wo statt vom Zweck von der ‚Funktion‘ auf die Mittel geschlossen wird, etwa wenn in der verfassungsrechtlichen Literatur und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den Schutz der „Funktionsfähigkeit“ staatlicher Institutionen abgestellt wird.²³⁶ Funktionsfähigkeit fungiert hier als Chiffre für eine als verhältnismäßig, insbesondere als erforderlich befundene Freiheitseinschränkung.²³⁷ Gleich-

²³³ Zur Geltung im Bundesstaat: BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 27. 5. 1992 (*Finanzausgleich II*) – E 86, 148 (265); sowie grundlegend *Bullinger*, Ungeschriebene Kompetenzen, AöR 96 (1971), S. 237 (247). Zum – vor allem auch unter dem Begriff des „effet utile“ diskutierten – Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis im Verhältnis von Nationalstaat und supranationaler Ordnung, die durch die unklare Formulierung des EGV verursacht war, vgl. aus der ausufernden Literatur nur *Stumpf*, Aufgabe und Befugnis, 1999, S. 215 ff.; *Reimer*, Ziele und Zuständigkeiten, EuR 2003, S. 992 (1001); sowie klarstellend zur jetzigen Terminologie des EUV *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 42011, Art. 3 EUV Rn. 2.

²³⁴ *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 140 Fn. 331. Vgl. weiter nur *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 44; *Möllers*, Grundgesetz, 2009, S. 47.

²³⁵ Vgl. auch *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 47 f., 177.

²³⁶ Stehender Topos sind etwa die Funktionsfähigkeit des Parlaments und der Regierung (grundlegend zu diesen beiden Figuren schon BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. 4. 1952 (*7,5%-Sperrklausel*) – E 1, 208 (248), seither st. Rspr.) oder der Strafrechtspflege (vgl. etwa BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. 7. 1972 (*Zeugnisverweigerungsrecht*) – E 33, 367 (383)).

²³⁷ Insofern ist *Isensees* Ansatz, „[d]ie Auslegung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Kautelen darf die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen und Verfahren nicht gefährden“ (*Isensee*, Staatlichkeit, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheo-*

ches gilt für die Konzepte des ‚Bestandsschutzes‘ oder der ‚Selbstbehauptung‘ des Staates.²³⁸

In diesen Konstellationen steht der Verweis auf die Unzulässigkeit des Schlusses vom Zweck auf die Mittel also stellvertretend für komplexe normative Argumente – namentlich den Gesetzesvorbehalt, die Wahrung der Kompetenzordnung und die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Zusammenhang dieser Fragestellungen und die Verwendung der Formel vom ‚Schluss vom Zweck auf die Mittel‘ lassen sich dabei allenfalls historisch erklären. Indem die Formel die prinzipielle Eignung von Zwecken, irgendetwas zu legitimieren, unterstellt, operiert sie noch vor dem Hintergrund des ursprünglichen Verständnisses von der Wahrheitsfähigkeit bestimmter Sachzwecke.²³⁹ Gleichzeitig bricht sie dies Verständnis eben ausdrücklich. So markiert die Formel den Übergang zwischen einem an objektiven Zwecken orientierten und einem auf die kontingente Setzung von Zwecken verwiesenen Rechtsverständnis.

D. Finalisierungstendenzen im Recht?

Ein Aspekt der gerade untersuchten Gegenüberstellungen von Recht und Zweck fügt dem Verständnis der Verwendung des Zweckbegriffs als Chiffre noch eine weitere Schattierung hinzu. Danach dient der Zweckbegriff zur Charakterisierung bestimmter Entwicklungsstufen des Rechts: Dies begegnet schon in Max Webers Erzählung von der Ausbildung des modernen Rechts als eines besonders zweckrationalen Rechts²⁴⁰, dann auch in allgemeinerer Form bei Habermas in dessen Theorie der Kolonisierung der Lebenswelten

rie, 2010, S. 199 (210 f.)), letztlich ein kaum spektakuläres Plädoyer für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.

²³⁸ Zum Schutz des „Bestand des Systems“ als „Mittel des Systemzwecks“ auch *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 62. Isensee führt hierzu aus: „Die Selbstbehauptung des Staates ist Verfassungsziel. Damit wird der Staat nicht als Selbstzweck geschützt, sondern als Mittel zu dem Zweck, die Freiheit und die Lebensbedingungen der Bürger zu ermöglichen.“ (*Isensee*, Staat und Verfassung, HStR I, ³2003, § 15 Rn. 196, s. auch ebd., Rn. 197 ff.). Trotz terminologischer Verschleierung kommt hier letztlich doch klar zum Ausdruck, dass Isensee „Existenz und Essenz des Staates“ immer als Rechtsfrage diskutieren will und staatsrechtliche Überlegungen unter dem Primat der grundgesetzlichen Rahmenbedingungen, und sei es Art. 79 Abs. 3 GG, stehen.

²³⁹ Ausdrücklich dazu etwa *Dewey*, Theory of Valuation, Bd. 2 No. 4, 1939, S. 42: „The conception involved in the maxim that ‘the end justifies the means’ is basically the same as that in the notion of ends-in-themselves; indeed, from a historical point of view, it is the fruit of the latter, for only the conception that certain things are ends-in-themselves can warrant the belief that the relation of ends-means is unilateral, proceeding exclusively from end to means.“ Dies übernimmt *Luhmann*, Zweckbegriff, 1973, S. 47.

²⁴⁰ Hierzu oben § 7 Fn. 3.

durch das Vordringen der „Zweckrationalität“²⁴¹ sowie spezieller bei Forst-
hoff in der Diagnose der Degeneration des allgemeinen Gesetzes zur (zweck-
gerichteten) Maßnahme²⁴². Auch die verbreitete und mit ganz unterschiedli-
chen Wertungen verbundene These von einer immer stärkeren *Finalisierung*
des Rechts bedient sich dieser Denkfigur.²⁴³ Wenn allerdings nun das Ver-
hältnis von Recht und Zweck auf keinen binären Nenner, sondern allenfalls in
eine komplexe Relation zu bringen ist – was kann dann mit Finalisierung
gemeint sein?

Der historische Hintergrund dieser Verwendung des Zweckbegriffs wurde
schon beschrieben.²⁴⁴ Die heutigen Diskurse sind jedoch nochmals unüber-
sichtlicher: So wird die Finalisierungsthese häufig mit dem Wandel von
Staatlichkeit verbunden²⁴⁵ und mit den ihrerseits wieder ausdifferenzierten
Diskursen über Verrechtlichung und Steuerung(-skrisen) vermischt²⁴⁶. In
wechselnder Form beschreibt Finalisierung so einen übergreifenden Entwick-
lungstrend oder wird zum Argument in anderen großen Entwicklungsges-
chichten des Rechts.

Soweit der Finalisierungsthese ein eigenständiger Gehalt innewohnt, be-
steht dieser regelmäßig in der Behauptung, dass sich das Recht durch die
zunehmende Orientierung an den Zwecken oder an Zweckmäßigkeitserwä-
gungen für politische Erwägungen öffnen würde.²⁴⁷ In verwaltungsrechtsna-
hen Diskursen wird dies mit dem schon angesprochenen „Funktionswandel
der Gesetzgebung“ und der Diagnose eines Vordringens von „nur an der
langen Leine steuernden Finalprogrammen“ gekoppelt.²⁴⁸ Die schon seit fast
fünfzig Jahren vorgebrachte Diagnose zielt, wie gesehen, zunächst primär
darauf, eine Kompetenzverlagerung von Parlament und Gerichten zur Ver-

²⁴¹ Hierzu oben § 7 A. I.

²⁴² Hierzu oben § 7 B. I.

²⁴³ Vgl. dazu überblicksartig *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 246
m. w. N.

²⁴⁴ Hierzu unter § 5 B.

²⁴⁵ Zur Beziehung von Rechtsstaatslichkeit und konditionalem Recht sowie von Sozial-
staatlichkeit und final programmiertem Recht vgl. oben § 7 B. II. 1. c.; für Europa siehe
§ 7. B. III. Vgl. auch die Hinweise zur Kritik an derart linearen Entwicklungsgeschichten
oben § 7 Fn. 122.

²⁴⁶ S. hierzu nur ganz überblicksartig *Vofßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft,
in: GVwR I, ²2012, § 1 Rn. 10, vorsichtiger *Reimer*, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012,
§ 9 Rn. 84 ff. Instrukтив zu Verrechtlichung als Topos der politischen Rhetorik *Struck*,
Rechtssoziologie, 2011, S. 70 ff.

²⁴⁷ S. dazu nur oben § 7 Fn. 127; sowie zum Ideologieverdacht nur *Luhmann*, Ideologie,
ARSP 53 (1967), S. 531, 559; daran anschließend etwa: *Schober*, Zweck, 2007, 5, 149 f.,
211 ff., 217, 241.

²⁴⁸ *Schuppert*, Verwaltungsorganisation, in: GVwR I, ²2012, § 16 Rn. 51 (unter Hinweis
auf entsprechende Ausführungen von *Grimm*).

waltung zu beschreiben.²⁴⁹ Teilweise wird in diesem Zusammenhang auch das Vordringen von Finalprogrammen als Vormarsch „neoliberaler“ Regelungstechnik beschrieben.²⁵⁰ Darüber hinaus wird Finalisierung jedoch auch als Abbau von Bindungen, als Entrechtlichung verstanden, wohl auch weil häufig – zu Unrecht – Recht und gerichtliche Kontrolle gleichgesetzt werden.

Beide Varianten stellen prinzipiell empirisch überprüfbare Thesen über die Entwicklung des Rechtssystems auf. Grundlage der Theorieentwicklung sind allerdings eher punktuelle Eindrücke und Intuitionen als umfassende historische oder rechtssoziologische Untersuchungen. Die empirische Seite dieser Frage kann hier nur angerissen werden. Doch lässt sich im vorliegenden Kontext wenigstens ein Beispiel dafür anführen, wie anekdotisch die der Finalisierungsthese zugrundeliegenden Befunde sind. So hat *Katharina Schober* in einer ausführlichen Studie nachgewiesen, dass eine häufig für die Finalisierungsthese in Anspruch genommene Größe, nämlich die Zahl der Gesetze, die in Leitvorschriften kodifizierte Zweckbestimmungen enthalten, zwar zugenommen hat. Jedoch erweist sich dieser Trend bei genauerer Betrachtung lediglich als gesetzgeberische Mode, die oberflächlich zu einer „Scheinfinalisierung“ geführt hat, ohne jedoch am Umgang der Rechtspraxis mit den derart ‚finalisierten‘ Gesetzen etwas zu ändern.²⁵¹ Die Zunahme des Verweises auf Zwecke in Rechtstexten sagt daher noch nichts darüber aus, wie sich die Rechtsordnung verändert.²⁵² Um empirisch belastbar zu sein, bedürfte die Finalisierungsthese also einer deutlich robusteren rechtssoziologischen Untermauerung bzw. einer besseren Anbindung an die existierende rechtssoziologische Forschung. Solange diese nicht geleistet ist, scheint es wenig ertragreich, entsprechende entwicklungsgeschichtliche Deutungen über eine mögliche Finalisierung der Rechtsordnung zu diskutieren.

Doch selbst wenn man mit der Finalisierungsdebatte keine ‚harte‘ empirische Aussage verbindet, sondern eher Eindrücke kommunizieren und auf Rechtfertigungsprobleme hinweisen will, sind die Annahmen, die mit der

²⁴⁹ Hierzu oben § 7 B. II. 3. Vgl. aus der soziologischen Literatur nur *Offe*, Staat, Demokratie und Krieg, in: Joas (Hrsg.), *Soziologie*, Bd. 2, ³2007, S. 505 (523 f.).

²⁵⁰ *Fisahn*, Neoliberale Umformung des Umweltrechts, in: Butterwegge/Lösch/Ptak (Hrsg.), *Neoliberalismus*, 2008, S. 164 (173 ff.); *ders.*, Grenzen des Konditionalprogramms, *Scientia Juris* 1 (2011), S. 71 f.

²⁵¹ So das Ergebnis der ausführlichen Studie der Wirkung von Leitvorschriften durch *Schober*, *Zweck*, 2007, S. 257 f. („Scheinfinalisierung“).

²⁵² Vgl. aber etwa *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, ³2008, S. 246, die zwar richtig diagnostizieren, dass es schon immer „weiche“ Rechtsnormen, d. h. Generalklauseln, Abwägungsgebote, unbestimmte Rechtsbegriffe etc. gab, die aber dennoch eine „Tendenz zu einer Flexibilisierung des Rechts“ daraus ablesen wollen, dass es „zunehmend ‚Zweckgesetze‘, verstanden als Gegensatz zu dem klassischen Ordnungsgesetz“, gebe. Als Beleg für die zunehmende Zahl von „Zweckgesetzen“ dienen ihnen eben vor allem die vermehrt anzutreffenden gesetzlichen Leitvorschriften.

These eines Zusammenhangs von Zweckorientierung und Kompetenzverschiebung bzw. Entrechtlichung unterstellt werden, problematisch. Insoweit ist abschließend auf einige in diesem Kapitel angesprochene Punkte zurückzukommen.

Erstens stehen Entrechtlichung und Verrechtlichung stets in einem dialektischen Verhältnis.²⁵³ Denn Entrechtlichung ist ja überhaupt nur dort denkbar, wo Verrechtlichung stattfindet: Erst wenn das Recht versucht, sich auf bestimmte Lebensbereiche auszudehnen, also ein Vorgang der Verrechtlichung vorliegt, kann so etwas wie Nichtbefolgung oder Entrechtlichung entstehen. Das Umweltrecht bietet hierfür das beste Anschauungsobjekt.²⁵⁴ Dementsprechend wird die verwaltungsrechtliche Entwicklung, die der Finalisierungsthese zugrunde liegt, auch von anderer Warte aus als Katalysator für Verrechtlichungsprozesse interpretiert.²⁵⁵ Statt von einer Entrechtlichung durch Finalisierung ist dann von der „Verrechtlichung der Zweckmäßigkeit“ unter dem Grundgesetz die Rede.²⁵⁶ Unbestreitbar wurden klassische Fragen der ‚Zweckmäßigkeit‘ ins Recht inkorporiert. Traditionelle Entscheidungsspielräume der Verwaltung mussten sich allmählich dem gesetzgeberischen Zugriff und der (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle öffnen. Diese Entwicklung wurde literarisch durch eine verstärkte Beschäftigung mit dem Ermessensbegriff vorbereitet²⁵⁷, dann vor allem durch die Ausweitung der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstärkt²⁵⁸ und wirkte schließlich in zahlreichen weiteren Formen, etwa durch Normierung von Leitvorschriften, auf die Verwaltung ein.²⁵⁹ Nahm nun die Bindungskraft des Rechts in diesem Prozess ab oder zu? Die Frage lässt sich möglicherweise mit sozial-

²⁵³ Hierzu historisch *Schlumbohm*, Gesetze, die nicht durchgesetzt werden, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), S. 647 ff.

²⁵⁴ Vgl. *Voßkuhle*, Kompensationsprinzip, 1999, S. 9, zum „offenkundigen *Dilemma* von *formeller Verrechtlichung* und *faktischer Entrechtlichung*“ (Hervorhebung im Original).

²⁵⁵ *Stolleis*, Entwicklungsstufen, in: GVwR I, 2012, § 2 Rn. 118, zu den verwaltungsrechtlichen Verrechtlichungstendenzen in Reaktion auf die „Finalisierung“ des Verwaltungsrechts, wie sie in der Ermessensfehlerlehre und dem Ausbaus der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Ausdruck kommen.

²⁵⁶ *Häberle*, Effizienz und Verfassung, AöR 98 (1973), S. 625, 626. Einen „Trend“ zur Verrechtlichung von Zweckmäßigkeitsentscheidungen sieht etwa auch *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz, 1999, S. 36 ff.

²⁵⁷ Vgl. nur *Bachof*, Beurteilungsspielraum, JZ 1955, S. 97; *Jesch*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82 (1957), S. 163; *Ehmke*, „Ermessen“, 1960; *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970, S. 684 ff.; sowie den Überblick bei *Pache*, Abwägung, 2001, S. 52 ff.

²⁵⁸ Dazu soeben § 7 Fn. 255.

²⁵⁹ S. hierzu nur den knappen Überblick bei *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz, 1999, 36 ff.

wissenschaftlichen Methoden punktuell, aber kaum global durch die einfache These von der Finalisierung klären.

Damit ist schon der *zweite* Punkt angesprochen: Die der Finalisierungsthese zugrundeliegende Behauptung, durch final programmierte Normen fände eine Kompetenzverschiebung von Parlament und Verwaltung hin zur Exekutive statt, ist (bestenfalls) verkürzt.²⁶⁰ Denn die zunehmende Normierung von Gesetzeszwecken und die umfassende Überführung von Planungsprozessen in Rechtsform ermöglichte in vielen Fällen Gerichten überhaupt erst einmal eine Durchdringung exekutiver Eigenbereiche. Wenn es dabei aufgrund der dafür stets notwendigen parlamentarischen Anordnung in bestimmten Konstellationen wieder zu Re-Delegationen und zur Einräumung von Entscheidungsspielräumen an die Verwaltung kommt, liegt dann darin eine strukturelle Verschiebung im Gewaltengefüge zu Lasten von Parlament und Gerichten? Oder ist das nicht einerseits eine Parlamentarisierung ursprünglich vermeintlich genuiner Verwaltungsmaterien und andererseits eine sehr weitgehende Juridifizierung, nämlich des vorher nicht geregelten und damit kaum gerichtlich kontrollierbaren Bereichs? Auch insoweit erscheint es problematisch, das Verhältnis der Gewalten zueinander auf der (zu) hohen Abstraktionsebene der Finalisierungsthese zu diskutieren. Produktiver erscheint etwa, im konkreten Fall zu prüfen, ob die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip gewahrt sind. Im Übrigen sei nur erwähnt, dass auch die Grundrechte, die vermutlich unbestritten in erheblichem Umfang zur Verrechtlichung und insbesondere zu einer Stärkung der Gerichtsbarkeit beigetragen haben, vielfach als Finalprogramme beschrieben werden.²⁶¹

Oben wurde bereits auf eine weitere, hiermit im Zusammenhang stehende Frage eingegangen, ob nämlich *drittens* die Formulierung bestimmter Gesichtspunkte in Normen als ‚Zwecke‘ generell unbestimmter als andere Arten der Formulierung sind.²⁶² Nun ist einerseits offensichtlich frei wählbar, wie bestimmt Zwecke formuliert werden, wobei der Grad der Bestimmtheit Rückwirkungen auf die Organisationsform des Entscheidungsträgers hat.²⁶³ Andererseits ist der Rechtsanwender auch in ‚konditionalen‘ Normen häufig mit sehr offenen Rechtmäßigkeitsmaßstäben konfrontiert. Ferner erscheint zweifelhaft, dass etwa im gesetzlich durchnormierten Planungsrecht die Determination geringer ist als dort, wo sich die Verwaltung nur auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe stützen kann. Allenfalls wird hier

²⁶⁰ Hinzu kommt, dass verbreitet nicht nur die Finalisierung des Rechts beklagt wird, sondern auch das genaue Gegenteil, der Marsch in den Jurisdiktionsstaat.

²⁶¹ Hierzu mit wichtigen Differenzierungen *Cornils*, *Ausgestaltung*, 2005, S. 467 ff., 581 ff. m. w. N.; kritisch insbesondere auch *Huster*, *Ethische Neutralität*, 2002, S. 644 f.

²⁶² Hierzu bereits oben § 7 B. II. 2. b.

²⁶³ *Luhmann*, *Zweckbegriff*, 1973, S. 146 ff.

die alltägliche Überdeterminierung der Entscheidungssituation besonders deutlich.²⁶⁴ Schließlich ändert die explizite Normierung bestimmter Gesetzeszwecke wenig gegenüber der Situation, in der der Rechtsanwender dieselben Gesichtspunkte bei der Auslegung konditionaler Normen im Rahmen der teleologischen Auslegung in seine Entscheidungen einbeziehen kann. Die Intensität der Gesetzesbindung und die Ausrichtung des Rechts auf Zwecke korrelieren daher nicht. Eine entsprechende Gleichsetzung hat keinen Erklärungswert.

Insgesamt fehlt der Diskussion um ‚Finalisierung‘ also aus mehreren Gründen die nötige analytische Schärfe. Sie ist aber auch *viertens* normativ unterbestimmt, jedenfalls wenn sie, wie häufig, implizit eine Verfallsgeschichte unterstellt.²⁶⁵ Im Zusammenhang mit der Diskussion von Luhmanns Theorie der Rolle final programmierter Normen im Recht wurde bereits darauf hingewiesen, dass in der Diskussion vielfach eine einfache Gleichsetzung von Bestimmtheit und Qualität der Norm erfolgt, wo doch in anderen Zusammenhängen – die Grundrechte bieten sich hier wieder als Vergleichspunkt an – gerade die Flexibilität bestimmter Normtypen als normativ vorzugswürdig gilt.²⁶⁶

Selbst wenn man also unterstellt, dass sich tatsächlich eine Auflösung rechtlicher Bindungen und eine Verschiebung im Kompetenzgefüge hin zur Exekutive diagnostizieren ließe, kann das nicht mit dem Finalisierungsmoment erklärt werden. Denn mit Finalisierung ließe sich, wie gezeigt, ebenso plausibel das Gegenteil begründen. Will man der These dennoch etwas Produktives abgewinnen, dann besteht dies allein darin, dass sie auf folgende Punkte aufmerksam macht: Das Recht ist kein monolithisches Gebilde, sondern besteht aus einem Ensemble von unterschiedlichen, von der Rechtsordnung in je individueller Form zur Handlung ermächtigten Akteuren. Diese sind an Gestaltung interessiert, verfolgen ihre Absichten mit mehr oder weniger guten Gründen und stellen, da Recht ein an Wirksamkeit orientiertes Projekt ist, entsprechende Folgenabschätzungen an. Diese Aktivitäten werden im Rechtssystem vielfach als Zweck-Mittel-Relationen verarbeitet, etwa um Kollisionen zu bewältigen, wenn Abwägungsentscheidungen zwischen verschiedenen guten Gründen bzw. Zwecken erforderlich sind oder wenn es gilt, bestimmte Handlungsziele zu rekonstruieren. Diese Sicht auf das Recht stellt die Rechtsdogmatik insofern vor Herausforderungen, als sie die Dynamik und Unruhe im Recht betont. Diese wird durch jeden neu hinzutretenden Akteur, etwa supranationale Entitäten, verstärkt. Von Finalisierung des Rechts kann also produktiv in der Form die Rede sein, wie sie *Wahl* für das Planungsrecht

²⁶⁴ Vgl. hierzu auch unten § 8 Fn. 31.

²⁶⁵ Vgl. Möllers, Methoden, in: GVwR I, ²2012, § 3 Rn. 5; differenzierende Hinweise bei Reimer, Parlamentsgesetz, in: GVwR I, ²2012, § 9 Rn. 21 mit Fn. 173.

²⁶⁶ Vgl. oben § 7 Fn. 134.

angeführt hat, nämlich wenn dadurch Akteure, Zielsetzungs- und Zielkonkretisierungsprozesse im Recht explizit gemacht werden.²⁶⁷ Versteht man Finalisierung in diesem Sinn, öffnet sich die Rechtswissenschaft für interne Differenzierungen im Recht, statt in ideengeschichtlich überholte, ja fragwürdige Abwehrhaltungen zu verfallen, sobald von Zwecken die Rede ist.

²⁶⁷ *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung I, 1978, S. 51 mit Fn. 17.

§ 8 Die Rekonstruktion gesetzgeberischer Zwecksetzungen in der Rechtsanwendung

„So kann man zwar nicht ‚erklären‘, was Zwecke [...] ‚sind‘, wohl aber *verstehen*, was sie *leisten*.“¹

Im Rechtssystem als Ensemble von Akteuren und Institutionen sind die Handlungen und Zwecksetzungen der rechtserzeugenden Organe Maßstab, Orientierungspunkt und Argument für die Rechtsanwender. Nun ist die Bedeutung des Normzwecks für die Rechtsanwendung zwar anerkannt. Was daraus folgt, ist jedoch stark umstritten. So wird die Suche nach dem Zweck des Gesetzes oder des Gesetzgebers auf der einen Seite zum ‚Ziel‘ der Auslegung oder zur wichtigsten Auslegungsmethode erklärt.² Andererseits wird ihr – oft im selben Atemzug – attestiert, der Beliebigkeit der Rechtsanwendung Tür und Tor zu öffnen und den Rationalitätsanspruch des Rechts zu gefährden.³ Ist daher die Methodenlehre, jedenfalls was die Ermittlung der Normzwecke betrifft, eine bloße „*ars aequi et boni*“?⁴ Bleibt ihr nur, sich insoweit auf pragmatische Maßhalteappelle zu beschränken?⁵ Bevor derart radikale –

¹ Luhmann, Zweckbegriff, 1973, S. 35.

² S. etwa BGH, Urteil des Ersten Zivilsenats vom 18. 5. 1955 – BGHZ 17, 266 (276): „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck.“ Vgl. insbes. auch Sprau, in: Palandt, BGB, ⁷³2014, Einleitung Rn. 46 („Primat“); Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 142 („maßgeblich“); sowie Larenz, Methodenlehre, ⁶1991, S. 344 f.; Bydlinski, Methodenlehre, ²1991, S. 437 („unentbehrlich“); Kramer, Methodenlehre, ⁴2013, S. 152 f. Weitere Nachweise bei Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 195 mit Fn. 10.

³ Hassemer, Gesetzesbindung, ZRP 2007, S. 213 (216). Vielfach wird zudem der manipulative Einsatz der teleologischen Methode gerügt, vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 96.

⁴ Sprau, in: Palandt, BGB, ⁷³2014, Einleitung Rn. 46.

⁵ So rät Hassemer, Gesetzesbindung, ZRP 2007, S. 213 (216), zum „vorsichtigen und kritischen Umgang“ mit teleologischen Argumenten (entsprechend Hassemer, Methodenlehre, Rechtstheorie 39 (2008), S. 1 (3)). Derartige Maßhalteappelle tragen jedoch nicht dazu bei, dass das zugrundeliegende Problem kontrollierbarer wird, sondern führen im Gegenteil zusätzliche Subjektivismen ein, vgl. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 201 f., 268, unter Aktualisierung der Überlegungen von Wahl, Vorrang, Der Staat 20 (1981), S. 485 (505).

im Übrigen ebenso billige wie kontraintuitive⁶ – Konsequenzen gezogen werden, liegt es nahe, präziser zu fassen, was die Frage nach dem Zweck der Norm leistet.

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen sind die in den vorangegangenen Kapiteln herausgearbeiteten Grundsätze für eine adäquate Verwendung des Zweckbegriffs im Recht des Verfassungsstaates. Dies sind *erstens* die Absage an die Idee ‚objektiver‘, das Recht konditionierender Zwecke⁷, *zweitens* die Möglichkeit der Rekonstruktion von Rechtsetzung als kollektiv intentionaler Aktivität⁸ und *drittens* die Notwendigkeit, im Bezug auf den Einsatz von Zwecken in rechtlichen Argumentationen jeder Art zwischen normativen, empirischen und intentionalen Verwendungsformen zu differenzieren.⁹ Um insoweit noch einmal die wesentlichen Punkte zu wiederholen: Die Aussage, ein bestimmter Gesichtspunkt sei ein rechtlich relevanter ‚Zweck‘, besagt zunächst nicht mehr, als dass dieser in juristischen Diskursen als Argument Berücksichtigung finden kann. Die Aussage ist also eine Wertbehauptung. Darüber hinaus können ‚Zwecke‘ jedoch auch rechtlich relevante Maßstäbe für (sozial-)empirische Folgeanalysen bezeichnen. Schließlich kann in der Verwendung des Zweckbegriffs die weitergehende These liegen, die als Zweck gefassten Gesichtspunkte ließen sich auf bestimmte intentionale Vorstellungen oder Absichten (kollektiver) rechtserzeugender Akteure zurückführen. Alle diese Verwendungsformen finden in der Konstruktion von Rechtsetzung als (sozialer) Handlung ihren gemeinsamen Beschreibungsrahmen, ohne dadurch jedoch ihren jeweils eigenen methodischen Status aufzugeben. Für die Rechtsanwendung bedeutet das, dass genau diese Argumentformen angesprochen sein können, sobald von Zwecken die Rede ist. Die jeweiligen Verwendungsweisen nehmen unterschiedliche Funktionen in der Argumentation ein. Die Methodenlehre hat insoweit jeweils eigene Argumentationsstandards zu entwickeln.

Diese Thesen sind im Folgenden mit dem abzugleichen, was herkömmlich in der Rechtsanwendungstheorie unter dem ‚Zweck‘ einer Norm und unter ‚teleologischer Auslegung‘ verstanden wird. Schon die differierende Einschätzung der Leistungsfähigkeit teleologischer Argumente lässt jedoch erkennen, dass hier beinahe alles umstritten ist. Die folgende Darstellung muss daher weiter ausholen, um die angesprochenen Fragen überhaupt angemessen verorten zu können. In einem ersten Schritt ist zu zeigen, mit welchen grundsätzlichen Problemen Rechtsanwendung(-stheorie) im Verfassungsstaat konfrontiert ist (A.). Anschließend muss überprüft werden, was es mit der verbreiteten Annahme auf sich hat, diese Grundprobleme ließen sich über ein

⁶ Bydlinski, Methodenlehre, ²1991, S. VII f.

⁷ Hierzu oben § 6 A.

⁸ Hierzu oben § 6 C.

⁹ Hierzu oben § 6 B.

richtiges Verständnis ‚des Zweckbegriffs‘ lösen. Insoweit wird häufig unterstellt, die zentrale Unterscheidung der Methodentheorie sei die zwischen einer ‚subjektiven‘ und einer ‚objektiven‘ Theorie bzw. zwischen einer subjektiv-teleologischen und einer objektiv-teleologischen Methode. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der Gegensatz von ‚objektivem‘ und ‚subjektivem‘ Zweck für die Diskussion methodentheoretischer Probleme ganz ungeeignet ist. Diese Probleme lassen sich nicht über ein ‚richtiges‘ Verständnis des Zweckbegriffs lösen. Vielmehr verdeckt eine entsprechende Hypostasierung des Zweckbegriffs die eigentlichen Probleme (B.). Vor allem aber wird wegen der Auseinandersetzungen über diese Kategorien auch die Analyse dessen vernachlässigt, was tatsächlich geschieht, wenn in der Rechtsanwendung auf den Zweck oder die Zwecke einer Norm argumentativ Bezug genommen wird. Um diese Lücke zu schließen, sind die gerade schon skizzierten unterschiedlichen Argumentationsformen, die hinter dem Verweis auf Zwecke in der Rechtsanwendung stehen, noch einmal ausführlicher zu beschreiben (C.). Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei der Frage, wie sich Argumente formulieren lassen, die bestimmte Normgehalte als Ausdruck einer kollektiv intentionalen Einstellung der normsetzenden Entität in die Rechtsanwendung einführen wollen – ein häufig zu eng als ‚historische‘ Auslegung verstandener Vorgang (D.). Ziel dieses Kapitels ist es zu untersuchen, wie in der argumentativen Praxis der Rechtsanwendung reflektiert wird, dass sich das Recht als Handlungsordnung versteht. Mit anderen Worten: Wie werden ‚teleologische‘, also handlungsbezogene Argumente in der Rechtsanwendung sinnvoll eingesetzt?

Aufgrund der starken Ausdifferenzierung der Methodendiskussion sind vorab noch drei Klarstellungen notwendig. Erstens muss sich die folgende Darstellung aus Praktikabilitätsgründen auf die Konstellation der Rechtsanwendung durch *Gerichte* beschränken.¹⁰ Zweitens sind die bislang und im

¹⁰ Spätestens seit Adolf Merkl ist der Rechtstheorie bewusst, dass auch Regierung, Verwaltung und Parlament Teile eines arbeitsteiligen Rechtserzeugungsverfahrens sind. Das notwendig abstrakte Gesetz ist also nur „Beginn und Anstoß des arbeitsteiligen Vorganges sozialgestaltender Rechtsverwirklichung, in dem die Verwaltung [...] aktiv mitgestaltend tätig wird“ (H. Dreier, „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137 (151); vgl. auch Hill, Normsetzung, in: GVwR II, ²2012, § 34 Rn. 7 m. w. N.). Dabei führt die oft automatische Gleichsetzung von Rechtsanwendung mit richterlicher Tätigkeit zu Verkürzungen und Fehlwahrnehmungen. So wird insbesondere die administrative Rechtskonkretisierung vernachlässigt (dazu etwa H. Dreier, Hierarchische Verwaltung, 1991, S. 165 ff.; Jestaedt, Maßstäbe, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Verwaltungsrecht, ¹⁴2010, § 11 Rn. 7 ff., 19 (zur Parallele von Methodendiskurs und der Frage nach dem legislativen und dem Verwaltungsermessens); sowie jüngst ausführlicher in der U.S.-amerikanischen Literatur Mashaw, Agency Statutory Interpretation, Admin. L. Rev. 57 (2005), S. 501 (502 f.); Vermeule, Judging under Uncertainty, 2006, S. 225 f.). Ferner wird oft eine „Schein-Alternativität“ von Rechtsetzung und Rechtsanwendung aufgebaut. Dabei wird sowohl der (verfassungs-)rechtsanwendende Teil der parlamentarischen Ge-

Folgenden verwendeten Begriffe wie ‚Rechtsanwendung‘, ‚Konkretisierung‘ und ‚Rekonstruktion‘ Arbeitsbegriffe; eine Entscheidung für oder gegen eine der in der Methodendebatte prominenten holistischen Rechtsanwendungstheorien ist mit ihrer Verwendung nicht getroffen (und wird auch später nicht getroffen).¹¹ Denn drittens wird hier keine umfassende Aufarbeitung der methodentheoretischen Probleme angestrebt.¹² Wichtige Bereiche der Metho-

setzung wie auch umgekehrt das immer schöpferisch-setzende Moment der richterlichen Tätigkeit vernachlässigt (ausführlich dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 307 ff., vgl. auch ebd., S. 315, zum Hintergrund des von Jestaedt so genannten „Alternativitätstheorems“, nämlich der „Gesetzesfixierung des Rechtsnormbegriffs, d. h. [die] Hypostasierung einer, wenn auch herausragend wichtigen, so doch nichtsdestoweniger kontingenten Erscheinungsform von Recht zum rechtstheoretischen Inbegriff von Rechtsnorm“). Der pragmatische Grund, das Problem der Rechtsanwendung gerade am Beispiel der Justiz zu diskutieren, liegt darin, dass diese anders als etwa Regierung, Verwaltung oder Parlament stets umfassende spezifisch *rechtliche* Begründungen für ihre Entscheidungsprozesse geben muss und insofern reiches Untersuchungsmaterial liefert (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 23). Im Übrigen muss es hier bei diesen Andeutungen bleiben.

¹¹ Diese Klarstellung ist erforderlich, da die Begrifflichkeiten in der Methodentheorie einen erheblichen Ausdifferenzierungsgrad erreicht haben und regelmäßig mit bestimmten Theoriemodellen assoziiert werden. Ein Begriff kann auch doppelt besetzt sein. Dies gilt insbesondere für den im Folgenden häufiger gebrauchten Begriff der ‚Konkretisierung‘. Dieser kann zum einen im Sinne *Kelsens* für den gerade (§ 8 Fn. 10) beschriebenen Aspekt des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der Institutionen im Verfassungsstaat als „Prozeß stetig zunehmender Individualisierung oder Konkretisierung“ des Rechts verwendet werden (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, ²1960, S. 242; vgl. auch *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 233 f.; ausführlich dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 126 mit Fn. 235, 135, 320 ff., 328 ff.; zu Rechtserzeugung als Oberkategorie für Rechtsetzung und Rechtsanwendung: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, ¹1934, S. 73 ff.). Zum anderen kann er auch die Rechtsanwendungstheorie der ‚Strukturierenden Rechtslehre‘ bezeichnen (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 14 und passim; besonders anschaulich der Ablaufplan ebd., S. 281). Schließlich findet der Begriff auch in der Verfassungstheorie Anwendung und bezeichnet dort die allgegenwärtige „Einwirkung“ der Verfassung auf das einfache Recht (dazu *Masing*, Rechtsstatus, in: GVWR I, ²2012, § 7 Rn. 63, zur Diskussion um die Verfassung als Rahmenordnung vgl. auch *Wahl*, Vorrang, Der Staat 20 (1981), S. 485 (507); *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 72 ff.; *Cremmer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 15 mit Fn. 14, S. 84 ff.). Letzteres wird hier ganz ausgeklammert. Konkretisierung steht also im Folgenden zunächst nur für den wohl unbestrittenen Befund, dass Auslegung nie nur Erkenntnis ist, sondern immer auch ein Entscheidungsmoment beinhaltet. Im Folgenden werden Auslegung, Rechtsanwendung und Konkretisierung zunächst unterschiedslos als Beschreibung eines auch-schöpferischen Vorgangs gebraucht, der auf Rekonstruktion eines (weit verstandenen) „Sinns“ der Norm (verstanden als neutraler Ausdruck, um den des ‚Zwecks‘ zu vermeiden) gerichtet ist (ähnlich der Arbeitsbegriff bei *Mennicken*, Ziel, 1970, S. 14).

¹² *Bumke*, Einführung, in: *ders.* (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (4), weist auf die potentielle „thematische Totalität“ der Diskussion um Richterrecht hin. Dies gilt in gleichem Maße für die Diskussionen um den Zweckbegriff in der Auslegungstheorie. So sind die

dendiskussion, insbesondere das Problem der Sprache, können nur am Rande erwähnt werden.¹³ Zwar sind auch die textlich manifestierten Hinweise auf mögliche intentionale Gehalte des Gesetzgebers, dessen Zwecksetzungen, sprachlich mediatisiert und damit den oft beschriebenen Problemen einer arbeitsteiligen (Re-)Konstruktion von Bedeutung im gewaltenteilenden Verfassungsstaat ausgesetzt.¹⁴ Doch lässt sich das Problem der Sprache offensichtlich nicht durch eine Analyse des Zweckbegriffs lösen. Umgekehrt erschöpft sich das Methodenproblem nicht in Sprachanalyse. Vielmehr gilt es im Folgenden gerade auch, eine auf Sprachphilosophie und Linguistik fixierte Methodendiskussion für eine Analyse solcher Argumentformen zu sensibilisieren, mittels derer sich Recht als soziale Handlungsordnung beschreibt.¹⁵

Überlegungen zum Zweckbegriff zwar vor dem Hintergrund des aktuellen Theoriestandes durchzuführen. Damit wird jedoch nicht der Anspruch auf eine umfassende Rechtsanwendungstheorie verbunden, wie ihn etwa die Rechtsgewinnungstheorie in der Tradition Kelsens oder die Strukturierende Rechtslehre erheben. Derartiges folgt schlicht aus dem Zweckbegriff, so wie er hier verstanden wird, nicht.

¹³ Vgl. dazu insbesondere unten § 8 A. I. 2.

¹⁴ Dazu auch unten § 8 Fn. 40.

¹⁵ Operiert wird im Folgenden daher mit der pragmatischen Annahme (im untechnischen Sinne), dass Sprache wenigstens eine minimal determinierende Kraft entfalten kann (angelehnt an *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 608 f., 614). Auszuklammern ist daher hier Frage, wie sich die Tatsache, dass Sprache und Sprechakte Handlungen sind, auf den Umgang mit Sprache auswirkt. Vgl. nur *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67b, gegen jede teleologische „Vorstellung einer instrumentellen Sprache“. Damit ist das schwierige, hier nicht weiter auszumessende Feld der Bedeutung der Intention des Autors für den Verstehensvorgang berührt. Entgegen *Müller/Christensen*, deren Kritik sich vor allem gegen sprachwissenschaftliche Ansätze der 1970er Jahre zu richten scheint (die etwa noch von *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 130 f., herangezogen werden), wird auch in weiten Teilen der modernen Textwissenschaften die Möglichkeit der Ermittlung sprachlicher Bedeutung als Suche nach der Intention des Autors verstanden. So ist etwa nach *Stanley Fish* die Ermittlung sprachlicher Bedeutung immer Rekonstruktion der Intentionen des Autors, also im Recht der Intentionen des Gesetzgebers. Für *Fish* ist Intentionalität dabei allerdings nicht mehr als eine notwendige Annahme, die jeder sich als interpretativ verstehende Zugang zu (Rechts-)Texten machen müsse, eine Art transzendente Bedingung der Interpretation (vgl. etwa *Fish*, *Doing What Comes Naturally*, 1989, S. 99 f.; sowie aus jüngerer Zeit *Fish*, *Intention is All There Is*, *Cardozo L. Rev.* 29 (2007–2008), S. 1109 ff.; ähnlich auch *Alexander/Prakash*, „Is that English You’re Speaking?“, *San Diego L. Rev.* 41 (2004), S. 967 ff.; *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (458 ff.)). Dieser Gebrauch der Figur der Intentionalität des Autors unterscheidet sich stark von derjenigen, die *Müller/Christensen* kritisieren. Bei *Fish* und anderen dient Intentionalität der semantischen Analyse letztlich nur noch als rhetorisches Mittel, um Texttreue – d. h. für den Rechtsanwender seinen Willen zur Orientierung am Gesetz – zum Ausdruck zu bringen (vgl. in diesem Sinne auch *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, S. 272 f., 284 f.; *Fish*, *Intention is All There Is*, *Cardozo L. Rev.* 29 (2007–2008), S. 1109 (1114): „Intentionalism doesn’t decide questions of interpretation; it merely tells you what

A. Rechtsanwendung: Zwischen Sprache, Entscheidung und Verfassung

Überlegungen zur Methode im Recht reagieren auf die Notwendigkeit, Kommunikationen zwischen einer Vielzahl von Akteuren zu organisieren und dabei Regeln für den Umgang mit Bedeutungszuschreibungen zu entwickeln, um so Entscheidungen vorhersehbar zu machen. Unterschiedliche Paradigmen, philosophische und juristische Annahmen prägen die Methodendiskussion.¹⁶ Methode ist ebenso gegenstandserzeugend, wie sie vom Gegenstand, dem Recht und den es tragenden, oft divergierenden Ordnungsvorstellungen, erzeugt wird.¹⁷ Aussagen zur Methode lassen sich daher immer nur relativ zu einer Rechtsordnung treffen. Im Folgenden sind die wesentlichen Parameter und Figuren zu skizzieren, zu denen sich jede Erörterung der Methodenfrage unter dem Grundgesetz verhalten muss. Nur auf dieser Grundlage lässt sich sinnvoll bestimmen, welchen Erklärungswert der Verweis auf Zwecke in der Rechtsanwendung haben kann. Die zentrale Herausforderung der Methodenlehre im Verfassungsstaat ist dabei das Prinzip der Gesetzesbindung (I.). Fehlt es auch nicht an Versuchen, mit den Problemen umzugehen, vor denen die Realisierung dieses Prinzips in der Praxis steht (II.), so ist jedenfalls doch

they are – questions about intention – and therefore tells you what you will always be doing if you are interpreting.“). Damit fügt die Ausrichtung an einer derart verstandenen Intentionalität aber auch dem Verständnis der semantischen Analyse als Argumentationsform des rechtswissenschaftlichen Diskurses nichts hinzu. Stärker auf die Bedeutung der Intentionen des Sprechers für das Verständnis der Äußerungen stellt dagegen die pragmatische Richtung der Sprachtheorie in der Tradition der einflussreichen Schriften von *H. P. Grice* ab, vgl. dazu nur *Grice*, *Studies in the Way of Words*, 1989; sowie *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 193 ff.; *Poscher*, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin*, in: FS Schlink, 2014, S. 203 (205 ff.). Auf weitere Überlegungen, die im Anschluss an Foucault den Begriff der Autorschaft kollektivieren und damit gegebenenfalls einen produktiveren Umgang mit dem Intentionalitätsbegriff in einem spezifisch auf Bedeutungsermittlung gerichteten Kontext ermöglichen, kann hier nicht eingegangen werden (dazu nur grundlegend *Foucault*, *Was ist ein Autor?*, in: ders., *Schriften zur Literatur*, 1988, S. 7 ff.).

¹⁶ Vgl. die instruktiven Überblicke bei *Klatt*, *Wortlautgrenze*, 2004, S. 40 ff.; *Schenke*, *Rechtsfindung*, 2007, S. 17 ff.; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 68 ff.; *Hofmann*, *Rechtsphilosophie nach 1945*, 2012, S. 33 ff.

¹⁷ Bezogen auf den Rechtsbegriff: *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, S. 366 („The question ‘what is the law?’ is intertwined with the question ‘how is the law to be interpreted?’“). Stärker auf die verfassungsrechtliche Ordnung stellen ab: *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 266 ff., 279 ff.; *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 56. Aus rechtsvergleichender Sicht ist die Relativität jedes Methodendiskurses selbstverständlich, vgl. etwa *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 5; *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien*, AcP 211 (2011), S. 317 (318 ff.), der allerdings auch auf internationale Vereinheitlichungstendenzen hinweist.

nicht ersichtlich, dass der Zweckbegriff dabei eine produktive Rolle spielen kann (III.).

I. Gesetzesbindung

1. Gesetzesbindung als regulative Idee und Legitimationsbedingung

Die Methode der Rechtsanwendung wird zum Problem, wenn Rechtsinhalte nicht als evident gelten können und die Konkretisierung des Rechts auf verschiedene Institutionen verteilt ist.¹⁸ Im demokratischen Verfassungsstaat folgt die Verteilung der Kompetenzen zur Erzeugung und Konkretisierung rechtlicher Regelungen aus der verfassungsrechtlichen Entscheidung für Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Dabei kommt dem Parlament als Institution und dem parlamentarischen Gesetz als Normtext eine herausgehobene, aber keine solitäre Rolle im Rechtssystem zu.¹⁹ Aus der Perspektive der übrigen Institutionen, d. h. insbesondere der Gerichte und der Verwaltung, stellt sich der *Vorrang* des parlamentarischen Gesetzes als Grundsatz der Gesetzesbindung dar.²⁰ Der Begriff der Gesetzesbindung bündelt zentrale Wertungen, auf denen demokratische Verfassungsstaatlichkeit beruht.²¹ Gesetzesbindung ist ein Ausdruck für ein komplexes verfassungs-

¹⁸ Dies ist keine historisch neue Einsicht. Vgl. dazu schon oben unter § 2 A. I., sowie nur *Ogorek*, De l'Esprit des légendes, Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277 ff.; *dies.*, Subsumtionsmodell, in: Prittwitz./Baurmann et al. (Hrsg.), FS Lüderssen, 2002, S. 127 ff.

¹⁹ Besonders stark wird die „Rechtsanwendung“ gegenüber der „Rechtsetzung“ (zu diesen Begriffen oben § 8 Fn. 10 und § 8 Fn. 11) durch die Strukturierende Rechtslehre aufgewertet, nach der Normkonkretisierung „Normkonstruktion“ ist (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 14, 163 ff., 234 ff., 248 ff., 281, dort auch Nachweise zur Rezeption dieses Gedankens in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft). Die Gegenposition ist zusammengefasst bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 148 ff. (Kritik aus primär verfassungsrechtlicher Perspektive); sowie bei *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 103 ff. (Kritik aus primär sprachphilosophischer Perspektive).

²⁰ Zum Vorrang näher § 6 Fn. 14. Der hier gewählte Fokus auf das Gesetz verkennt nicht, dass letztlich für jede Stufe der Rechtsordnung der Anspruch auf Bindung strukturell identisch ist; mit dem Gesetz ist hier nur der praktisch relevanteste Fall herausgegriffen (ausführlich dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 307 ff.; s. auch oben § 8 Fn. 10).

²¹ Die essentielle Bedeutung der Gesetzesbindung wird über alle theoretischen Differenzen hinweg in Rechtswissenschaft und -praxis betont, auch wenn die Mechanismen der Gesetzesbindung im Einzelnen ganz unterschiedlich beurteilt und theoretisiert werden: So betonen die Funktion des Gesetzes zur Vermittlung *demokratischer Legitimation* für Gerichte – gerade im Verhältnis zur richterlichen Rechtsfortbildung – etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. 10. 1978 (*Sachverständigenhaftung*) – E 49, 304 (318); Beschluss des Ersten Senats vom 3. 4. 1990 (*nichtehelicher Lebenspartner als Mieter*) – E 82, 6 (12); Beschluss des Zweiten Senats vom 14. 6. 2007 (*Revisionsgrenzen bei Rechtsfolgenzumessung*) – E 118, 212 (243); Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmern*) – E 122, 248 (282 f., 286) – Sondervotum; Beschluss des Ersten

rechtliches Regelsystem, das sich über Art. 1 Abs. 3, die Grundrechte sowie Art. 20, 79, 97 Abs. 1, 100, 101 GG spannt.²²

2. Gesetzesbindung und die determinierende Kraft der Sprache

Gesetzesbindung ist – nicht ausschließlich²³, aber doch zentral – sprachlich vermittelt; die Rechtsgewinnung beginnt mit dem Normtext.²⁴ Aus einer

Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (210); BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11. 7. 2012 (1 BvR 3142/07), Absatz-Nr. 75 (*Delisting*). Aus der jüngeren Kammerrechtsprechung vgl. etwa: BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. 9. 2011 (*Immobilienfonds*) – NJW 2012, 669 (671 [Absatz-Nr. 51]); 3. Kammer des Ersten Senats vom 4. 4. 2011 (*Mieterschutzrecht*) – NJW 2011, 1723.

Aus der Literatur vgl. die Stellungnahmen so unterschiedlicher Autoren wie: *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, 1982, S. 112 f., 164 f., 226 f., 247 ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 305 m. w. N.; *Vofßkuhle/Sydow*, Legitimation, JZ 2002, S. 673 ff.; *Böckenförde*, Demokratie, in: HStR II, ³2004, § 24 Rn. 24; *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 19 ff., 108 f.; *Neuner*, Rechtsfindung, ²2005, S. 85 ff.; *Tschentscher*, Legitimation, 2006, S. 182, 190 ff. und passim; *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 23 ff.; *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 177 ff., 197; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 346 f., 526 ff.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 25, 29, 63. Speziell zur Gesetzesbindung als Korrelat von *Unabhängigkeit und Gewaltenteilung* s. etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 3. 11. 1992 (*Erörterungsgebühr*) – E 87, 273 (278 f.); Beschluss des Zweiten Senats vom 14. 10. 2004 (*Görögülü*) – E 111, 307 (325); *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 25. Zur *Rechtsstaatlichkeit* ausführlich *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 182 ff. m. w. N. Gerade die Haltung der Vertreter der Strukturierenden Rechtslehre zu diesem Problem ist nur schwer einzuordnen. Einerseits wird festgestellt, Konkretisierung sei nicht „Nachvollzug einer vor-vollzogenen Deziision, eines vorformulierten Willens“ (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 262, vgl. auch ebd., Rn. 265, 282 ff.). Andererseits wird der hohe Rang der Gesetzesbindung betont (*Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 177 ff., 182 ff., 197; *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 346 f., 526 ff.). Im entscheidenden Moment wird dann aber wiederum das Parlament völlig aus der Rechtsanwendung verbannt (*Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 263: „Bei der Konkretisierung sind nur ‚Gesetz und Interpret‘ im Spiel, besser: der Normtext [...] und der konkretisierende Jurist.“). Eine produktive Lesart der Strukturierenden Rechtslehre muss davon ausgehen, dass diese eher von der Vorstellung einer sehr geringen sprachlichen Determinierungskraft gesetzgeberischer Entscheidungen als von der Vorstellung eines Richterkönigtums geleitet ist. Die Theorie will danach nicht in erster Linie entgrenzen, sondern die aus ihrer Sicht sehr weiten Grenzen adäquat erfassen. Damit bestätigt sie aber eben das Prinzip der Gesetzesbindung, auch wenn sie die konkreten Steuerungsmöglichkeiten geringer als andere Ansätze einschätzt.

²² Instruktive Zusammenstellungen der relevanten Normen bei *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 320 ff.; *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 177 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 224, 291 ff.; *Bumke*, Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 33 (40 ff.).

²³ Vgl. etwa die Überlegungen zur richterlichen Pragmatik bei *Hassemer*, Methodenlehre, Rechtstheorie 39 (2008), S. 1 (17 ff.).

Steuerungsperspektive ist Sprache allerdings ein prekäres Instrument. Sprachliche Äußerungen weisen aus der Sicht des Adressaten einer Kommunikation stets ‚unscharfe Grenzen‘ auf.²⁵ Sie sind vage, ambig und lückenhaft; hinzu kommen vielfach Inkonsistenzen und bewusst offene Formulierungen.²⁶ So ist jeder Text interpretationsbedürftig²⁷, auch wenn dies nicht in allen Fällen zum Problem wird.²⁸ Dieses Phänomen steht nicht im Widerspruch zum Prin-

²⁴ Klassisch: *Forsthoff*, *Recht und Sprache*, 1940, S. 1, zu der „nicht nur zufällige[n], sondern ins Wesen treffende[n] Verbindung des Rechts zur Sprache“. Aus der aktuelleren Literatur *Busse*, *Juristische Semantik*, 1993, S. 10; *Christensen/Kudlich*, *Auslegungslehre*, ARSP 88 (2002), S. 230 ff.; *Klatt*, *Wortlautgrenze*, 2004, S. 22 und passim; besonders stark: *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 219 ff. („Der demokratische Rechtsstaat ‚hat‘ nicht, er ‚ist‘ eine Textstruktur“ (Rn. 221)); vgl. auch den Überblick bei *Schenke*, *Rechtsfindung*, 2007, S. 26 f.

²⁵ Zu diesen Phänomenen *Schober*, *Zweck*, 2007, S. 3. Zum Unschärfeproblem *Po-scher*, *Ambiguity and Vagueness*, in: *Solan/Tiersma* (Hrsg.), *Oxford Handbook*, 2012, S. 128 ff.

²⁶ Der Befund der unhintergehbaren Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung wird über das ganze Methodentheoriespektrum hinweg geteilt, vgl. schon *Heck*, *Gesetzesauslegung*, AcP 112 (1914), S. 1 (157 ff.); *ders.*, *Rechtsgewinnung*, ²1932, S. 6 f., 20 f.; *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, ²1976, S. 63; *Canaris*, *Lücken*, ²1983, passim; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 276 und passim (hierauf baut auch die Unterscheidung von Normtext und Norm auf, vgl. ebd., Rn. 163 ff.); *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, ⁶2011, Rn. 816. Aus der Rechtsprechung vgl. nur grundlegend BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. 12. 1953 (*Gleichberechtigung*) – E 3, 225 (242 f.); Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (287, 290).

²⁷ S. nur *Esser*, *Grundsatz und Norm*, ³1974, S. 253; *Larenz*, *Methodenlehre*, ⁶1991, S. 320 f.; *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 255 f.; *Säcker*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 115.

²⁸ Dass in der ganz überwiegenden Zahl der Rechtsfälle weitgehender Konsens der Rechtsanwender über die Rechtsinhalte besteht (eindeutige Fälle), kann unterschiedlich theoretisiert werden. Teils wird dies als Hinweis auf das Funktionieren semantischer Regeln interpretiert (so z. B. unterstellt bei *Alexy*, *Argumentation*, ⁶2008, S. 289; *von Arnould*, *Rechtssicherheit*, 2006, S. 412 ff., 420 ff.; wohl auch *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, ³2008, S. 607, 614). Aus hermeneutischer Sicht wird darin ein Indiz für einen gemeinsamen (vorsprachlichen) Erfahrungsraum gesehen (*Larenz*, *Bindung des Richters*, in: *Forsthoff* (Hrsg.), *FS Huber*, 1973, S. 291; *Säcker*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 89). Aus Sicht der Strukturierenden Rechtslehre ist dies Resultat einer funktionierenden „Rechtskultur“ (*Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, 2008, S. 209) oder einer von der Verfassungsordnung geprägten „Argumentationskultur“ (etwa *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 346; dazu auch unten § 8 Fn. 64). Vor allem aber ist dies einfach ein Ausdruck der Funktionsfähigkeit des gewaltenteilenden Regimes des Grundgesetzes und der dieses konkretisierenden normativen Rechtsanwendungsregeln (Methodenregeln). In diesem Sinne ist auch die Feststellung, dass sich das Gesetz „trotz hermeneutischer Relativierungen seine grundsätzliche Steuerungsleistung für das Verständnis“ bewahrt habe, jedenfalls als beobachtende Aussage zutreffend (*Tschentscher*, *Legitimation*, 2006, S. 192; ähnlich auch *Schenke*, *Rechtsfindung*, 2007, S. 74).

zip der Gesetzesbindung. Vielmehr erklärt sich die verfassungsrechtliche Institutionenordnung gerade auch vor dem Hintergrund eines beschränkten Vertrauens in die determinierende Kraft der Sprache.²⁹ Im Übrigen kann der Gesetzgeber über die Dichte, mit der er das sprachliche Netz webt, etwa mittels unbestimmter Rechtsbegriffe, Generalklauseln oder „Ventilbegriffen“ (*Philipp Heck*) richterliche Entscheidungsmacht steuern und kompetenzverteilend tätig werden.³⁰ Wie weit Sprache nun Bedeutungsgehalte sicher transportieren kann, in welchem Maße Organisations- und Verfahrensregeln semantische Unter- oder Überdetermination kompensieren und ‚semantische Kämpfe‘ entschärfen müssen, und wie dies in ein angemessenes theoretisches Modell übersetzt werden kann – all dies ist in der Literatur stark umstritten.³¹

²⁹ Vgl. dazu *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 19 Abs. 4 Rn. 182: „Insbesondere ist Art. 19 Abs. 4 nicht festgelegt auf die Vorstellung eines Subsumtionsmechanismus. Das Gesetz wird nicht als Speicher fertiger Antworten und die Umsetzung des Gesetzes wird nicht als ein von Exekutive und Gerichten gleichförmig zu leistender Erkenntnisakt mißverstanden. Gesetzeskonkretisierung wird, der unterschiedlichen Entscheidungssituation entsprechend, von Verwaltung und Verwaltungsgerichten unterschiedlich, arbeitsteilig vorgenommen.“ Das Bundesverfassungsgericht fasst diesen Befund in der Definition von „Bestimmtheit“ als Bestimmbarkeit (vgl. etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. November 1990 (*Josephine Mutzenbacher*) – E 83, 130 (145); Beschluss des Zweiten Senats vom 27. 6. 2002 (*Oberfinanzdirektionen*) – E 106, 1 (19); Urteil des Zweiten Senats vom 12. 4. 2005 (*Global Positioning System*) – E 112, 304 (316); BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11. 3. 2008 (*Automatisierte Kennzeichenerfassung*) – E 120, 378 (422 ff.)). Im Übrigen wird die notwendige Offenheit des Textes durch die richterliche Unabhängigkeit zusätzlich abgesichert (darauf verweisen zu Recht *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 604). Dagegen unterstellt etwa *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 80, dem Verfassungsgeber große Naivität, wenn dieser – so Säcker – davon ausgegangen sein soll „dass die richterliche Entscheidung durch das Gesetz logisch determiniert und damit zugleich demokratisch legitimiert sei“.

³⁰ Zu diesem „Delegationsfall“ schon ausführlich *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 109.

³¹ Vgl. hierfür die Gegenüberstellung der maßgeblichen Positionen bei *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 97 ff. Zu *Klatts* eigener, in der Tradition der analytischen Rechtstheorie verorteten Position, die die „Existenz semantischer Grenzen“ nachweisen will (ebd., S. 23), vgl. ebd., S. 115 ff. Für die Strukturierende Rechtslehre, die – sehr vereinfacht – davon ausgeht, dass die Mitglieder einer Sprachgemeinschaft die Regeln ständig durch ihr Handeln verändern, weshalb auch die Diagnose einer Sprachregel nie Erkenntnis, sondern Gestaltung ist, s. nur *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 11, 184, 250 ff., 351 ff. und passim (insbes. auch Rn. 351f zur sprachlichen Überdetermination). Zu den daraus für das Verständnis von Rechtsanwendung gezogenen Konsequenzen vgl. oben § 8 Fn. 19. Zum sprachphilosophischen Ansatz der Strukturierenden Rechtslehre auch instruktiv *Röhl*, Auflösung, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 1161 ff., sowie übersichtlich zur gesamten Diskussion *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 607–610, 614.

3. Der kontrafaktische Charakter von Methodenregeln

Dabei ist aus juristischer Sicht weniger relevant, wie diese Probleme adäquat sprachphilosophisch beschrieben werden können, ob sich etwa tatsächlich feste Wortgebrauchsregeln identifizieren lassen, diese im Diskurs vereinbart werden oder sich nach den Regeln einer inferentiellen Semantik bestimmen. Unbestreitbar finden alle Regeln, also auch Methodenregeln, die Standards für den Rechtsanwender formulieren wollen, „ihre Grenze an dem, was der Gegenstand des Sozialen und das Material der Sprache zulassen“.³² In dieser Formulierung kommt jedoch schon die Kontrafaktizität, der genuin normative Charakter methodischer Regeln, insbesondere auch der sogenannten Canones, zum Ausdruck.³³ Methodenregeln reagieren auf die „schöpferische“ Natur

³² Christensen/Kudlich, Gesetzesbindung, 2008, S. 14, unter Hinweis auf Luhmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 355.

³³ Auch dieser Befund wird weithin geteilt, s. nur grundlegend Rottleuthner, Methode, ARSP BH 13 (1980), S. 97 (99); Schlink, Methodendiskussion, Der Staat 19 (1980), S. 73 (87); Hassold, Wille, ZZP 94 (1981), S. 192 (192, 196); Larenz, Methodenlehre, 61991, S. 244; Hensche, Teleologische Begründungen, 1998, S. 17; Schenke, Rechtsfindung, 2007, S. 75; Christensen/Kudlich, Gesetzesbindung, 2008, S. 14 f. In diesem Sinne ist die Wortlautgrenze ein normatives Konzept, mittels dessen etwa im Rechtsmittelverfahren Kompetenzanmaßungen von Gerichten sanktioniert werden (z.B. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. 6. 2007 (*Revisionsgrenzen bei Rechtsfolgenzumessung*) – E 118, 212 (243); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25.01.2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (210); BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11. 7. 2012 (1 BvR 3142/07), Absatz-Nr. 75 (*Delisting*)) bzw. Entscheidungsspielräume der Verfassungsgerichtsbarkeit beschrieben werden können (so zur verfassungskonformen Auslegung etwa BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 14. Dezember 1999 (*Versäumnisurteil*) – E 101, 312 (329); sowie ausführlich Voßkuhle, Verfassungskonforme Auslegung, AöR 125 (2000), S. 177 (193)). Der Ansatzpunkt von Klatt, die Verwirklichung des Demokratieprinzips, des Rechtsstaatsprinzips, der Gewaltenteilung und anderer „fundamentaler Strukturentscheidungen der Verfassung [...] von der Existenz semantischer Grenzen“ abhängig zu machen (Klatt, Wortlautgrenze, 2004, S. 22 f.), stellt diesen Zusammenhang vom Kopf auf die Füße. Während sehr umstritten ist, ob diese semantischen Grenzen bestehen, kann die alltägliche Verwirklichung der Verfassung – wenn auch möglicherweise auf unsicherer semantischer Grundlage – nicht ernsthaft in Frage stehen. Es scheint daher produktiver, den Umgang mit dem Problem der (Nicht-)Existenz semantischer Grenzen von der Perspektive des Rechts her zu bestimmen, statt umgekehrt zu verfahren. Damit spricht im Übrigen viel dafür, Entscheidungen in Methodenfragen nicht a priori von der Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG und von der Vorlagemöglichkeit nach § 132 GVG auszuschließen. Zwar ist es zutreffend, dass Methodensätze keine Rechtssätze sind (Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 585 ff. m. w. N.; Fleischer, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (327)), doch sind Methodenregeln auch rechtlich, nämlich verfassungsrechtlich, beeinflusst. Dass praktische Gründe gegen die Idee einer zentralen Entscheidungsinstanz in Methodenfragen sprechen mögen, sei dahingestellt (vgl. Luhmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 326 mit Fn. 57; Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 588).

jeder Rechtsanwendung³⁴ und formulieren Ansprüche, wie der Normanwender die vom Text stets eröffneten Entscheidungsspielräume möglichst adäquat ausfüllen soll, wie also die „Gewalt der Interpretation“ eingehegt und legitimiert werden kann.³⁵ In diesem präskriptiven Sinne lassen sich selbst die seinerzeit provokanten Äußerungen *Ernst Forsthoffs* zur Auslegungslehre nachvollziehen, wonach „das Gesetz eine Beliebigkeit der Auslegungsverfahren nicht duldet, sondern durch eine solche Beliebigkeit negiert oder aufgelöst wird“.³⁶

4. Die Unmöglichkeit von Letztbegründungen

Die Regeln, mit denen diese „Beliebigkeit“ verhindert oder reduziert werden soll, d. h. unter anderem die Canones, sind jedoch nun nicht einfach gegeben oder unmittelbar einsichtig, sondern verfügbar, unscharf und damit ihrerseits wieder auslegungs- und rechtfertigungsbedürftig. Denn sie beeinflussen die Praxis der Rechtsanwendung und bedürfen damit, wie jede andere rechtlich relevante Regelung, der Legitimation. Der Modus des Legitimitätstransfers, der nach der Konzeption der Gesetzesbindung grundsätzlich über die Interpretation des parlamentarischen Gesetzes zu leisten ist, versagt jedoch für Methodenregeln. Denn die Konkretisierung dieser Regeln kann wieder nur durch den Interpreten, d. h. den Rechtsanwender geschehen. Entsprechendes gilt für das Gewicht, das einer Regel im Kollisionsfall im Verhältnis zu anderen Regeln zugeschrieben wird – die Methodenwahl.³⁷ Das Problem verlagert

³⁴ Zum – allgemein anerkannten – schöpferischen Element s. nur *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 71 ff., 174 ff.; *Jestaedt*, Theorie, 2006, S. 47; *Tschentscher*, Legitimation, 2006, S. 190 ff.; *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 22; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 41, 43; *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 76. Insofern bekämpfen *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 200, einen Mythos, wenn sie kritisieren, nach herkömmlicher Auffassung sei der Text ein „Behälter, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse“. *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre I“, in: EzR, Stand: 2015, Rn. 40 ff., spricht insoweit treffend vom „Dogma vom Subsumtionsdogma“.

³⁵ *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 196 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 4: Methodenregeln als „*Entscheidungstechnik* und *Zurechnungstechnik*“, die neben der Beherrschbarkeit der Divergenz von Normtext und Entscheidungsnorm auch der „*Legitimierbarkeit* des Abschiebens politischer Verantwortung für praktische Entscheidungsakte auf je abstraktere Instanzen der Normsetzung“ dienen; zur mit Methodenfragen verbundenen Verantwortungsproblematik vgl. auch sogleich unter § 8 A. II. 2., sowie *Bumke*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (9 mit Fn. 30 und 31).

³⁶ *Forsthoff*, Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion/Forsthoff/Weber (Hrsg.), FS Carl Schmitt, 1959, S. 35 (36). Zu Forsthoffs Interpretationstheorie umfassend *Meinel*, Forsthoff, 2011, S. 246 ff., 430 ff., s. dazu auch oben § 7 B. I. 3.

³⁷ Vgl. nur *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 122 ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 342 f. Als Beispiel für die insoweit üblichen Leerformeln s. etwa *Larenz/Canaris*,

sich nur, wo Methoden explizit rechtlich geregelt werden, entfällt aber nicht.³⁸ Ebenso ist es keine Lösung³⁹, sondern schlicht eine Setzung, wenn bestimmte methodische Regeln für unbedingt vorrangig erklärt werden, also etwa ein Primat der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers oder der Materialien behauptet wird.⁴⁰ Es gilt vielmehr: „Keine Regel kann ihre eigene Anwendung regeln. Regeln für die Anwendung einer Regel müssen ihrerseits angewendet werden, ohne ihre eigene Anwendung regeln zu können, usw.“⁴¹

Methodenlehre, ³1995, S. 166 („das jeweilige Gewicht der verschiedenen Kriterien hängt nicht zuletzt davon ab, was sie im Einzelfall hergeben“). S. dazu auch unten § 8 Fn. 125.

³⁸ Zur Möglichkeit rechtlicher Normierung von Methodenregeln s. nur *Hassold*, *Wille*, *ZZP* 94 (1981), S. 192 (196 f.); *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 270; *Christensen/Sokolowski*, *Theorie und Praxis, Rechtstheorie* 32 (2001), S. 327 (342); zu steuerrechtlichen Methodennormen instruktiv *Schenke*, *Rechtsfindung*, 2007, S. 94 ff., 98 ff.

³⁹ Vgl. auch zum Ewigkeitscharakter der Probleme der Methodenlehre *Engisch*, *Einführung*, ¹⁰2005, S. 123.

⁴⁰ So der (sehr reflektierte) ‚Befreiungsversuch‘ von *Hegenbarth*, *Hermeneutik*, 1982, S. 131 und passim; darauf aufbauend etwa *Depenheuer*, *Wortlaut*, 1988; *Neuner*, *Rechtsfindung*, ²2005, S. 86 ff., 111 ff. Dazu übergreifend auch *Loos*, *Bemerkungen*, in: *Broda/Deutsch* (Hrsg.), *FS Wassermann*, 1985, S. 123 ff. Auch hier stellt sich im Übrigen das Problem semantischer Unbestimmtheit. So führt ein besonderes Interesse für den historischen Kontext der Entscheidungsfindung, aus dem die Regelungsintentionen des Gesetzgebers abgeleitet werden sollen, zwar möglicherweise zur Erweiterung des für die semantische Analyse zur Verfügung stehenden Textkorpus. Das Problem der Bedeutungsermittlung bleibt jedoch bestehen. Hinzu kommt das Problem, wie der neu gewonnene Textkorpus zu begrenzen ist (dazu unten § 8 D.). Sofern tatsächlich zeitweilig die Hoffnung bestand, das Problem der Wortlautgrenze durch Rückgriff auf die Sinnvorstellungen des historischen Normgebers umgehen zu können (in diese Richtung etwa *Depenheuer*, *Wortlaut*, 1988, S. 55; dann auch wieder *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 180 ff.), mussten derartige Überlegungen scheitern (ausführlich *Klatt*, *Wortlautgrenze*, 2004, S. 74–82). Denn auch etwaige Sinnvorstellungen sind stets nur sprachlich, regelmäßig textlich vermittelt (vgl. *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 361d: „Die Bedeutung eines Textes kommt nicht, wie die subjektive Auslegungslehre es voraussetzt, so zustande, daß der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt; sondern die Intentionalität des Textproduzenten muß an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen anknüpfen. Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische (oder ‚auktoriale‘) Wille nicht als Archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher gegenüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahrt. Der vor-ausdrückliche Wille kann sich mit dem Normtext nur nach Maßgabe einer Ordnung verknüpfen. Diese Ordnung muß als Struktur formulierbar sein und ist damit auf Bedeutung und Sprache verwiesen. *Damit kommt die angeblich äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor.*“). Dazu auch *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, S. 287 („So the normal way of finding out what a person intended to say is to establish what he said.“); *Gardner*, *Some Types of Law*, in: *Edlin* (Hrsg.), *Common Law Theory*, 2007, S. 51 ff.

⁴¹ *Günther*, *Kopf oder Füße?*, in: *Kiesow/Ogorek/Simitis* (Hrsg.), *Summa. FS Simon*, 2005, S. 255 (272).

Diese Probleme sind lange bekannt.⁴² Je nach theoretischer Perspektive ist insoweit von dem Erfordernis einer Meta-Norm,⁴³ der Zirkularität des Verstehens⁴⁴ oder von den Paradoxien der Sprache⁴⁵ und des sprachlich mediatisierten positiven Rechts⁴⁶ die Rede. Die Einschätzungen, welches Ausmaß das Problem hat, divergieren. Keineswegs führt dieser Befund notwendig zu einem starken Regelskeptizismus.⁴⁷ Allerdings postulieren etwa die Theoretiker der Strukturierenden Rechtslehre auf dieser Grundlage durchaus eine weder sprachlich noch rechtlich, sondern nur noch (verfassungs-)kulturell letztgebundene Entscheidungsmacht des Richters: Der Richter erzeugt das Recht, an das er gebunden ist; das Gesetz kann die von ihm angemäßte Determinierung nie einlösen.⁴⁸ Aber auch diejenigen, die den Raum des „Schöpferischen“ geringer veranschlagen und der „Grobsteuerung“ der sozialen Realität durch den Gesetzgeber Erfolg zusprechen⁴⁹, bedürfen Strategien, um die verbleibenden Fälle erklären und bewältigen zu können.

⁴² S. nur etwa schon *Merkl*, Interpretationsproblem, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Wiener rechtstheoretische Schule, Bd. 1, 1968, S. 1059 (1070 ff.).

⁴³ *Hassold*, Wille, ZZP 94 (1981), S. 192 (196).

⁴⁴ Zur hermeneutischen Zirkularität im Recht, wonach der Rechtsanwender die Bedeutung der Texte, die er anwenden soll, selbst erst normiert, s. nur *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 119 f., 134 ff.; *Krawietz*, Diskussionsbemerkung, in: VVDStRL 23 (1976), S. 114 (115); *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 271 ff.; *Tschentscher*, Legitimation, 2006, S. 191–194; *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 328 („Auch die Normen eines solchen Methodengesetzes sind nicht autointerpretativ und müssen genauso wie die Normen, deren Auslegung und Fortbildung sie zum Gegenstand haben, ihrerseits ausgelegt werden.“).

⁴⁵ *Klatt*, Wortlautgrenze, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln, Bd. 2, 2005, S. 343 (351).

⁴⁶ Dazu etwa *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 72; *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 340 f.; *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 11, 21, 37 ff. und passim. Kritisch dazu wiederum etwa *Günther*, Kopf oder Füße?, in: Kiesow/Ogorek/Simitis (Hrsg.), Summa. FS Simon, 2005, S. 255 ff.; *Bung*, Karneades, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 2008, S. 72 ff.

⁴⁷ Vgl. zu einer populären Variante („Kripkenstein“) *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 50, 53.

⁴⁸ Zum Maßstab der Verfassungskultur s. die Nachweise unten § 8 Fn. 64. Vgl. weiter auch *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 11; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 526 ff. Ähnlich große Skepsis gegenüber der Bindungskraft der Normtexte begegnet aber auch in anderen Theorielagern, vgl. nur die Hinweise bei *Rottleuthner*, Richterliches Handeln, 1973, S. 152, oder bei *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 129 f., 191.

⁴⁹ Zur Formulierung *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 89 f.

II. Strategien der Immunisierung

Gerichte stehen bekanntlich unter Entscheidungszwang.⁵⁰ Die dadurch ins Rechtssystem getragene Logik nötigt Juristen zu einem spezifischen Umgang mit unentscheidbaren Problemen. Auch für die methodentheoretischen Probleme existiert eine Reihe derartiger Immunisierungsstrategien.⁵¹ Hier sind die drei wichtigsten vorzustellen. Diese lassen sich auf folgende Kurzformeln bringen: Externe Rationalität statt interner Rechtfertigung (1.); Fokus auf subjektive Entscheidungsbedingungen und die Verantwortung des Entscheiders (2.); und die Konstitutionalisierung der Methodenlehre (3.). Keiner dieser Ansätze löst das Grundproblem; alle entwerfen nur Bewältigungsstrategien. Insbesondere der Konstitutionalisierungsgedanke hat sich dennoch als äußerst produktiv für jede weitere Behandlung von Methodenfragen erwiesen.⁵²

1. Aufhebung durch externe Rationalität

Nach dem zweiten Weltkrieg suchte die deutschsprachige Rechtswissenschaft vornehmlich in der philosophischen Hermeneutik Zuflucht vor Zirkularität und Paradox.⁵³ Die Hoffnung bestand darin, dass der Vorgang der Auslegung

⁵⁰ Zu den damit verbundenen Konsequenzen für Begriff und Organisation der Rechtsprechung vgl. nur *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 315 f., 319 ff.

⁵¹ Neben die Frage der theoretischen Bewältigung tritt die der praktischen Konsequenzen. Diese wurde insbesondere für die Verfassungsgerichtsbarkeit erörtert (vgl. etwa *Heun*, *Original Intent*, AöR 116 (1991), S. 185 (207 ff.)), sind hier jedoch auszuklammern.

⁵² Üblicherweise werden die hier unterschiedenen Typen in den real vertretenen Rechtsanwendungstheorien kombiniert, so etwa bei *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, dessen Interpretationstheorie eine „rechtstranszendente Metatheorie“ der Rechtsgewinnung (ebd., S. 270) mit einem hermeneutischen Ansatz (ebd. S. 271 ff.) verbindet. Hinter der Bezeichnung „Metatheorie“ verbirgt sich die verfassungstheoretische These, dass sich im Grundgesetz die Entscheidung für eine vollpositivierte Rechtsordnung manifestiere, die Anforderungen an und Zuständigkeiten für die Rechtserzeugung abschließend regelt (ebd., S. 277 und 287 ff.). Auch die Strukturierende Rechtslehre kombiniert sprachphilosophische Annahmen, verfassungstheoretische Überzeugungen und dezisionale Elemente (dazu näher oben § 8 Fn. 19, § 8 Fn. 21, § 8 Fn. 31 und sogleich unter § 8 Fn. 64). Teilweise wird allerdings auch schlicht mit Setzungen gearbeitet, vgl. klassisch: *Merkel*, *Interpretationsproblem*, in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg.), *Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 1, 1968, S. 1059 (1072) („Welche Interpretationsmethode jedoch anzuwenden sei, ist eine Sache außerrechtlicher, mehr oder minder dogmatischer Festsetzung.“).

⁵³ Vgl. zu diesem Ansatz, zu dem etwa *Arthur Kaufmann*, *Josef Esser*, *Karl Larenz* und *Joachim Hruschka* gezählt werden, schon früh kritisch *Rottleuthner*, *Hermeneutik*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, 1976, S. 7 ff.; zu den Grenzen der Übertragbarkeit des philosophischen Hermeneutikdiskurses auf das Recht in seltener Einigkeit *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 142 ff.; *Klatt*, *Wortlautgrenze*, 2004, S. 52 ff.; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 191 ff., 302 f. Speziell zur Hermeneutikrezeption von Esser und Larenz vgl. *Frommel*, *Rezeption*, 1981.

eine Art hermeneutische Sachgesetzlichkeit aufweise, der die Rechtsanwendung leiten und damit, wenn auch nicht rechtliche, so doch rationale Maßstäbe für die Rechtsanwendung bereitstellen könne.⁵⁴ Die Positivität der Rechtsordnung soll durch Rekurs auf eine rechtsexterne Rationalität transzendiert werden.⁵⁵ Eine Weiterentwicklung und inhaltliche Neufundierung – und gleichzeitig einen der international wohl einflussreichsten Versuche, eine rechtssystemübergreifende ‚Grammatik des (Verfassungs-)Rechtsprechens‘ zu etablieren – stellte in diesem Zusammenhang *Robert Alexys* Projekt einer argumentations- und diskurstheoretischen Fundierung des Verfassungsrechts dar.⁵⁶ Welche Argumentformen in diesem Diskurs zulässig sind, welche Methoden also Gerichte bei der Auslegung von Rechtstexten anwenden können, ergibt sich für Alexy und seine Anhänger aus der Natur des allgemeinen praktischen und des juristischen Sonderdiskurses. Später ist noch einmal präziser auf die hier zugrundeliegenden Überlegungen zurückzukommen.⁵⁷

Trotz (oder auch wegen) seiner systemstabilisierenden Tendenz⁵⁸ wurde das hermeneutische wie auch das argumentationstheoretische Projekt von Beginn an mit Skepsis verfolgt. Die Möglichkeit, durch Rekurs auf Hermeneutik oder Diskurstheorie Kontingenz und Dezision zu vermeiden, wurde insbesondere in der Strukturierenden und der sogenannten Nachpositivistischen Rechtstheorie harscher Kritik unterzogen.⁵⁹ Ganz grundsätzlich wurde dabei die strategische Bewegung aus dem Recht heraus und in die Philosophie hinein angegriffen. Die hierbei formulierten Einwände lassen sich auch moderneren Externalisierungsversuchen entgegenhalten, die häufig eher ökonomischen Theorien und empirischer Forschung als philosophischer Erkenntnis verpflichtet sind.⁶⁰

⁵⁴ Paradigmatisch für diese auch in der Praxis wirkmächtige Idee ist BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (287): „Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft [...]“.

⁵⁵ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 288.

⁵⁶ Der Unterschied zu den hermeneutischen Ansätzen wird hierbei stark betont, vgl. stellvertretend *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 62.

⁵⁷ Hierzu näher § 8 B. II. 1.

⁵⁸ Im Ergebnis sind *Alexys* Regeln – wohl kaum zufällig – weitgehend mit der vom Bundesverfassungsgericht praktizierten Methode identisch. Das Gericht hat daher auch das Diskurs-Konzept, zumindest terminologisch, bereitwillig aufgenommen, s. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 5. 4. 1990 (*Richterausschluss*) – E 82, 30 (38).

⁵⁹ Vgl. nur die Kritik bei *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 80 ff., und die Anti-Kritik bei *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 103 ff.

⁶⁰ Ausführlich zur Frage der empirischen Folgenorientierung von Recht unten § 8 C. II.

2. Bewältigung durch Dezision, Verantwortung oder Fiktion

Die sprachphilosophische Wende der Methodendebatte, von der die maßgebliche Kritik an den hermeneutischen Ansätzen ausging, hat das Bewusstsein für die Probleme der Sprachlichkeit von Recht erheblich geschärft. Die besonders avancierten Ansätze trugen dabei jedoch gerade nicht zur Erklärung oder Rechtfertigung von Methodenregeln bei. Im Gegenteil zeigten sie auf, wie wenig Rechtsanwendung sprachlich determiniert werden kann. Die Rechtfertigungslücke scheint zementiert. Der zweite Ansatz besteht nun darin, gleichsam heroisch vor dieser Lücke zu kapitulieren und alle weiteren Legitimierungs- und Rationalisierungsversuche zu unterlassen. Der nicht rationalisierbare und legitimierbare Bereich der Rechtsanwendung wird dann zur Dezision erklärt.⁶¹ Je nach theoretischem Hintergrundmodell lassen sich hieraus unterschiedliche Folgerungen ziehen: Für eine radikale Rechtskritik, wie sie im 20. Jahrhundert in verschiedensten Ausprägungen betrieben wurde, ist Methode nur noch Rhetorik zur Maskierung von Machtansprüchen oder „Camouflage der Dezision“.⁶² Alternativ kann an den Rechtsanwender appelliert werden, das Paradox des Rechts auszuhalten. Dies ist der durchaus pathetische Kern der Strukturierenden Rechtslehre.⁶³ Danach dienen Methodenlehre, Philosophie und Sprachtheorie zwar noch der Aufklärung und Kritik vereinfachender und verdunkelnder Theorieansätze, können aber keinen übergeordneten Rationalitätsmaßstab mehr behaupten. Kontrolle ist allein durch eine (unscharf bleibende) „Verfassungskultur“ gewährleistet.⁶⁴ In eine ähnliche Richtung geht, wer die Bindung als Fiktion behauptet.⁶⁵ Auch wer,

⁶¹ Hierzu näher *Langenbucher*, *Dezisionismusargument*, ARSP 88 (2002), S. 399 ff.

⁶² So die Formulierung bei *Sendler*, *Methoden der Verfassungsinterpretation*, in: *Ziemske/Langheid et al.* (Hrsg.), *FS Kriele*, 1997, S. 457. Vgl. allerdings die Hinweise auf die fehlende empirische Absicherung dieser Thesen bei *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: *EzR*, Stand: 2015, Rn. 9 ff.

⁶³ S. etwa *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, 2008, S. 41, 50, sowie die Affirmation der Paradoxien des Rechts ebd., S. 37 ff.

⁶⁴ So bleibt auch der Strukturierenden Rechtslehre trotz ihres Versuchs einer Anbindung an das Verfassungsrecht (dazu gleich näher unter § 8 A. II. 3.) letztlich nur die Bindung des fallentscheidenden Juristen als „Subjekt der Konkretisierung“ an die durch die „Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur“, also der Appell an seine Verantwortung (dazu näher *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, 2008, S. 201; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 282–288, 325, 346). Kritik bei *Klatt*, *Wortlautgrenze*, 2004, S. 105, 108, sowie – bedingt selbstkritisch – *Christensen*, *Gesetzesbindung*, 1989, S. 221 f.; *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, 2008, S. 20.

⁶⁵ *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 305 (eben unter Bezugnahme auf *Vaihingers Philosophie des Als Ob*), macht sich dies zwar nicht ausdrücklich zu eigen, sondern sieht im Fiktionskonzept nur die letzte Antwort auf die Kritik der „Neuen Hermeneutik“ und der Strukturierenden Rechtslehre am Bindungskonzept; da allerdings – nach *Jestaedt* – der von ihm zu Recht für maßgeblich gehaltene ‚Wille des Normsetzers‘ als ‚Inhalt der Norm und damit Ziel der Rechtserkenntnis‘ (ebd., S. 331) selbst wieder nur „Fiktion“ ist

wie wohl die große Mehrheit, nur in Teilbereichen der Rechtsanwendung Raum für Dezision sieht, postuliert eine Grenze zwischen gebundenem und freiem Entscheiden, deren Bewachung wesentlich der persönlichen, nicht mehr einer eigentlich rechtlichen Verantwortung des Rechtsanwenders obliegt.⁶⁶

3. Verlagerung durch Rekurs auf Verfassungsrecht und Verfassungstheorie

Die dritte Strategie besteht darin, statt auf Philosophie, Sprache oder persönliche Verantwortung auf höherstufige Rechtsregeln Bezug zu nehmen. Die Idee, die Methodenlehre zu konstitutionalisieren, also „von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße“⁶⁷ zu stellen, wurde schon früh geäußert.⁶⁸ Insbesondere die Enttäuschungen über den Ertrag der Hermeneutikdiskussion wurden mit einem Plädoyer für Verfassungsrecht und Verfassungstheorie beantwortet: „Damit bilden *staatstheoretische Erwägungen die Begründung für die Wahl der Auslegungsziele*, nicht dagegen sprachphilosophische Überlegungen oder gar hermeneutische Spekulationen darüber, was der ‚wahre Sinn‘ von Texten und was ein ‚richtiges Verstehen‘ ist“.⁶⁹ Dass Methodenfragen Verfassungsfragen sind, hatte das Bundesverfassungsgericht im Übrigen schon immer angenommen.⁷⁰

(ebd., S. 354), bleibt dem Rechtsanwender wenig mehr als der Sprung in den Glauben an die Interpretation – der Unterschied zur Adaption einer „Verfassungskultur“ besteht nur noch in der transzendentalen statt konventionalen Ableitung, hat aber jedenfalls keine greifbaren praktischen Konsequenzen. Das Konzept der Fiktion bzw. die Vorstellung eines fiktiven Autors kann im Umgang mit Normen zwar durchaus produktiv sein (vgl. dazu unten bei Fn. 245), allerdings nur, wenn die Möglichkeiten der Interpretation zuvor wirklich erschöpft wurden.

⁶⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 21960, S. 351; Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 62012, Einleitung Rn. 98 f.; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 43. S. auch Jestaedt, „Öffentliches Recht“, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Proprium*, 2007, S. 241 (276): Es gelte „das positivrechtliche Regime der normativen Fremdprogrammierung von jenem der normativen Eigenprogrammierung“ kategorial zu unterscheiden. Zum Verantwortungsgedanken auch Esser, *Vorverständnis*, 1970, S. 194: „Die verbale Grenze ist voll abhängig von der Bedeutungsgrenze des Normzwecks und letzterer wieder vom Verständnis eines keineswegs eigenmächtigen, sondern den Regelungsgedanken in dogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht verantwortlich verarbeitenden Richters“.

⁶⁷ Schneider, *Gesetzmäßigkeit*, DÖV 1975, S. 443 (452).

⁶⁸ Vgl. etwa bereits Schneider, *Verfassungsinterpretation*, in: VVDStRL 20 (1963), S. 1 (29 ff.); Ehmke, *Verfassungsinterpretation*, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 (72 ff.).

⁶⁹ Koch/Rußmann, *Begründungslehre*, 1982, S. 179. Wichtig wurden dann (nach der Tagung von 1962) die Diskussionen im Umfeld der Staatsrechtslehrertagung 1975, vgl. J. Ipsen, *Richterrecht*, 1975; Schlink, *Methodik, Rechtstheorie 7* (1975), S. 94 ff.; Kriele, *Rechtsgewinnung*, 21976, S. 33; Schuppert, *Richterrecht, Der Staat 15* (1976), S. 114 ff.; Vogel, *Diskussionsbemerkung*, in: VVDStRL 34 (1976), S. 94 (95): „Jede Rechtsanwen-

Es fällt nicht schwer, die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Methodenregeln zu benennen. Diese entsprechen den schon eingangs angeführten Normen und Prinzipien, die überhaupt erst den Grundsatz der Gesetzesbindung konstituieren.⁷¹ Doch endeten alle Versuche, diese Prinzipien zu konkretisieren und daraus trennscharfe Regeln für die Rechtsanwendung zu konstruieren, ernüchternd, nämlich mit dem der Verfassungsrechtsprechung schon lange bekannten Ergebnis, wonach das Grundgesetz keine bestimmte Auslegungsmethode vorschreibt.⁷²

Dies ist nicht erstaunlich. Zwar ist unbestreitbar, dass die Interpretation und Ausfüllung von Methodenbegriffen immer von materiellen Theorien über das Verständnis von Recht und Staat abhängt. Doch fehlt es erstens offensichtlich – und im pluralistischen Staat vermutlich zwingend⁷³ – an einer allgemein konsentierten Verfassungstheorie und damit an einer eindeutigen

dungslehre findet aber ihre Basis notwendig im Verfassungsrecht, sie *ist* Verfassungsrecht“. Speziell für die Verfassungsinterpretation s. die Nachweise unten in § 8 Fn. 74. Vgl. dann auch *Wank*, Grenzen, 1978, S. 82 ff., 207 ff.; *Hassold*, Wille, ZZZ 94 (1981), S. 192 (197); *Hillgruber*, Rechtsfortbildung, JZ 1996, S. 118 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 2 f., 5 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 2013, Rn. 158 und passim. Heute prominent *Rüthers*, Methodenrealismus, JZ 2006, S. 53 (58, 60); *ders.*, Verfassungsfragen, Rechtstheorie 40 (2009), S. 253 ff. Verfassungstheorie steht hier – stark vereinfacht, aber für die vorliegenden Zwecke ausreichend – für Reflexionen über verfassungsrechtliche Fragen, die auf einer höheren Abstraktionsebene als die Verfassungsrechtsdogmatik agieren, einen höheren Freiheitsgrad als diese aufweisen, d. h. nicht allein Argumente zulassen, die sich auf das geltende Verfassungsrecht beziehen, aber dennoch im Kern normative Fragen stellen und dabei das Grundgesetz als maßgebliche Referenzordnung anerkennen (vgl. *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 23, 43, 48, 54 f., 149 ff.; *Jestaedt*, Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 40 ff.; zur Funktion von Verfassungstheorie vgl. auch noch *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004, S. 15 ff.). Mit der Wahl des Begriffs ‚Verfassungstheorie‘ soll hier keine Position in der Auseinandersetzung um das Verhältnis von Verfassungstheorie und Staatstheorie eingenommen werden (die Polemik dieser Debatte bildet sich selbst in ihren Historisierungen noch ab: vgl. einerseits *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 63 ff.; andererseits *Isensee*, Staatlichkeit, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 199 (224 ff.)). Ähnlich wie hier *Jestaedt*, Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 14 ff.

⁷⁰ Vgl. nur etwa BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. 12. 1953 (*Gleichberechtigung*) – E 3, 225 (242 f.); Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (287 ff.); Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Oktober 1983 (*Sozialplan*) – E 65, 182 (190 f.); s. im Übrigen die Nachweise oben § 8 Fn. 21. Näher unten § 8 B. II. 2.

⁷¹ Vgl. für eine instruktive Zusammenstellung der relevanten Normen die Nachweise oben § 8 Fn. 22.

⁷² Ausdrücklich etwa BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 30. 3. 1993 (*Konkursverwaltungsvergütung*) – E 88, 145 (166 f.): „Eine bestimmte Auslegungsmethode (oder gar eine reine Wortinterpretation) schreibt die Verfassung nicht vor“.

⁷³ S. dazu oben § 6 A. I.

Referenzgröße.⁷⁴ Zweitens sind auch entsprechende verfassungstheoretische Auffassungen, sobald sie Anspruch auf rechtliche Relevanz erheben, auf Bestätigung an den Regeln des positiven Rechts angewiesen – das von ihnen erhoffte Erklärungspotential verfällt damit dem Einwand der Zirkularität.⁷⁵ Drittens ist keine allzu simple Gleichsetzung bestimmter interpretatorischer Methoden und verfassungstheoretischer Prämissen möglich, da die Wahl der Methode nicht unbedingt klar vorhersehbare Auswirkungen auf die politische Wirklichkeit hat. Ob etwa die Berücksichtigung von Gesetzgebungsmaterialien dazu führt, dass der Willen des Gesetzgebers besser realisiert und damit ein ‚demokratischeres‘ Recht erreicht wird oder ob im Gegenteil damit der Richtermacht die Tür geöffnet wird, lässt sich kaum pauschal vorhersagen.⁷⁶

⁷⁴ Zu diesem Problem allgemein: *R. Dreier*, Verfassungsinterpretation, in: *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, S. 106 (114, 125); hierzu nach wie vor maßgeblich *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, NJW 1974, S. 1529 ff.; *ders.*, Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089 ff. Zur Auseinandersetzung mit Böckenfördes Versuch, die verfassungstheoretische Reflexion der Beliebigkeit zu entziehen, eng an die normativen Aussagen des Grundgesetzes rückzubinden und dadurch dem Ideal einer „verfassungsgemäßen Verfassungstheorie“ nahekommen zu können, vgl. die stärker den riskanten Charakter von Verfassungstheorie betonende Kritik bei *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 133 ff.; sowie die sezierende Analyse bei *Jestaedt*, Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 94 ff. Präzise auch die Diagnose bei *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 329 f.; wenig erstaunlich ist daher, dass der von *Schenke* im Anschluss unternommene Versuch der Rekonstruktion eines „Methodenverfassungsrechts“ weitgehend ergebnislos enden muss.

⁷⁵ Die Schwierigkeit dieser Grenzziehung macht gerade den wesentlichen Inhalt des verfassungstheoretischen Diskurses aus; vgl. *Morlok*, Verfassungstheorie, 1988, S. 60; vgl. auch *Jestaedt*, Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 130 f. mit Endnote 94. Besonders plastisch auch schon *Kriele*, Rechtsgewinnung, ²1976, S. 31: „So tragen Verfassungstheorie und Interpretationstheorie sich wechselseitig, ohne einander kontrollieren zu können, und es besteht deshalb keine Gewähr dafür, daß sie nicht neben der normativen Wirklichkeit herlaufend beide in der Luft schweben.“ Spezifisch für die Grundrechtstheorie, aber durchaus für alle verfassungstheoretischen Entwürfe gültig: *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 123 ff., 127 ff., 130 (insbes. S. 124: „[Verfassungstheoretische Entwürfe] ziehen ihre Rechtfertigung als verbindliche Richtschnur der Verfassungsinterpretation zwar daraus, Wesen und Substanz der Verfassung zu sein [...]; genau deswegen aber können sie nicht der Verfassungsauslegung vorausgehen, sondern bedürfen selbst der Verifikation durch Auslegung.“).

⁷⁶ Dies ist die ‚umgekehrte‘ Konsequenz der Beobachtung, dass sich bestimmten Methoden oder Canones kein abstrakter Rang oder auch nur ein relatives Gewicht zuschreiben lässt (zur Rangfrage als non-liquet-Problem unten § 8 Fn. 125). Vgl. allgemein instruktiv hierzu *A. Volokh*, Choosing Interpretive Methods, N.Y.U. L. Rev. 83 (2008), S. 769 ff. *Volokh* zeigt, dass Methodenregeln als Argumentformen viel zu abstrakt sind, als dass sie sich eindeutig einem entsprechenden Rechts- oder Verfassungsverständnis zuordnen ließen; vielmehr sind verschiedene Methoden oft gleichermaßen zur Stabilisierung der Rechtsordnung wie zur progressiven Implementierung von Politiken welcher Art auch immer geeignet. Vgl. in diesem Sinne auch einerseits die empirischen Untersuchungen in den U.S.A., die einen konservativen „ideological tilt“ der Berücksichtigung von Materia-

Diese Probleme einer verfassungstheorie- bzw. verfassungsrechtsgeleiteten Methodendiskussion sind unter Begriffen wie ‚Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung‘, ‚Vorverständnis und Methodenwahl‘ und ‚grundgesetzadäquate Verfassungstheorie‘ bereits ausführlich erörtert worden, ohne dass eine Lösung in Sicht wäre. Auch wenn der Versuch einer umfassenden Konstitutionalisierung der Methodenlehre letztlich doch wieder auf dezisionale und hermeneutische Strategien zurückgreifen muss⁷⁷, stellt die Integration der Verfassungstheorie einen wesentlichen Fortschritt der Methodendebatte dar. Seither lässt sich die methodische Arbeit nicht mehr einfach als Anwendung von dem Verfassungsrecht vorgängigen oder davon unabhängigen Methodenregeln verstehen. Vielmehr werden Methodenregeln in die Auseinandersetzung über den legitimen Platz von Gerichten im Verfassungsstaat und über dessen Rechtsverständnis einbezogen. Methodenlehre ist kein steriles Projekt, sondern ist institutionell und normativ in die Rechtsordnung eingebettet.⁷⁸ Methodenregeln lassen sich damit etwa als (sehr diffuse) Kompe-

lien ausmachen wollen, bei *Nourse*, *Decision Theory*, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (85); andererseits die Einschätzung bei *Schröder*, *Rechtsbegriff*, in: *Rechtswissenschaft*, 2010, S. 585 (597 f.), wonach die subjektive Theorie zumindest traditionell eher von „linken“ Rechtswissenschaftlern vertreten werde. Zu stark daher *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 266 ff., der zustimmend auf *Merkl's* Dikta – das Recht wird „die Auslegungsmethode, die zu ihm geführt hat, notwendig bestätigen“ und „Wie die Rechtsauslegung, so das Recht“ – verweist. Eher zutreffend ist die etwas abgeschwächte Aussage (ebd., S. 267), dass durch die Wahl der Methode „für den weiteren Verlauf des Verfassungsaktualisierungsprozesses vor-entscheidende Richtpunkte gesetzt werden“. Methode stellt damit sicher einen „Machtfaktor“ dar (vgl. *Grimm*, *Methode als Machtfaktor*, in: *Recht und Staat*, 1987, S. 347 ff.; sowie etwa *Wahl*, *Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, 2008, S. 29 (45)), jedoch lässt sich dieser deutlich schwerer kontrollieren als üblicherweise wohl unterstellt (zu entsprechenden Debatten in der frühen bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre vgl. auch den Überblick bei *Thurn*, *Welcher Sozialstaat?*, 2013, S. 106 ff.).

⁷⁷ Vgl. *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 132–134, der unter Hinweis auf *Esser* Verfassungstheorie als „Einstiegshilfe in den ‚Anwendungszirkel einer dogmatischen Interpretation‘“ definiert und davon ausgeht, dass in diesem *hermeneutischen* Zirkel eine allmähliche Präzisierung der Auslegungshypothesen möglich ist, so dass über die Zeit ein „besseres“ Verstehen des (Verfassungs-)Rechts möglich ist (ähnlich auch *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, ³2008, S. 603). So richtig es ist, dass kein logischer Zirkel vorliegt, ändert diese Rekonstruktion doch wenig an der prekären Situation desjenigen, der sich darüber unsicher ist, ob er überhaupt richtig in den Zirkel hinein gekommen ist.

⁷⁸ Insofern gilt: „As legislative scholars have long known, ‘without a positive theory,’ any normative theory of statutory interpretation may be misguided and even futile.“ – *Nourse*, *Decision Theory*, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (74), unter Hinweis auf *Mashaw*, *Economics of Politics*, Chicago-Kent L. Rev. 65 (1989), S. 123 (152).

tenznormen interpretieren.⁷⁹ Auch werden die ‚Rechtsfolgen‘ einer Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Methodenverständnis sichtbar.⁸⁰ Erneut zeigt sich so die inhärent normative Dimension jeder rechtswissenschaftlichen Methodenlehre und deren praktischer Realisierung.

Auf diese Weise lassen sich die grundlegenden Probleme der Methodenlehre zwar nicht lösen, wohl aber ist ein Rahmen für ihre Bearbeitung und ihre Diskussion gefunden. Dass eine letztbegründete Entscheidung der wesentlichen Differenzen unmöglich ist, bedeutet keineswegs, dass Auseinandersetzungen über ein besseres Verständnis der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Regelungen und deren verfassungstheoretischer Rekonstruktionen entbehrlich ist. Vielmehr lebt die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung gerade von dieser Art des Streits.

III. Rechtsanwendungstheorie und die Frage nach „dem“ Zweck

In der Reflexion über die Methoden der Rechtsanwendung hat sich die Rechtstheorie bislang als ein „destruktives Geschäft“⁸¹ gezeigt, das in Begründungsfragen wieder und wieder auf Begründungszirkel oder Dezision gestoßen ist. Immer sind Setzungen erforderlich, die teils auf philosophische Einsichten, teils auf politische Präferenz, teils auf vermeintliche Sachnotwendigkeit zurückgeführt wurden. In diesem Sinne sind die drei skizzierten Immunisierungsstrategien stets notwendig; Elemente davon sind in jeder Rechtsanwendungstheorie enthalten.

Die vorstehenden Ausführungen haben diese Bruchlinien der Methoden-debatte vergleichsweise ausführlich skizziert, um zu zeigen, dass sich die dabei stellenden Fragen nicht durch die Entscheidung für ein ‚objektives‘ oder ‚subjektives‘ Verständnis des Zweckbegriffs lösen ließen. Dennoch wird immer wieder darauf hingewiesen, dass das Problem der Auslegungslehre in der Frage nach dem Zweck kulminiere.⁸² Die Rekonstruktion ‚des Zwecks‘ wird dann als das *Ziel* der Methodenlehre beschrieben und häufig mit der

⁷⁹ Vgl. bereits *Jesch*, Auslegung, JZ 1963, S. 241: Interpretationstheorie betrifft „vorrangig Probleme der Kompetenz- und Funktionsverteilung zwischen den drei Staatsgewalten“; *Ehmke*, Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 (68); *J. Ipsen*, Richterrecht, 1975, S. 47 ff.; *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 40–49; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 603 („Fortsetzung der Rechtsquellenlehre“); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ⁶2011, Rn. 696.

⁸⁰ Hierbei verbietet sich allerdings pauschale Aussagen (vgl. § 8 Fn. 76). Doch gibt es bestimmbare ‚Rechtsfolgen‘, so weist etwa *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 169, zutreffend darauf hin, dass eine konsequente Anwendung des „Konkretisierungsdenkens“ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als (Mit-)Setzung von Verfassungsrecht definieren muss, die damit am Vorrang der Verfassung teilnehmen, was für die Reichweite des § 31 BVerfGG relevant ist.

⁸¹ *Lahusen*, Rechtspositivismus, 2011, S. 191.

⁸² S. hierzu die Nachweise oben in § 8 Fn. 2.

Forderung verbunden, seine Rolle auf diese Metaebene zu beschränken, da das Ziel nicht gleichzeitig auch Mittel der Auslegung sein könne.⁸³ Dieser Gebrauch von ‚Zweck‘ oder ‚ratio legis‘ als Oberbegriff für den ganzen Auslegungsvorgang hat eine lange Tradition und begegnete etwa bereits bei *Anton F. J. Thibaut*.⁸⁴ Schon in der Auseinandersetzung mit dem historischen Material wurde allerdings auf die seinerzeitige Unschärfe des entsprechenden Begriffsgebrauchs hingewiesen. Kann ein solches Verständnis des Zweckbegriffs tatsächlich heute noch etwas zur Lösung der hier aufgezeigten Methodenprobleme beitragen? Oder ist das „destruktive Geschäft“ noch eine Weile fortzusetzen?

B. Die Rekonstruktion des Zwecks als „Ziel“ der Rechtsanwendung im Verfassungsstaat?

Methodenlehren können sich nach dem gerade Gesagten nie auf die Erörterung einzelner Methodenregeln beschränken. Vielmehr legen sie stets ein (hermeneutisches) Vorverständnis an den Tag, verhalten sich (oft dezisionistisch) zum Zirkularitätsproblem und operieren mit (regelmäßig impliziten) verfassungstheoretischen Annahmen. Methodentheoretische und methodenpraktische Fragen lassen sich damit nicht unabhängig voneinander bestimmen. Schon dies sprengt eine kategorial verstandene Unterscheidung von ‚Ziel‘ und ‚Mitteln‘ der Rechtsanwendung. Was kann es dann bedeuten, wenn in der Rekonstruktion des ‚Zwecks‘ das *Ziel* der Rechtsanwendung gesehen

⁸³ *Schlehofer*, *Methodologie*, JuS 1992, S. 572 (576): „Sinn und Zweck des Gesetzes sind also das *Ergebnis* der Auslegung. Dann können sie aber nicht gleichzeitig ihr *Mittel* sein.“ Ähnlich auch *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 338 ff.; *Herzberg*, *Ratio legis*, JuS 2005, S. 1 (6 f.); *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 364 („Die teleologische Interpretation ist kein selbständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von ‚Sinn und Zweck‘ der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. ‚Sinn und Zweck‘ ist, anders gesagt, keine Methode, sondern bereits ein Ergebnis.“); *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, ⁶2011, Rn. 717 ff. Tatsächlich ist es merkwürdig, wenn Gerichte in Entscheidungen das Ziel der Auslegung als Rekonstruktion des Zwecks oder des objektivierten Willens beschreiben und dazu auf „objektiv-teleologische“ Argumente rekurren (vgl. etwa die Beispiele bei *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 25). Wie diese Spannung aufzulösen ist, dazu unten § 8 B. II. Zur Unterscheidung von *Auslegungsziel* und *Auslegungsmittel*: *Mennicken*, *Ziel*, 1970, S. 15 und passim; *Hassold*, *Wille*, ZZP 94 (1981), S. 192 (193, 195 f.); *Schroth*, *Subjektive Auslegung*, 1983, S. 58 ff.; *Bydlinski*, *Methodenlehre*, ²1991, S. 428 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre*, ⁶1991, S. 316 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, ⁶2011, Rn. 725 ff. Kritik an dieser Unterscheidung sogleich unter § 8 B. I. sowie etwa bei *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 443; *Simon*, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, S. 209.

⁸⁴ S. hierzu näher oben unter § 2 A. I.

wird? Die Unklarheit dieser Aussage verstärkt sich noch, wenn, wie regelmäßig, eine objektive und eine subjektive Variante der Suche nach dem Normzweck unterschieden werden. Völlig undurchschaubar wird es, wenn daneben nochmals auf der Ebene der Auslegungsmittel auf eine objektiv- und eine subjektiv-teleologische Methode Bezug genommen wird.⁸⁵

Versucht man, im Gewirr der Begriffe und Theorien eine repräsentative Aussage zum Gehalt von objektiver und subjektiver Theorie zu finden, lautet diese etwa wie folgt: „Die subjektive Theorie fragt mit Variationen im Einzelnen nach dem historischen Willen des Gesetzgebers. [...] Demgegenüber erblickt die objektive Theorie das Ziel der Gesetzesauslegung in der Erschließung des dem Gesetz selbst innewohnenden Sinnes, der objektiv-teleologisch zu ermitteln sei und sich im Zeitablauf wandeln könne.“⁸⁶ Mit diesen Kategorien wird dann etwa diskutiert, ob das Bundesverfassungsge-

⁸⁵ Larenz, Methodenlehre, ⁶1991, S. 333 ff., diskutiert etwa im Rahmen der Darstellung der ‚Mittel‘ der Auslegung unter dem Stichwort „objektiv-teleologische Kriterien“ Gesichtspunkte wie „Natur der Sache“, „Gerechtigkeit“ etc. Wie sich dies zu dem „Ziel“, oder der bei ihm auch so genannten „Aufgabe“ der Auslegung verhält, bleibt völlig unklar. Einen bunten Strauß aus Methodengeschichte, Methodentheorie, Topik und bereichsspezifischer Methodik bietet etwa Kramer, Methodenlehre, ⁴2013, S. 152 ff., als Inhalt der „teleologischen Interpretation“ an.

⁸⁶ Fleischer, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (321 f.). Zur herkömmlichen Unterscheidung der Theorien und der je für und wider ausgetauschten Argumente vgl. Mennicken, Ziel, 1970, S. 16 ff. und passim; Hassold, Wille, ZZP 94 (1981), S. 192 ff.; Schroth, Subjektive Auslegung, 1983, S. 58 ff.; Bydlinski, Methodenlehre, ²1991, S. 428 ff.; Larenz, Methodenlehre, ⁶1991, S. 316 ff., 328 ff.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 627 ff. (ohne insoweit allerdings vom Ziel zu sprechen); Meyer, Verfassungswidrigkeit, Der Staat 48 (2009), S. 278 (282 ff.); Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, ⁶2011, Rn. 796 ff. Zum rechtshistorischen Hintergrund Ogorek, Richterkönig, ²2008, S. 158 ff., 166 f. m. w. N. aus der zeitgenössischen Literatur. Zur auch unter dem Begriff ‚objektiv‘ betriebenen Entgrenzung der Rechtsanwendungstheorie im Privatrecht des Nationalsozialismus vgl. Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, ⁷2012, S. 175–210. Umgekehrt galt, wenigstens zeitweilig, die ‚subjektive‘ Methode als die dem absolutistischen oder totalitären Staat („Führerbefehle“) adäquate Auslegungstheorie, während die ‚objektive‘ Methode im demokratischen Staat ermöglichen sollte, „unter den möglichen Gesetzesbedeutungen diejenigen auszusuchen, die dem herrschenden Sozialethos der Gemeinschaft am nächsten kommen“ (Zippelius, Methodenlehre, ²1974, S. 27 (in späteren Auflagen geändert); s. auch Engisch, Einführung, ¹⁰2005, S. 113). Hintergrund dieser Position ist die (allerdings inhaltlich ganz anders gelagerte) Kritik des Staatswillensbegriffs im Kaiserreich, etwa bei Lukas, Willen des Gesetzgebers, in: van Calker (Hrsg.), Festgabe Paul Laband, 1908, S. 397 ff.; dazu auch Schönberger, Parlament im Anstaltsstaat, 1997, S. 158 f. Entsprechende Gedanken finden sich aber auch noch in der Kritik des Willensbegriffs in der Auslegungstheorie, dazu unter § 8 C. III.

richt von einem objektiven Auslegungsverständnis zur subjektiven Theorie übergegangen sei.⁸⁷

Dass dieses Schema für die Diskussion von Fragen der Rechtsanwendung untauglich ist, ist keine neue Einsicht.⁸⁸ Den Positionen wird wechselseitig zugesprochen, „fast gänzlich unfruchtbar“⁸⁹ oder ein „Mysterium“⁹⁰ zu sein. Tatsächlich bleiben derartige Ansätze weit hinter den oben skizzierten Überlegungen zu Methodenfragen zurück. Dennoch sind diese Theorien in der Methodenliteratur, auch bei ihren Kritikern, immer noch das Mittel der Wahl, um die Rolle des Zweckbegriffs in der Rechtsanwendung zu diskutieren. Dabei wird in der Gegenüberstellung von ‚objektiven‘ und ‚subjektiven‘

⁸⁷ Die Standarderzählung, wonach das BVerfG einer objektiven Auslegungstheorie anhänge, findet sich etwa bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 25 f.; dazu auch näher unten § 8 Fn. 102, 105–107. Die These von der ‚Wende‘ knüpft insbesondere an folgende Entscheidungen an: BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmern*) – E 122, 248 (282 f.) – Sondervotum; Beschluss des Ersten Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (210); BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. 9. 2011 (*Immobilienfonds*) – NJW 2012, 669 (671 mit Absatz-Nr. 51). Dazu näher *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (321 ff.); *Fleischer*, Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087; *Höpfner*, Der Wortlaut ist tot, es lebe die Gesetzesbindung!, NJW Heft 15/2012, Editorial. Näher hierzu unten § 8 Fn. 143 und Fn. 326. Wie tragfähig solche Thesen angesichts einer Praxis sein können, die in derartigen Fragen stets ebenso klug wie flexibel agiert, sei dahingestellt. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 47 Fn. 19, hat hierzu die Formel vom „okkasionalistisch-eklektizistischen Methodenpragmatismus“ des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Ähnlich auch *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 29 f.; *Fischer*, Topoi, 2007, S. 130 m. w. N. Ein positives Bekenntnis zu einer derartigen – je nach Lesart – pragmatisch-ausbalancierenden oder inkonsistenten Haltung findet sich beim ehemaligen Richter des israelischen Supreme Court: *Barak*, Purposive Interpretation in Law, 2005, S. 157, 191 (s. auch ebd., S. 222: „my approach is eclectic“). Auf der Basis einer umfassenden Auswertung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen dagegen deutlich positiver *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 39 f.

⁸⁸ Vgl. nur *Schroth*, Subjektive Auslegung, 1983, S. 61 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 46 („irreführende Fixierung auf die Alternative ‚objektive‘ oder ‚subjektive‘ Auslegung“); *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 210 („beide in reiner Form nicht haltbar“); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 631 („Subjektive Auslegung ist objektiv, ‚objektive‘ Auslegung ist subjektiv.“); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 443 („Der ‚Wille des Gesetzgebers‘ ist eine Chimäre. [...] Auch der ‚Wille des Gesetzes‘ ist ein Phantom“; zur Kritik der Vertreter der Strukturierenden Rechtslehre an dem in der Methodentheorie gebrauchten Willensbegriff s. auch ausführlich unten § 8 Fn. 223 und Fn. 233); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ⁶2011, Rn. 796 („erstaunlich falsch gewählte und irreführende Bezeichnungen“); *Bumke*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (29); *Nourse*, Decision Theory, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (86).

⁸⁹ So zur „subjektiven“ Auslegung *Herzberg*, Ratio legis, JuS 2005, S. 1 (4).

⁹⁰ So zur „objektiven“ Auslegung *Hilgendorf*, Problem der Wertfreiheit, in: ders./Kuhlen (Hrsg.), Wertfreiheit, 2000, S. 1 (17).

Theorieansätzen der Zweckbegriff erneut nur als Chiffre gebraucht (I.). Dahinter verbergen sich ganz andere, vor allem verfassungstheoretische Gegensätze. Diese lassen sich jedoch ohne die überkommene teleologische Einkleidung wesentlich präziser fassen (II.). Für die vorliegende Arbeit ist die Kritik der subjektiv-objektiv-Unterscheidung vor allem aber auch aus dem eingangs erwähnten Grund wichtig: Die darin liegende Hypostasierung des Zweckbegriffs zum Zentralbegriff der Auslegung verdeckt, in welchen Formen der Verweis auf die Zwecke einer Norm im juristischen Diskurs als Argument tatsächlich fungieren kann (III.).

I. Objektive und subjektive Theorie als geltungstheoretische Differenz?

Die Unterscheidung von subjektiv und objektiv teleologischen Ansätzen operiert im Ausgangspunkt mit Begriffen und Argumentationsfiguren, die oben ausführlich untersucht wurden.⁹¹ So knüpft der Begriff des objektiven Zwecks terminologisch an das alte Denken vom ‚teleologischen Überschuss‘ an.⁹² Dementsprechend begegnen in Darstellungen der objektiven Theorie oder der häufig damit vermengten objektiv-teleologischen Auslegungsmethode oftmals Ausdrücke wie der ‚Gedanke der Gerechtigkeit‘⁹³ oder die ‚Natur der Sache‘⁹⁴, denen im Wege einer am ‚objektiven Zweck‘ orientierten Auslegung zur Geltung verholfen werden müsse.⁹⁵ Dem steht eine ‚subjektive‘ Theorie gegenüber, die unter Zwecken allein die Resultate von kontingenten Setzungen handelnder Subjekte verstehen will.⁹⁶ Verbirgt sich nun hinter der Verwendung dieser Formeln im methodentheoretischen Diskurs eine entsprechende geltungstheoretische Differenz? Befürworten also Vertreter der ‚objektiven‘ Theorie, dass sich objektive Zwecke gegen gesetzgeberische Zwecksetzungen durchsetzen können?

Wie dies im Recht des Verfassungsstaates zu beurteilen wäre, wurde bereits ausführlich analysiert: Metarechtliche Zwecke können die verfassungs-

⁹¹ Selbstverständlich gibt es so wenig ‚die‘ subjektive wie ‚die‘ objektive Theorie. Die folgenden Ausführungen versuchen daher, je repräsentative Theorievarianten abzubilden; auf Differenzierungen wird hingewiesen, wo dies im vorliegenden Zusammenhang notwendig erscheint.

⁹² Hierzu oben § 6 A. I. und § 6 A. III.

⁹³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, ³1995, S. 155.

⁹⁴ So etwa – allerdings sehr zurückhaltend – Bydlinski, Methodenlehre, ²1991, S. 459–461. Kritisch dazu Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 32, 123 ff.

⁹⁵ Für eine Kritik weiterer geläufiger Formeln („Rechtswirklichkeit“, „Rechtsidee“ etc.) vgl. nur Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 102 f. m. w. N., sowie schon Hensche, Teleologische Begründungen, 1998, S. 21.

⁹⁶ Hierzu im Kontext der Auslegungstheorie etwa Koch/Rüßmann, Begründungslehre, 1982, S. 169 f.; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 38 ff.; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 345 mit Fn. 55.

rechtliche Normenordnung nicht aushebeln.⁹⁷ Ende des 19. Jahrhunderts mag dies möglicherweise noch eine theoretische Option im Verhältnis zum positiven Recht gewesen sein.⁹⁸ Spätestens im Verfassungsstaat kann jedoch der Primat des Gesetzesrechts nicht mehr auf diese Weise in Frage gestellt werden.

Ist dann aber nicht das, was viele Vertreter subjektiver Theorien als ihr Spezifikum sehen, nämlich dass eine Auslegungstheorie dem Prinzip der Gesetzesbindung Rechnung zu tragen habe, Gemeingut?⁹⁹ Tatsächlich gehen auch alle ernstzunehmenden¹⁰⁰ ‚objektiven‘ Ansätze in der Rechtswissenschaft¹⁰¹ sowie die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts und anderer Obergerichte – die eigener Aussage nach einer (gemäßigten) objektiven Theorie anhängen¹⁰² – von folgenden Parametern aus: In Anerkennung aller Probleme, die die sprachliche Unbestimmtheit mit sich bringt, sind rechtlich relevante Gründe nach Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich auf positive Rechtsakte, d. h. insbesondere Verfassung und Gesetz, zurückzuführen.¹⁰³ Gerade die Gerichte betonen immer wieder die essentielle Bedeutung der Gesetzesbindung¹⁰⁴ und zeigen im Übrigen hohen Respekt vor den Zweckbestimmungen des (historischen) Gesetzgebers¹⁰⁵. Aber auch dort, wo das Bun-

⁹⁷ Hierzu oben unter § 6 A.

⁹⁸ Zur insoweit durchaus nicht eindeutigen Geschichte der objektiven Theorie vgl. oben § 8 Fn. 86.

⁹⁹ Vgl. den Überblick über prominente Vertreter der subjektiven Theorie bei *Hassold, Wille*, ZZP 94 (1981), S. 192 (193 f.; vgl. auch ebd., S. 198); *Klatt*, Wortlautgrenze, 2004, S. 73 ff.; *Kramer*, Methodenlehre, ⁴2013, S. 123 ff.; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (321 f.). Klassisch auch *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Bd. 1, ¹⁵1959, S. 234 f., wonach die „Gebotsvorstellung des Gesetzgebers“ maßgeblich seien, d. h. „der im Gesetz zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers, also der Sinn, den der Gesetzgeber mit seinen Worten verband, vorausgesetzt, daß er in den Worten auch einen (wenngleich unvollkommenen) Ausdruck gefunden hat“.

¹⁰⁰ Vgl. aber die Aufarbeitung der unproduktiven Kontroverse um den Richter als „Pianisten“ (*Hirsch*) bei *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: EzR, Stand: 2015, Rn. 28.

¹⁰¹ Vgl. den Überblick bei *Hassold, Wille*, ZZP 94 (1981), S. 192 (209); *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 316; *Engisch*, Einführung, ¹⁰2005, S. 113 ff. (insbes. S. 114 mit Fn. 25); *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (325 f.); *Kramer*, Methodenlehre, ⁴2013, S. 125 ff.

¹⁰² Umfassende Nachweise zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 25, sowie schon oben § 8 Fn. 87.

¹⁰³ Ausführlich hierzu oben § 6 A. II. Rechtsvergleichend etwa *MacCormick/Summers*, Interpretation, in: dies. (Hrsg.), Interpreting Statutes, 1991, S. 511 (515, 522–525) sowie überblicksartig für den anglo-amerikanischen Rechtsraum *Ekins*, Intent, 2012, S. 1–3.

¹⁰⁴ Vgl. die Nachweise oben § 8 Fn. 21.

¹⁰⁵ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 25–27, 362, *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, ³2008, S. 630, und *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ⁶2011,

desverfassungsgericht im Rahmen der Auslegung Zwecke heranzieht, die keine Anhaltspunkte im Normtext finden, wird dies nicht als Rekurs auf ‚objektive‘, der Entscheidung des Verfassungs- oder Gesetzgebers übergeordnete, ihr entzogene oder davon ganz unabhängige Zwecke konstruiert. Das gesetzgeberische Primat der Zwecksetzung wird nicht angezweifelt, sondern bestätigt, wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt: „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist.“¹⁰⁶ Selbst die dann „objektiviert“ bestimmten Zwecke werden also dem Gesetzgeber zugerechnet.¹⁰⁷ Ob diese Zurechnung im Einzelfall

Rn. 800, arbeiten heraus, wie sehr sich die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts von den Methodenregeln, die es selbst aufstellt, unterscheidet und wie wichtig in vielen Entscheidungen die Entstehungsgeschichte ist. Aus jüngerer Zeit vgl. etwa die Entscheidungen BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. 9. 2007 (*Einstellungsteilzeit*) – E 119, 247 (273); Urteil des Ersten Senats vom 11. 3. 2008 (*Automatisierte Kennzeichenerfassung*), E 120, 378 (424 f.); Beschluss des Ersten Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (211 f., 214); s. auch die Nachweise unten unter § 8 D. IV. Entsprechend für die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen: *Wedel*, Entstehungszeitliche Argumente, 1987, S. 10 ff.; *Honsell*, Historische Argumente, 1982, S. 142; *Muscheler*, Entstehungsgeschichte, in: Bohnert/Gramm et al. (Hrsg.), FS Hollerbach, 2001, S. 99 ff.; *Reichelt*, Teleologische Argumente, 2011; und in Strafsachen: *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 204 ff. Plastisch auch *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 124: „Die heute in der Rspr. üblich gewordene Formel vom Streben nach Erkenntnis des ‚objektivierten‘ Willens des Gesetzgebers zielt, wenn man die höchstrichterliche Rspr. näher analysiert, in Wirklichkeit gleichfalls ab auf die Ermittlung des im Gesetz und in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck gelangten realen Willens des historischen Gesetzgebers. [...] Bei unbefangener Diagnose kann kein Zweifel daran bestehen, dass das BVerfG in praxi dem Willen des Gesetzgebers zum Sieg verhilft“.

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. 5. 1952 (*Wohnungsbauförderung*) – E 1, 299 (312); Beschluss des Ersten Senats vom 15. 12. 1959 (*Platow-Amnestie*) – E 10, 234 (244); Beschluss des Zweiten Senats vom 17. 5. 1960 (*Nachkonstitutioneller Bestätigungswille*) – E 11, 126 (130); sowie aus jüngster Zeit nur Beschluss des Zweiten Senats vom 4. 6. 2012 – E 131, 88 (121). Dazu schon *Ehmke*, Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 (58). Es ist eher die Frage, ob sich überhaupt ein Argument mit dieser Aussage verbindet, vgl. dazu unten § 8 C. I. sowie *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 265 („Auch der sogenannte objektivierte Wille in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts meint, richtig gewendet, nichts anderes als die möglichst rational zu konkretisierende normative Wirkung einer Vorschrift in Bezug auf die zu lösende Rechtsfrage.“).

¹⁰⁷ S. hierzu etwa BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmung*) – E 122, 248 (282 f.) – Sondervotum; Beschluss des Ersten Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (210); BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. 9. 2011 (*Immobilienfonds*) – NJW 2012, 669 (671 [Absatz-Nr. 51]). Anders wohl *Cremer*, Objektive Zwecke, NVwZ 2004, S. 668 ff.

überzeugt, ist eine andere Frage, berührt aber die dabei zugrunde gelegte Konstruktion nicht.

Schon damit hat sich die Gegenüberstellung von objektiver und subjektiver Theorie in geltungstheoretischer Hinsicht erledigt. Mehr noch, der ursprünglich den Gegensatz prägende Gedanke eines objektiven Zwecks ist heute in der Rechtsanwendung schlicht unverständlich geworden. Für die ‚echte‘ objektivistische Gegenposition muss daher von den Vertretern einer subjektiven Theorie auch immer wieder auf *Karl Binding* oder *Josef Kohler* verwiesen werden.¹⁰⁸ Da sich durch die Konstruktion eines Scheingegners noch kein inhaltliches Profil entwickeln lässt, bleibt aber auch die subjektive Formel von der Maßgeblichkeit des Willens des Gesetzgebers dunkel. Sie beschreibt zunächst nur das Problem, zu dem sich jede Auslegungstheorie im demokratischen Verfassungsstaat verhalten muss, nämlich wie der Grundsatz der Gesetzesbindung unter den Bedingungen verschiedener Immunisierungsstrategien möglichst weitgehend realisiert werden kann. Wenn objektive und subjektive Theorien aber insoweit keine Gegenpositionen beziehen, was motiviert die Unterscheidung dann? Wofür stehen objektive und subjektive Theorie also?

II. Teleologische Chiffren und „paradigmatische Differenzen“

Jenseits der Einigkeit im Grundsätzlichen bestehen selbstverständlich erhebliche Differenzen über die richtige oder angemessene Methode, gerade auch zwischen Rechtsprechung und Teilen der Literatur.¹⁰⁹ Diese Differenzen betreffen jedoch nicht die Geltung des Prinzips der Gesetzesbindung, sondern den Umgang mit der ‚Rechtfertigungslücke‘, mit der jede Theorie der Rechtsanwendung in einer positiven Rechtsordnung notwendig konfrontiert ist.¹¹⁰ Die hierbei möglichen Haltungen sind nun deutlich vielgestaltiger, als das binäre subjektiv-objektiv-Schema insinuiert. Legt man die hinter diesem Gegensatz verborgenen Probleme frei, zeigt sich schnell, dass der Zweckbegriff in diesem Kontext erneut nur Chiffre ist – und zwar für Positionen zum Verhältnis von Rechtsanwendung und ‚vernünftiger‘ Entscheidung sowie für verfassungstheoretische bzw. verfassungsrechtliche Vorannahmen, die den Rechtsanwendungsakt anleiten.

¹⁰⁸ Charakteristisch etwa die Darstellungen bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 345; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317; *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 59.

¹⁰⁹ Außer Betracht bleiben sollen dabei im Folgenden Auseinandersetzungen um eine möglichst adäquate Rekonstruktion der mit Sprache verbundenen Probleme der Rechtsanwendung, auch wenn diese Unterschiede durchaus Auswirkungen auf die Positionen haben, die im Rahmen der gleich näher zu erörternden „paradigmatischen Differenzen“ eingenommen werden (s. dazu oben § 8 A. I. 2).

¹¹⁰ S. dazu oben § 8 A. I. 4. und § 8 A. II.

1. Das Problem der richterlichen Entscheidung

Mit der Bezugnahme auf „objektive Zwecke“ oder einen „dem Gesetz selbst innewohnenden Sinn“ geht es Vertretern der objektiven Theorie in erster Linie darum, die Entscheidung des Rechtsanwenders auch dort an rationale Grundsätze zu binden, wo aus dessen Sicht die Norm und die anerkannten Auslegungsmethoden keine Orientierung mehr bieten.¹¹¹ Dies lässt sich an einem der wohl reflektiertesten Ansätze zur Bestimmung der objektiv-teleologischen Methode näher analysieren. Nach Alexy sind objektiv-teleologische Argumente im juristischen Diskurs dadurch gekennzeichnet, dass sie auf „vernünftige“ Zwecke hinweisen, d. h. auf solche Zwecke, „die die im Rahmen der geltenden Rechtsordnung aufgrund vernünftiger Argumentation Entscheidenden setzen würden“.¹¹² Die Argumentation mit derart „normativ ausgezeichneten“ objektiven Zwecken soll dabei weitgehend strukturgleich zur Argumentation mit gesetzgeberisch gesetzten und dann „empirisch festgestellten“ Zwecken sein – „bis auf die Tatsache, daß Z [der Zweck] nicht als vom Gesetzgeber gewollt, sondern als objektiv gesollt behauptet wird.“¹¹³ Im Ergebnis ganz ähnlich bestimmen andere Autoren die objektiv-teleologische Methode.¹¹⁴

Alexy definiert damit (prozedurale) Kriterien, die die richterliche Entscheidung dort anleiten sollen, wo die Determination durch das Gesetz an eine Grenze gekommen ist, mithin in einem Moment, der andernorts als Moment der Dezision beschrieben wird. Konsequenter verbindet Alexy über die objektiv-teleologische Auslegung seinen oben skizzierten Entwurf einer vernunftorientierten Immunisierungsstrategie – kurz: Rechtfertigung durch Rati-

¹¹¹ Fleischer, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (322). Natürlich existieren auch Fälle, in denen die Formulierung vom „objektiven“ Zweck nur verschleiern soll, wer denn den maßgeblichen Zweck gesetzt hat; dazu allgemein Bull, Staatszwecke, NVwZ 1989, S. 801 (802).

¹¹² Alexy, Argumentation, ⁶2008, S. 296.

¹¹³ Alexy, Argumentation, ⁶2008, S. 296 f.

¹¹⁴ Vgl. nur Larenz, Methodenlehre, ⁶1991, S. 333 ff. Letztlich funktioniert so auch das Stufenmodell der Rechtsanwendung bei Koch/Rießmann, Begründungslehre, 1982, S. 182, das von einer Hierarchie von Wortlautauslegung (Gesagtes), Rückgriff auf gesetzgeberische Zweckvorstellungen (Gewolltes) und objektiv-teleologischer Methode (Vernünftiges) ausgeht. In Anlehnung daran auch Deckert, Folgenorientierung, 1995, S. 54: „Andere Formen der Gesetzesbindung, etwa in Form von ‚objektiv-teleologischen‘ Kriterien (oder Vernunftgründen u.ä.), kann es aus staats- und verfassungsrechtlicher Sicht nicht geben. Wenn allerdings innerhalb der Gesetzesbindung ein Auslegungsspielraum verbleibt, so kann dieser mit Hilfe objektiv-teleologischer Argumente oder mit Folgenerwägungen ausgefüllt werden.“ Auch Larenz, Methodenlehre, ⁶1991, S. 333, beschränkt den Anwendungsbereich der objektiv-teleologischen Kriterien auf Fälle, in denen die anderen Auslegungskriterien „noch keine zweifellose Antwort zu geben vermögen“.

onalisierung¹¹⁵ – mit der Rechtsanwendung. „Objektiv-teleologische Argumentation“ ist daher bei ihm nichts anderes als vernünftige Argumentation, die Entscheidungen dort legitimieren kann, wo die Determinationskraft des Gesetzes an den Grenzen sprachlicher Bindung scheitert. Nur in diesem Fall bewegt sich eine derart verstandene objektive Theorie aus dem Recht heraus, sucht also die Rechtfertigung von Entscheidungen in einem „Anderen“.¹¹⁶

Man kann diesen Ansatz für produktiv halten oder als Rückfall in eine Vernunftmetaphysik und als Verstoß gegen den Grundsatz der Methodenehrlichkeit kritisieren.¹¹⁷ Denn es ist durchaus offen, ob Kontingenzbegriffe wie die ‚Natur der Sache‘ oder die ‚Gerechtigkeit‘ etwas zur Entscheidung eines mit anderen Auslegungskriterien nicht lösbaren Falles beitragen können; viel spricht dafür, dass diese Kriterien zu unbestimmt und unscharf sind und der Versuch ihrer Anwendung allein dazu dient, das Element der Entscheidung zu verschleiern.¹¹⁸ Darauf kommt es hier jedoch nicht an. Entscheidend ist, dass derjenige, der eine Integration moralphilosophischer Elemente in das Recht befürwortet, sich nicht durch Rekurs auf objektive Zwecke über das Prinzip der Gesetzesbindung hinweg setzt, wenn er dies auf Konstellationen beschränkt, die er oder sie auf der Basis des Gesetzes für unentscheidbar hält.

Soweit nun diese Haltung als objektive Theorie bezeichnet wird und entsprechende Ansätze als Suche nach dem objektiven Zweck oder als objektiv-

¹¹⁵ Hierzu oben § 8 A. II. 1.

¹¹⁶ Dazu im Anschluss an Arthur Kaufmann *Deckert*, Folgenorientierung, 1995, S. 47 m. w. N.

¹¹⁷ Schwieriger ist es dagegen, gegenüber diesem Gedanken den verbreiteten Vorwurf der Lockerung der Gesetzesbindung und der fehlenden Kontrollierbarkeit zu erheben (so aber *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ⁶2011, Rn. 810 ff.). Ein Zuwachs an „Richtermacht“ (*Rüthers*) verbindet sich mit dem Ansatz *Alexys* nur, wenn man davon ausgeht, es sei tatsächlich ein Mehr an Bindung durch den Wortlaut möglich – hierzu verhält sich *Alexy* jedoch neutral – oder aber die Möglichkeit zu einer nicht-rechtlichen Rationalisierung verleite den Richter zum Missbrauch seiner Entscheidungsmacht auch in den Fällen, in denen tatsächlich rechtliche Bindung gegeben sei – ein schwieriges psychologisches Argument. Allerdings ist bemerkenswert, dass *Alexy* (wie auch *Larenz*) objektiv-teleologische „Argumente“ schlicht als eine Unterform der „Canones der Auslegung“ und als legitimes Argument *im* juristischen Diskurs darstellt, obwohl sie doch nach seiner eigenen Darstellung aus diesem heraus führen. So schon kritisch *Hegenbarth*, Hermeneutik, 1982, S. 195 ff.

¹¹⁸ S. hierzu schon oben § 6 A. III. 1. Insgesamt leidet die Diskussion um das Verhältnis von Recht und Moral daran, dass diese die (zumindest aus juristischer Sicht) eigentlich entscheidenden Fragen zu wenig reflektiert. So bleibt regelmäßig unklar, *wer* Moral und Recht verbinden soll und *wie* dies geschehen soll. So finden etwa die Besonderheiten von Recht als einer stets auf die Bewältigung von empirischen und normativen Unsicherheiten gerichteten institutionalisierten Ordnung gegenüber einem mit ganz anderen Hypothesen arbeitenden moralphilosophischen Diskurs keine Berücksichtigung. Dazu näher *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, 1996, S. 230 ff., sowie *Herzog/Wischmeyer*, „Moral Luck“ in *Moral und Recht*, ARSP 99 (2013), S. 212 ff.

teleologische Methode gelten, liegt darin allein eine Formel für einen spezifischen Umgang mit dem – im Prinzip der Gesetzesbindung vorausgesetzten¹¹⁹ – Problem der richterlichen Entscheidung, die sich eben nicht voll durch Normtext und Methodenregeln fixieren lässt. Damit stellt dieser Ansatz aber weder eine praktische Methodenregel auf, noch hat er einen irgendwie gehaltvollen Bezug zu den Kategorien ‚objektiv‘ oder ‚Zweck‘.¹²⁰ Unabhängig davon, wie man im Ergebnis zu dieser hermeneutischen Position steht, stellt die Rede von einer ‚objektiv-teleologischen Methode‘ daher in jeder Hinsicht einen terminologischen Unfall dar.

2. Verfassungstheoretische Vorverständnisse

Die Kategorien ‚objektiv‘ und ‚subjektiv‘ werden jedoch nicht nur für methodentheoretische Positionen zur Integration externer Rationalität ins Recht in Anschlag gebracht. Auch Ansätze, die das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung und vor allem die Gewichtung verschiedener Argumentformen in der Rechtsanwendung betreffen, werden unter diese Formel gefasst. Auf dieser nun verfassungstheoretischen Ebene bewegt sich etwa die oben zitierte Definition der objektiven Theorie, wonach „das Ziel der Gesetzesauslegung in der Erschließung des dem Gesetz selbst innewohnenden Sinnes“ bestehe, der „objektiv-teleologisch zu ermitteln sei und sich im Zeitablauf wandeln könne“.¹²¹ Umgekehrtes gilt für die subjektive Theorie. In diesem Sinne sind objektive und subjektive Theorie Versuche einer Rekonstruktion des angemessenen Verhältnisses von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Dieser spezifisch verfassungstheoretische Kern der Unterscheidung von objektiver und subjektiver Theorie wird immer noch zu selten explizit gemacht.¹²²

Aus den oben ausgeführten Gründen lassen sich die diesbezüglichen Differenzen nun nicht letztbegründbar auflösen.¹²³ Ihnen kommt vielmehr ein „paradigmatischer“ Charakter zu (*Christian Bumke*).¹²⁴ Darin liegt weniger ein Dilemma als eine Konsequenz der Offenheit einer Verfassungsordnung, in der Geltungsansprüche nicht nur innerhalb, sondern auch über den Rahmen

¹¹⁹ Vgl. § 8 Fn. 29.

¹²⁰ S. dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 345–347; sowie eben auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre,³ 2008, S. 631 (vgl. auch oben § 8 Fn. 88).

¹²¹ *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (322).

¹²² Vgl. aber schon *Hassold*, Wille, ZZP 94 (1981), S. 192 (197). Allgemein zu Methodenfragen als Verfassungsfragen vgl. oben. § 8 A. II. 3.

¹²³ Hierzu oben § 8 A. II.

¹²⁴ *Bumke*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 (4 f., und 6 ff., speziell für den Gegensatz eines gerichtlichen und eines parlamentsfokussierten Verständnisses); vgl. auch *Bydlinski*, Methodenlehre,² 1991, S. 430. Aus einer anderen Perspektive analog *Kahn*, The Cultural Study of Law, 1999, S. 54.

dieser Ordnung ausgetauscht werden können. Positionierungen im Hinblick auf diese Differenzen wirken sich nun vor allem in Form von Maßgaben für die konkrete Gewichtung einzelner Argumentformen bei einem argumentativen *non liquet*, für die richterliche Kontrolldichte und für den zeitlichen Bezugspunkt der Kontrolle aus.¹²⁵ Doch worüber wird mit dem Gegensatz von ‚subjektiv‘ und ‚objektiv‘ eigentlich gestritten?

a.) Paradigmatische Differenz I: Parlament und Gericht

Nach *Bumke* unterscheiden sich aktuelle Methodentheorien primär darin, ob sie zu einem gerichts- oder parlamentszentrierten Verständnis von Rechtsanwendung neigen. Kommt es Gerichten im demokratischen Verfassungsstaat eher zu, einen parlamentarisch sanktionierten Konsens zu bewahren oder dürfen sie die ihnen von der Verfassung verliehene gestaltende Rolle aktiver nutzen? Für die im deutschen Diskurs dazu vertretenen Positionen, die prinzipiell alle im Rahmen des Grundgesetzes gut begründbar sind, kann auf *Bumkes* Darstellung verwiesen werden.¹²⁶

Dass sich derartige Fragen nun nicht durch ein richtiges Verständnis des Zweckbegriffs lösen lassen, liegt auf der Hand. Vielmehr muss jeder Versuch einer Antwort Argumente über die Legitimation von Gerichten, für oder gegen eine intensive gerichtliche Kontrolle administrativen oder parlamentarischen Handelns, für oder gegen gesetzgeberische Gestaltungsprärogativen etc. auszutauschen. Normativer Maßstab ist insoweit der Grundsatz der Gesetzesbindung.¹²⁷ Stellungnahmen zu diesen Fragen müssen stets die konkreten institutionellen und legitimatorischen Verhältnisse in den Blick nehmen. So wird sich die Situation für den Gerichtshof der Europäischen Union deutlich anders darstellen als für das deutsche Bundesverfassungsgericht.

¹²⁵ Es ist allgemein anerkannt, dass keine abstrakte Gewichtung der *Canones* möglich ist, sondern sich deren Gewicht immer nur im Kontext der konkreten Argumentation bestimmen lässt (*Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 433; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 340). Doch ist es eben die Rolle der Methodentheorie, für Grenzsituationen Zweifelsregeln aufzustellen. Dies zeigt sich etwa einerseits bei *Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 440, die im Zweifel grammatischen und systematisch Konkretisierungselementen den Vorrang zusprechen. Genau anders etwa *Jestaedt*, a. a. O., S. 340. Vermittelnde Leitlinien für die Handhabung des Vorrangs bei *Schroth*, *Subjektive Auslegung*, 1983, S. 102 ff. Überblicksartig *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, ³2008, S. 612; *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: *EzR*, Stand: 2015, Rn. 23 ff.

¹²⁶ Ein Überblick bei *Bumke*, *Einführung*, in: ders. (Hrsg.), *Richterrecht*, 2012, S. 1 (6 ff., 10 mit Fn. 37), sowie dann exemplarisch die jeweiligen Beiträge von *Bumke*, *Rechtserzeugung*, in: ders. (Hrsg.), *Richterrecht*, 2012, S. 33 ff., und *Jestaedt*, *Richterliche Rechtsetzung*, in: ebd., S. 49 ff. Siehe dazu auch *Funke*, *Wollen müssen*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und *Rechtsanwendung*, 2013, S. 175 (179 ff.).

¹²⁷ Dazu oben § 8 A. I. 1.

Dennoch nähern sich viele Autoren diesen Fragen eben mit dem Zweckbegriff und dem Schema ‚objektiv‘ und ‚subjektiv‘. Dabei bilden diese Begriffe nicht einmal die eigentlichen inhaltlichen Trennlinien ab. Möglicherweise wird den Vertretern objektiver Theorien zu Recht die Befürwortung einer tendenziell stärkeren Stellung der Gerichte zugeschrieben: ‚Objektiv‘ wird wohl häufig als Chiffre für „gerichtsorientiert“ gebraucht.¹²⁸ Für den Gegenbegriff lässt sich eine derart klare Position jedoch nicht identifizieren: Bestimmte ‚Subjektivisten‘ legen tatsächlich eine „parlamentszentrierte“ Position an den Tag.¹²⁹ Andere erkennen dagegen einen maßgeblichen Gestaltungsspielraum der Gerichte an und nähern sich damit im Ergebnis der objektiven Theorie an; einziger Unterschied ist die strengere Trennung zwischen einem engen Begriff von Auslegung und einem weiten, allerdings ausdrücklich von Rechts wegen für zulässig erklärten Bereich der Rechtsfortbildung.¹³⁰ Insbesondere die Kategorie der Rechtsfortbildung verzerrt die übliche Scheidung von subjektiven und objektiven Ansätzen noch einmal erheblich.¹³¹

b.) Paradigmatische Differenz II: Statik und Dynamik

Neben die Primärorientierung auf das Parlament oder die Gerichte tritt die in gleicher Weise paradigmatische Differenz eines statischen und eines dynamischen Rechtsverständnisses.¹³² Aus der Perspektive der Rechtsanwendung zielt diese Unterscheidung darauf, ob die in der Argumentation verwendeten Gründe auf den Entstehungszeitpunkt der angewendeten Norm¹³³ oder auf

¹²⁸ Repräsentativ etwa die Gleichsetzung von objektiver Theorie und „Richtermacht“ bei *Rüthers*, *Verfassungsfragen, Rechtstheorie* 40 (2009), S. 253 ff., sowie – unter Aufnahme von *Rüthers*’ Terminologie – von objektiver und unbegrenzter Auslegung bei *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 58 f.* Auslöser für derartige Schlüsse sind etwa die älteren Ansätze von *Engisch*, *Einführung*, ¹⁰2005, S. 177, oder *Esser*, *Grundsatz und Norm*, ³1974, S. 141 ff. Zu aktuelleren Beispielen – vor allem aus dem Zivilrecht – *Fischer*, *Topoi*, 2007, S. 446 ff., sowie das Nachwort in *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, ⁷2012, S. 508 ff. m. w. N.

¹²⁹ So etwa *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 63 ff.*; *Tschentscher*, *Legitimation*, 2006, S. 182, 191 ff.; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 334 f. und *passim*.

¹³⁰ So etwa *Säcker*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1*, ⁶2012, *Einleitung* Rn. 134 und *passim*; in diese Richtung wohl auch *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, ⁶2011, Rn. 813 f., 816 ff.; *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien, AcP* 211 (2011), S. 317 (325).

¹³¹ *Hassold*, *Wille, ZZP* 94 (1981), S. 192 (199 f., 210).

¹³² *Bumke*, *Einführung*, in: *ders. (Hrsg.), Richterrecht*, 2012, S. 1 (27 f.).

¹³³ So etwa *Koch/Rüßmann*, *Begründungslehre*, 1982, S. 189; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 352; *Neuner*, *Rechtsfindung*, ²2005, S. 121; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, ⁶2011, Rn. 742; *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 57*.

den Entscheidungszeitpunkt¹³⁴ zugeschnitten sein sollen. Hinter dieser Differenz verbergen sich unterschiedliche Auffassungen über die Natur des Rechts als Dokument der Bewahrung oder als Instrument der Gestaltung. Die Auseinandersetzung darüber, ob Recht „Herrschaft des Toten über den Lebenden“ bedeuten könne oder gar müsse, ist alt.¹³⁵ Am weitesten sind entsprechende Überlegungen zu Recht und Zeitlichkeit bislang unter den Stichworten ‚Rechtsfortbildung‘ und ‚Richterrecht‘¹³⁶ sowie, spezifisch für die Verfassungsgerichtsbarkeit, ‚Verfassungswandel‘¹³⁷ gediehen.¹³⁸ Auch die Diskussion um das parlamentarische Gesetz als Ausdruck einer auf Bewahrung gerichteten Ordnung oder als Produkt einer auf Zukunftsgestaltung zielenden Setzung ordnet sich in diesem Zusammenhang ein.¹³⁹

Auch für die hierzu vertretenen Positionen lassen sich, je nach verfassungstheoretischem Vorverständnis, auf der Grundlage des Grundgesetzes je überzeugende Argumentationen entwickeln. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat insoweit lange Zeit die Notwendigkeit einer flexiblen, gegenwartsorientierten Handhabung des Gesetzesrechts betont: „Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann.“¹⁴⁰ Eine andere Lesart des Grundgesetzes, die die Spannung von ge-

¹³⁴ So etwa *Kramer*, Methodenlehre, ⁴2013, S. 138 f.; *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 324 (grundsätzlich ist der gegenwärtige Sprachgebrauch maßgeblich, sofern die Bedeutung nicht in einem bestimmten Sinne festgelegt war und der Gesetzgeber sich diese zu eigen gemacht hat).

¹³⁵ *Ehrlich*, Die juristische Logik, ²1925, S. 160, unter Aufnahme einer Wendung *Herbert Spencers*.

¹³⁶ Hierzu aus jüngster Zeit die Gegenpositionen bei *Bumke*, Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 33 ff., und *Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung, in: ebd., S. 49 ff. Weiter aus der Literatur nur *Larenz*, Bindung des Richters, in: Forsthoﬀ (Hrsg.), FS Huber, 1973, S. 291, 428; *J. Ipsen*, Richterrecht, 1975; *Wank*, Grenzen, 1978, S. 119 ff., 154 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 105 ff.

¹³⁷ Skeptisch zum Ertrag dieser Diskussion *Vofßkuhle*, Verfassungswandel, Der Staat 43 (2004), S. 450 ff.

¹³⁸ Allgemein zu diesem Themenkomplex *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982; *Ladeur*, Methodendiskussion, *RabelsZ* (2000), S. 60 (94 ff.); *von Arnould*, Dynamische Interpretation, *Rechtstheorie* 33 (2001), S. 465 (481 ff.); *ders.*, Rechtssicherheit, 2006, S. 418 ff.; *Schenke*, Rechtsfindung, 2007, S. 88 f. Aus dem amerikanischen Schrifttum s. hierzu insbesondere die Kritik an einer „statutory archeology“, die mit der originalistischen Position identifiziert wird, bei *Eskridge*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 13 ff. und passim. Zu den sprachtheoretischen Problemen, die eine geltungszeitliche Theorie bereitet, *Heun*, *Original Intent*, *AöR* 116 (1991), S. 185 (201 ff.) m. w. N.

¹³⁹ Hierzu oben § 7 B.

¹⁴⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (288). Ähnlich BVerfG, Beschluss des Plenums vom 11. 6. 1980 (*Revisionsablehnung*) – E 54, 277 (297 f.). Weitere Nachweise etwa bei *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 2014,

genwärtig Angemessenem und einst Richtigem stärker zugunsten des Letzteren auflöst, ist bislang erst in Ansätzen entwickelt.¹⁴¹ Auch pragmatische Zwischenpositionen sind möglich. Gerade die Rechtsprechung ist davon geprägt, den gegenläufigen Positionen situativ zu ihrem Recht zu verhelfen.¹⁴² Eine derartige Ausbalancierung der unterschiedlichen Momente ist allerdings keine Lösung, sondern eine praktische Bewältigung der paradigmatischen Differenz.¹⁴³

Die Frage kann hier nicht entschieden werden. Es reicht vielmehr erneut der Hinweis, dass auch diese Problemstellung von der unfruchtbaren und entstellenden Gegenüberstellung von subjektiver und objektiver Theorie überlagert worden ist.¹⁴⁴ Wiederum spricht noch nichts dagegen, ‚objektiv‘

Art. 97 Rn. 63 mit Fn. 2. Ähnlich auch der BGH in vielen Entscheidungen, etwa in BGH, Urteil des Ersten Strafsenats vom 29. 1. 1957 – BGHSt 10, 157 (159 f.): Das Gesetz „ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten und ihnen sinnvoll angepaßt weitergelten will, solange dies nicht die Formen sprengt, in die er gegossen ist“.

¹⁴¹ Hierzu *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 30, 32–39, mit historischen Gründen für eine strikte Gesetzesbindung der Gerichte und ebd., Rn. 60, 64–74, mit verfassungstheoretischen Gründen. Allerdings lässt sich ein für die Frage nach einer statischen oder dynamischen Verfassungsinterpretation wesentliches Moment, nämlich das Verfahren der Verabschiedung des Grundgesetzes, nur mit Schwierigkeiten als Prozess verstehen, der aus bestimmten Gründen eine höhere Legitimität für sich beanspruchen kann als andere, „normale“ politische Konstellationen (also etwa als *constitutional moment* im Sinne von *Bruce Ackerman*). In diese Richtung müssten allerdings Begründungen gehen, die zeigen wollten, dass der Parlamentarische Rat das Grundgesetz als eine vor allem bewahrende Ordnung verstanden wissen wollte. Allein aus dem ‚Begriff‘ der Verfassung folgt ein derartiger konservierender Charakter des (Verfassungs-)Rechts nicht, dafür existieren schlicht zu viele Verfassungsbegriffe. Daher ist es auch nicht zwingend, wenn *Jestaedt* behauptet, dass eine „strikt subjektiv-historisch ausgerichtete Erkenntnistheorie [...] dem autopoietischen Charakter der Rechtsordnung am ehesten – vielleicht läßt sich sogar formulieren: als einzige – Rechnung“ trägt (so aber *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 334 f.; vgl. auch ebd., S. 353, wonach eine geltungszeitliche Interpretationstheorie „dem Bindungspostulat nicht Genüge“ tut und deshalb „mangels Gegenstandsadäquanz“ als Interpretationstheorie des Grundgesetzes ausscheiden müsse). Ein Blick auf die Verfassungsordnung des Grundgesetzes zeigt ja gerade, dass eine voll positivierte Verfassung auch in der Form denkbar ist, dass sich Gerichte in weitem Umfang zur Aktualisierung von gesetzgeberischen Entscheidungen durch Verfassung und Gesetzgebung ermächtigt sehen.

¹⁴² S. aus jüngerer Zeit etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193 (209–211).

¹⁴³ Insofern sind die „Anzeichen einer methodischen Trendwende im Bundesverfassungsgericht“, wie sie Rüthers in Bezug auf das Sondervotum im Beschluss des Zweiten Senats zur Rügeverkümmern und auf den Beschluss des Ersten Senats zur Dreiteilungsmethode diagnostiziert hat, vorsichtig zu werten (zu den Entscheidungen oben § 8 Fn. 87, sowie unten § 8 Fn. 326, dazu je *Rüthers*, Verfassungsfragen, Rechtstheorie 40 (2009), S. 253 (280 ff.), und *Rüthers*, Klartext, NJW 2011, S. 1856 ff.).

¹⁴⁴ Vgl. die Darstellung bei *Schroth*, Subjektive Auslegung, 1983, S. 58 ff.

mit ‚geltungszeitlich‘¹⁴⁵ und ‚subjektiv‘ mit ‚entstehungszeitlich‘¹⁴⁶ terminologisch gleichzusetzen. Solange diese Bezeichnungen als Chiffren verstanden werden, schaden sie nicht. Problematisch wird es aber, wenn sich die Kategorien verselbständigen und dann unter dem Prädikat ‚subjektiv‘ parlamentszentrierte Ansätze und das Primat entstehungszeitlicher Gründe als notwendige Verbindung erscheinen¹⁴⁷ oder unter dem Prädikat ‚objektiv‘ eine notwendige Verbindung von gerichtsorientierter und geltungszeitlicher Argumentation angenommen wird (und möglicherweise auch noch die oben erwähnten vernunftrechtlichen Tendenzen dieser Richtung zugeschlagen werden). Richtigerweise sind alle diese Fragen analytisch und normativ zu trennen.¹⁴⁸ Noch wichtiger ist allerdings, die Fehlannahme zu vermeiden, derartige Fragen ließen sich in irgendeiner Form durch Erörterung der vermeintlich objektiven oder subjektiven Natur des Zweckbegriffs erledigen. Vielmehr

¹⁴⁵ Vgl. dazu, dass objektive Theorien ihre Auslegungsmittel „aus den Werturteilen der zur Zeit der Entscheidung, nicht zur Zeit der Setzung der Norm herrschenden Kulturschicht“ gewinnen, exemplarisch die Charakterisierung bei *Deckert*, Folgenorientierung, 1995, S. 45. Ebenso identifizieren objektive Methode und Maßgeblichkeit des Wertungshorizonts des Entscheidungszeitpunkts etwa *Kramer*, Methodenlehre, ⁴2013, S. 138 f. Vgl. dazu sowie die Hinweise zu „vermittelnden“ Theorien bei *Lorz*, Gesetzesauslegung, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 87 (94 ff.).

¹⁴⁶ So etwa die Selbstbeschreibung bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 334 f.; aber auch die Fremdbeschreibung etwa durch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 361c, wonach die subjektive Auslegungstheorie vor allem auf die „genetische Konkretisierung“ abstelle, d. h. darauf, „welchen besonderen Sinne eine historisch bestimmte Personengruppe mit den gewählten Wörtern verbunden hat“.

¹⁴⁷ So aber *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 57.

¹⁴⁸ Für eine differenzierte Betrachtung aber etwa schon ausführlich *Bydlinski*, Methodenlehre, ²1991, S. 428 f.: „Die Verbindung von subjektiv-historischer und von objektivgeltungszeitlicher Auslegung ist aber keine Denknötwendigkeit.“ Genau diese Trennung ist Ausgangspunkt der noch vergleichsweise jungen, aber unter hohem verfassungstheoretischen und verfassungshistorischen Aufwand geführten Debatte um „living originalism“ im U.S.-amerikanischen Methodenkontext. Dazu grundlegend *Balkin*, Living Originalism, 2011 (der zu begründen versucht, weshalb sich die U.S.-Verfassung als ein bewusst konstruiertes Gebilde fester Regeln und flexibler Prinzipien darstellt und damit letztlich die Ermächtigung u. a. der Gerichte zur Aktualisierung des Rechts geltungszeitlich, d. h. mit der Entscheidung der Verfassungsgeber begründet); aus der an dieses Buch anschließenden intensiven Diskussion sind insbesondere instruktiv der Beitrag von *Koppelman*, Why Jack Balkin Is Disgusting, Constitutional Commentary 27 (2010), S. 177 ff. (mit einer am *disgust*-Konzept *Martha Nussbaums* orientierten Beschreibung der Auswirkungen von *Balkins* Wandel von einem *living constitutionalist* zu einem *living originalist* auf den amerikanischen Methodendiskurs), sowie der kurze, aber der Person des Autors wegen – als der wohl mittlerweile prominenteste „konservative“ Originalist – interessante Beitrag von *Barnett*, Welcome to the New Originalism, Jerusalem Review of Legal Studies (2013), S. 1 ff.

bedarf es für eine Fundierung der Positionen umfassender verfassungshistorischer und verfassungstheoretischer Arbeit.

III. Und der Zweckbegriff?

Die Darstellung hat sich bewusst vom Zweckbegriff entfernt, um zu zeigen, dass die eigentlichen Probleme der Rechtsanwendungstheorie sich nicht auf ein wie auch immer gelagertes Verständnis des Zweckbegriffs zurückführen ließen. Wenn dennoch insinuiert wird, diese Fragen könnten ernsthaft in Form einer Auseinandersetzung zwischen dem objektiven Zweck des Gesetzes und dem subjektiven Zweck des Gesetzgebers erledigt werden, führt dies nicht weiter.

Vielmehr sind diese Kategorien unverständlich, soweit mit ihrem Gebrauch unterstellt wird, es bestünde tatsächlich noch die Alternative einer ‚objektiven‘ Ordnung der Zwecke und einer Welt ‚subjektiver‘ Zwecksetzungen. Dieser Gegensatz besitzt, wie gezeigt, für die Herausforderungen der Rechtsanwendungstheorie der Gegenwart keinen Erklärungswert mehr. Sich weiter der entsprechenden Begriffshülsen zu bedienen, verursacht Fehlanahmen über die Leistungsfähigkeit und Aussagekraft des Zweckbegriffs. So entspricht den parlaments- bzw. gerichtszentrierten Auffassungen über Rechtsanwendung kein irgendwie charakteristisches Verständnis davon, was ein Zweck ist oder wer rechtlich maßgebliche Zwecke im demokratischen Verfassungsstaat setzen kann. Auch gibt es keinen besonderen statischen oder dynamischen Zweckbegriff. Die Kategorie des Zwecks verhält sich neutral zu den hier geschilderten methoden- und vor allem verfassungstheoretischen Differenzen.

Ganz selbstverständlich liegt das Ziel der Rechtsanwendung in der Rekonstruktion der gesetzgeberischen Zwecksetzungen. Damit ist aber noch nicht mehr gesagt, als dass Rechtsanwendung im Verfassungsstaat der Gesetzesbindung verpflichtet ist. Auch die Betonung von Selbstverständlichem kann eine Funktion erfüllen. In diesem Sinne hat *Victoria F. Nourse* für die U.S.-amerikanische Debatte diagnostiziert: „[L]egislative intent is a message for judges about judging.“¹⁴⁹ Nur darf die Rechtswissenschaft hier nicht stehen bleiben, sondern muss Vorschläge zum Umgang mit den „paradigmatischen Differenzen“ erarbeiten. Dies ist insbesondere Sache von Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte. Dabei sind die untauglichen teleologischen Einkleidungen durch Begriffe zu ersetzen, die zwischen Rechtsetzungs- und

¹⁴⁹ *Nourse*, *Decision Theory*, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (76, 85). Dies kommt insbesondere in der Rede von der „Zwecksetzungsprärogative“ des Gesetzgebers, die ja ebenfalls nur eine Reformulierung des Prinzips der Gesetzesbindung ist, zum Ausdruck, vgl. dazu etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12. 11. 1997 (*Kind als Schaden*) – E 96, 375 (395); Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmung*) – E 122, 248 (298) – Sondervotum. Zu dieser Figur s. bereits oben § 7 B. I. 3.

Rechtsanwendungsperspektive, Legitimationskonzept und Interpretationstheorie differenzieren. Das überkommene teleologische Erbe sorgt sonst nicht nur auf methodentheoretischer Ebene für Verwirrung, sondern verhindert auch, dass die Frage nach der Rolle von Zwecken als Argumenten in der praktischen Rechtsanwendung überhaupt erst richtig gestellt wird. Wie die gesetzgeberischen Zwecksetzungen in der Rechtsanwendung zu rekonstruieren sind, ist bislang nicht hinreichend reflektiert. Den hieraus resultierenden Fragen ist im folgenden Abschnitt nachzugehen.¹⁵⁰

IV. Exkurs: Der Zweckbegriff und die Auslegung des Europarechts

Hier ist nicht der Platz, um die gerade angestellten Überlegungen umfassend auf die Unionsrechtsordnung und insbesondere auf das dort zur Anwendung kommende, mit dem Zweckbegriff operierende Konzept des *effet utile* zu übertragen. Belastbare Ausführungen hierzu bedürften einer vertieften Auseinandersetzung mit den völkerrechtlichen Ursprüngen des Grundsatzes,¹⁵¹ seiner Entwicklung in der Rechtsprechung,¹⁵² aber auch mit der Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union als Akteur im europäischen Kompetenz- und Institutionengefüge¹⁵³ sowie mit den Besonderheiten der Rechts-

¹⁵⁰ Zuvor ist noch einmal im Sinne eines Begriffsspiels zu rekapitulieren, was aus dem gerade Gesagten für den Gebrauch der Begriffe subjektiv und objektiv folgt. Dabei lassen sich zwei Fragerichtungen unterscheiden. Erstens kann es darum gehen, welcher Wille für den Rechtsanwender maßgeblich sein soll. Sofern unter ‚subjektiv‘ die intentionale Einstellung eines Individuums verstanden wird, kann im Recht nur ein ‚objektiver‘, d. h. metaphorischer, Wille entscheidend sein. Unterstellt man wie hier, dass sich auch von einem kollektiv intentionalen Handeln reden lässt, wäre dann aber doch der ‚subjektive‘ Wille des Kollektivs beachtlich. Sicher ist nur, dass im positiven Recht nicht ‚objektive‘ Zwecke, sondern stets ‚subjektive‘ Entscheidungen Recht erzeugen. Zweitens kann gefragt werden, wie dieser Wille in der Rechtsanwendung zu rekonstruieren ist. ‚Innerer‘ Wille lässt sich nun immer nur aus seinen äußeren, in gewissem Sinne dadurch ‚verobjektivierten‘ Manifestationen rekonstruieren. In diesem Sinne ist es tautologisch, dass Rechtsanwendung als Verstehensprozess immer nur den Willen, ‚wie er vernünftigerweise verstanden werden kann‘, erforschen kann, der aber doch immer – dann ‚objektivierter‘ – ‚subjektiver‘ Wille bleibt. Diese Begriffsverwirrung zeigt, dass die subjektiv-objektiv-Dichotomie viel zu unscharf ist, um den Vorgang der Rechtsanwendung überhaupt adäquat zu erfassen. Erst recht lassen sich die sogleich zu betrachtenden Probleme damit nicht mehr fassen. Vgl. auch schon oben § 2 Fn. 153.

¹⁵¹ Dazu der Überblick bei *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 171 ff.

¹⁵² *Seyr*, Der *effet utile*, 2008; *Potacs*, *Effet utile*, EuR 2009, S. 465 ff. Abwägend zu gegenläufigen Tendenzen in der neueren Rechtsprechung des EuGH: *Streinz*, Die Rolle des EuGH, AöR 135 (2010), S. 1 ff.

¹⁵³ Aus der umfangreichen Literatur hierzu vgl. nur jüngst *Mangold*, Gemeinschaftsrecht, 2011, S. 86 ff., insbes. 151 ff. Zu den durch die *effet utile*-Rechtsprechung aufgeworfenen Kompetenzproblemen vgl. nur *Mosiek*, *Effet utile* und Rechtsgemeinschaft, 2003.

durchsetzung in einem Gerichts- und Verwaltungsverbund¹⁵⁴.¹⁵⁵ Im Licht der in dieser Arbeit entwickelten Grundsätze lassen sich nur zwei ganz allgemeine Beobachtungen machen.

Versteht man den *effet utile* als „Auslegungsgrundsatz“¹⁵⁶, scheint zunächst selbstverständlich, dass die in den Verträgen angelegten Ziele der Union und die im Sekundärrecht verorteten Normzwecke von den unterschiedlichen, das Unionsrecht anwendenden Akteuren berücksichtigt werden, ihnen insofern also „volle“ oder „praktische Wirksamkeit“ zugesprochen wird.¹⁵⁷ Was sollte Rechtsanwendung sonst leisten?¹⁵⁸ Doch geht es in der Frage nach dem *effet utile* tatsächlich um die „Wirksamkeit“ der Rechtsanwendung? Werden nicht vielmehr, ganz analog der Diskussion auf nationaler Ebene, unter dem Gesichtspunkt des ‚Zwecks‘, des ‚effet‘ oder eben der ‚Wirksamkeit‘ genau die Fragen verhandelt, die den gerade beschriebenen „paradigmatischen Differenzen“ (*Bumke*) der Rechtsanwendung entsprechen, nur dass sie auf die Unionsebene transformiert wurden? Wenn aber hinter dem *effet utile* Probleme der Art stehen, ob die Unionsrechtsordnung eher statisch oder dynamisch verstanden werden sollte, wie weit Rechtsfortbildung möglich sein soll oder wie der im supranationalen Lichte institutionell neu zu verortende Gegensatz von Parlaments- und Gerichtszentrierung aufzulösen ist,¹⁵⁹ würde es in die Irre führen, Antworten hierauf aus der Analyse eines *effet utile*-Prinzips zu erwarten. Wie auf nationaler Ebene folgt für die hier aufgerufenen Probleme aus dem Begriff des *effet utile* oder des Zwecks schlicht – nichts.¹⁶⁰

Noch verfehlt wäre nur, wenn die Irritation von der wissenschaftlichen Aufarbeitung auf die praktische Anwendung des *effet utile*-Konzepts ausgriffe. Dass der Zweckbegriff aufgrund seiner Überdeterminierung besonders gefährdet ist, grundlegende rechts- und verfassungstheoretische Unterscheidungen zu überspielen, insbesondere auch die von Wertbehauptung und Argumentation, wurde oben schon gezeigt und ist gleich noch einmal ins Gedächtnis zu rufen.¹⁶¹ Dass entsprechende begründungserleichternde Techniken nicht nur im nationalen Recht, sondern auch im Unionsrecht anzutreffen

¹⁵⁴ Vgl. dazu nur jüngst den Überblick bei *Vofßkuhle/Lange*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), 2013, § 6.

¹⁵⁵ Vgl. auch BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. 6. 2009 (*Lissabon*) – E 123, 267 (351 f.).

¹⁵⁶ So eben *Potacs*, Effet utile, EuR 2009, S. 465.

¹⁵⁷ Zu diesen und weiteren Formulierungen aus der Rechtsprechung des EuGH vgl. nur *Seyr*, Der effet utile, 2008, S. 286 ff.; *Potacs*, Effet utile, EuR 2009, S. 465 (467 f.).

¹⁵⁸ Hierzu oben die Einleitung zu § 8.

¹⁵⁹ Vgl. zu diesen Punkten nur den Überblick bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, ³2012, Rn. 419 ff.

¹⁶⁰ Hierzu oben § 8 B. III.

¹⁶¹ Hierzu oben § 6 B. II. 1. und sogleich unter § 8 C. I.

sind, wobei hierbei häufig eben auf den *effet utile* oder auf ebenfalls mit dem Zweckbegriff assoziierte funktionelle Argumente verwiesen wird, wurde verschiedentlich beschrieben.¹⁶² In welchem Umfang dies geschieht und ab welchem Punkt durch solche Techniken der Charakter einer Rechtsgemeinschaft gefährdet ist, muss hier dahinstehen. Doch gilt es festzuhalten, dass die Leistung des Rechts in der Moderne – sei es im Verfassungsstaat oder in einer supranationalen Gemeinschaft – darin besteht, eine Ordnung zu instituieren, die die Ideen der Gestaltung und der Wirksamkeit in sich selbst trägt und aus sich heraus entwickeln kann. Schon deswegen verfehlt jede Handlung, die aus vermeintlicher Effektivität oder ‚funktioneller‘ Notwendigkeit unter Verstoß gegen rechtliche Regeln unternommen wird, nicht nur den normativen Eigenwert des Rechts. Als Verstoß gegen die sich im Recht manifestierenden Gestaltungsideen gefährdet sie auch und gerade das Funktionieren der durch das Recht gerahmten politischen Ordnung.

C. Arten der Verwendung des Zweckbegriffs in Rechtsanwendungsdiskursen

Aus methodentheoretischer Sicht lässt sich also zunächst nur sagen, dass die Zwecke des Gesetzgebers für die Rechtsanwendung grundsätzlich relevant sind. Für die sich bei der Präzisierung dieses Konzepts stellenden Probleme folgt aus dem Zweckbegriff erst einmal nichts weiter. Praktisch bedeutsam ist dagegen, wie die Zweckorientierung des Rechts in der Rechtsanwendung konkret zur Geltung gebracht werden kann, welche Rolle der Verweis auf die Zwecke damit in der juristischen Argumentation einnehmen kann und welche Methodenregeln insoweit gelten. Methodenregeln bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen Gründe im rechtlichen Diskurs, also in juristischen Entscheidungen Beachtung finden können.¹⁶³ Ihre Funktion liegt „in der Verknüpfung von Texten; sie sind Lieferanten von Kontexten“.¹⁶⁴ Nach ihnen bestimmt sich etwa, ob die Bezugnahme auf Gesetzesmaterialien grundsätzlich zulässig ist, ob der Inhalt systematisch ähnlicher Normen einen relevanten Gesichtspunkt für die Entscheidung eines Falles darstellen kann oder

¹⁶² Dazu schon von *Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System*, 1996, S. 144 ff. Hierzu auch oben § 7 C. III.

¹⁶³ *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67b. Zum Begriff der Methode auch *Podlech*, *Rechtstheoretische Bedingungen*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), S. 491 (492); sowie *Rottleuthner*, *Methode*, *ARSP BH* 13 (1980), S. 97 (99) (Methodenregeln als „Anleitungen für bestimmte [...] Mittel, um [...] Handlungen als korrekt oder falsch zu beurteilen“).

¹⁶⁴ *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67b, vgl. auch ebd., Rn. 95 („*Hilfsgesichtspunkte* von je nach der Eigenart der zu konkretisierenden Rechtssätze wechselnder Ergiebigkeit“).

welche Anforderungen an die Substantiierung derartiger Argumente zu stellen sind. Methodenregeln stellen Maßstäbe für Begründungen auf; ihre Rechtfertigung und ihre Balance finden sie im Rahmen methodentheoretischer Reflexion.¹⁶⁵

Versteht man wie hier das positive Recht als (zweckgerichtete) Handlungsordnung, können neben Argumentformen und Methodenregeln, die auf den Wortlaut und die Semantik von Normen abstellen, solche treten, die daran anknüpfen, dass Rechtssätze als soziale Handlungen Zwecke verfolgen. Nun findet sich in Teilen der Methodenlehre die schon erwähnte Haltung, wonach *alle* Auslegungsmethoden der Rekonstruktion ‚des Zwecks‘ einer Norm dienen, sodass keine spezifisch ‚teleologische‘ Argumentform bzw. eine dieser korrespondierende Methodenregel existiere.¹⁶⁶ Allerdings arbeiten weite Teile der Rechtspraxis regelmäßig und nicht offensichtlich willkürlich mit ‚teleologischen‘ Argumenten. Auch wird der Verweis auf die Zwecksetzungen einer Person oder eines Kollektivs verbreitet und ganz selbstverständlich als ein Argument zur Rekonstruktion der Bedeutung von (normerzeugenden) Handlungen akzeptiert.¹⁶⁷ Dementsprechend neigt die Methodendebatte überwiegend dazu, besondere ‚teleologische‘ Argumentformen anzuerkennen. Doch was bedeutet es, mit dem Zweck einer Norm zu argumentieren?

Dies wird in aller Regel als selbstverständlich vorausgesetzt.¹⁶⁸ Die Existenz ‚des‘ Zwecks einer Norm wird unterstellt, und zwei Arten der Annäherung an diesen werden unterschieden. Für die sogenannte objektiv-teleologische ‚Methode‘ hat sich nun bereits gezeigt, dass es dieser gar nicht darum geht, Regeln für die Rekonstruktion der Bedeutung einer konkreten positiven Rechtsnorm zu entwickeln. Vielmehr verbirgt sich dahinter der Versuch, die Rechtsanwendung dort zu rationalisieren, wo Gesetzesbindung und Methode ihre Grenzen bereits erreicht haben.¹⁶⁹ Hier will die objektiv-teleologische ‚Methode‘ den Rechtsanwender durch Rückgriff auf allgemeine Gerechtigkeitsregeln oder zumindest verallgemeinerbare Vernunftpostulate binden. Dagegen tritt die ‚subjektiv-teleologische‘ Methode mit dem Anspruch an, einen argumentativen Zugang zum Recht als zweckgerichteter sozialer Handlung zu entwickeln.¹⁷⁰ Auch hierbei mischen sich jedoch verfas-

¹⁶⁵ Zur Einfluss der methodentheoretischen Position auf den „Rang“ eines Arguments vgl. oben § 8 Fn. 76 und § 8 Fn. 125.

¹⁶⁶ Vgl. § 8 Fn. 83.

¹⁶⁷ Hierzu oben § 6 B. II.

¹⁶⁸ Erfrischend offen etwa *Alexy*, *Argumentation*, ⁶2008, S. 295 f.

¹⁶⁹ Hierzu ausführlich oben § 8 B. II. 1.

¹⁷⁰ Mit *Schroth*, *Subjektive Auslegung*, 1983, S. 82, lassen sich unter dem Stichwort der ‚subjektiven Theorie‘ folgende Fragen unterscheiden: „1. Was wird unter subjektiver Auslegung verstanden? 2. Wie ist subjektive Auslegung möglich? 3. Ist subjektive Auslegung erlaubt, welche normative Verbindlichkeit kommt ihr (eventuell) zu?“ In der Frage nach der subjektiv-teleologischen *Methode* geht es primär um den zweiten Punkt.

sungstheoretische Vorannahmen, sprachphilosophische Überzeugungen und methodenpraktische Überlegungen, wenn etwa Orientierung der Rechtsanwendung am Willen des Gesetzgebers und Primat des historischen Arguments gleichgesetzt werden.¹⁷¹

Diese traditionellen Ansätze vernachlässigen, dass in der Verwendung des Zweckbegriffs in juristischen Argumentationen ganz verschiedene Perspektiven auf das Recht zum Ausdruck kommen. Diese bauen nicht logisch aufeinander auf, sondern stehen durch ihren gemeinsamen Bezugspunkt, die Handlung, miteinander in Verbindung.¹⁷² Versteht man Rechtssätze als Resultat einer normativen Anspruch erhebenden, auf praktische Wirksamkeit gerichteten, kollektiv intentionalen Handlung, nötigt dies zu einer differenzierteren Analyse der Argumentationsformen, mittels derer die unterschiedlichen Aspekte dieser Handlung in Rechtsanwendungsdiskursen zur Geltung gebracht werden können.¹⁷³ Hierfür ist erneut an die Unterscheidung der verschiedenen Dimensionen der Zweck-Mittel-Relation anzuknüpfen.¹⁷⁴ Argumentationen, die auf den oder die Zwecke einer Norm Bezug nehmen, sind danach stets

¹⁷¹ *Jestaedt* betont zu Recht, dass sich das Projekt, den subjektiven Willen des Normsetzers zu rekonstruieren, nicht auf eine bestimmte Argumentationsform, insbesondere die Rolle der Gesetzesmaterialien beschränkt – „als ob die Ermittlung des Norminhalts als die Ermittlung des Inhalts des Normsetzerwillens nicht auch und sogar zuvörderst auf den vom Normsetzer selbst authentifizierten Normtext abzustellen hätte; entsprechendes gilt für die systematische und (subjektiv-)teleologische Auslegung.“ (*Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 342 f. mit Fn. 44; vgl. auch ebd., S. 356, wonach „gerade der Normtext und das ihn umgebende System für die subjektiv-historische Auslegung die – erfahrungsgemäß – verlässlichsten und reichhaltigsten Indizien darstellen“). Tatsächlich wäre es unzutreffend, den Rückgriff auf Gesetzgebungsmaterialien – und *nur* diesen – damit zu begründen, dass Gesetze im demokratischen Verfassungsstaat Zwecke verfolgen. Vielmehr wurde oben (§ 8 B. I.) bereits ausgeführt, dass die Rechtsanwendung selbstverständlich umfassend an den Willensäußerungen oder Zwecksetzungen des Gesetzgebers auszurichten ist, mit dieser Erkenntnis jedoch die wesentlichen Probleme noch nicht gelöst sind. Insofern ist es missverständlich, wenn die „genetische“, „historische“ und/oder „historisch-teleologische“ Argumentation als alleinige Ausprägungen der Suche nach dem (subjektiven) gesetzgeberischen Willen verstanden werden (zu den ersten beiden s. nur *Alexy*, Argumentation, ⁶2008, S. 291 ff., 294 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 360: „historisch“ als vergleichende Argumentation mit anderen historischen Normtexten; „genetisch“ als Arbeit mit Texten aus der Vorbereitung der Normerstellung, denen selbst kein genuin normativer Charakter zukommt, also insbesondere den Gesetzgebungsmaterialien; zu letzterer *Bydlinski*, Methodenlehre, ²1991, S. 451 f.; übergreifend von „historischer Auslegung“ sprechen etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ⁶2011, Rn. 778 ff.). Vgl. dazu auch unten § 8 Fn. 219.

¹⁷² Hierzu oben § 6 A. III.

¹⁷³ Dazu, dass sich die Art der Argumentation und der zugelassenen Argumente im Recht nicht strukturell von anderen entscheidungsbezogenen Diskursen unterscheidet, besonders offensiv *Alexander/Sherwin*, *Demystifying Legal Reasoning*, 2008.

¹⁷⁴ Zu diesen vgl. oben § 6 A. III., sowie die Einleitung zu § 8.

daraufhin zu untersuchen, ob sie dies in einem normativen (I.), kausal-empirischen (II.) oder intentionalen (III.) Sinne tun. Gerade die intentionale Perspektive erweist sich dabei als besonders produktive und praktisch relevante Argumentationsform in Begründungsdiskursen. Dass hier die eigentliche argumentative Arbeit mit dem Zweck der Norm stattfindet, ist gegen verbreitete Kritik unter erneutem Rückgriff auf das Konzept kollektiver Intentionalität zu verteidigen.¹⁷⁵

Dieser Neuansatz befreit Argumente, die mit dem Zweckbegriff arbeiten, vom latenten Verdacht, schlechte Metaphysik zu betreiben. Auch vermeidet er die Amalgamierung von Argumentformen und verfassungstheoretischen oder rechtsphilosophischen Positionen, die etwa bei der subjektiv- und der objektiv-teleologischen ‚Methode‘ begegnet. Ferner stellt er klar, dass jede der hier unterschiedenen Verwendungsdimensionen mit bestimmten Funktionen im juristischen Diskurs einhergeht. Jede dieser Modalitäten ist zudem mit spezifischen Anforderungen an Formulierung, Sättigung und damit Rationalität des Arguments konfrontiert. Nicht alle sind in der gleichen Weise zur Begründung von Auslegungsergebnissen geeignet. Erst wenn diese Unterschiede überspielt werden und ganz allgemein die Existenz ‚des‘ teleologischen Arguments unterstellt wird, kann es zu den Unschärfen und Beliebigkeiten in der Verwendung des Zweckarguments kommen, die so oft kritisiert werden. Schließlich ermöglichen die hier vorgeschlagenen Unterscheidungen argumentative Zugänge zu einem Recht, das als Produkt einer zweckorientierten Handlung aufgefasst und damit als Ausgangspunkt von Zurechnungsrelationen und als Endpunkt von Gestaltungsideen verstanden wird – mithin zu einem demokratischen Recht.

I. Der Verweis auf den Gesetzeszweck als Wertbehauptung und als Wertbegründungsfragment („normative Verwendungsdimension“)

Die wesentlichen Eigenarten dieser Verwendungsform wurden oben bereits ausführlich dargestellt.¹⁷⁶ Wird im Rahmen einer rechtlichen Argumentation ein Gesichtspunkt als ‚Zweck‘ einer Norm bezeichnet, liegt darin zunächst allein die Behauptung, dieser Punkt sei normativ relevant. Insoweit unterscheidet sich die Bezeichnung als Zweck noch nicht von alternativen Konzepten wie ‚Wert‘ oder ‚Rechtsgut‘.¹⁷⁷ Nun ist es allerdings Aufgabe der Methodenlehre und methodischer Regeln, die spezifisch *rechtliche* Relevanz der als wertvoll behaupteten Gesichtspunkte zu *begründen*, wo Unsicherheit oder Streit über entsprechende Zuschreibungen besteht. Ein an sich guter Grund, etwa Umweltschutz, kann ein Auslegungsergebnis nur dann beein-

¹⁷⁵ Hierzu oben § 6 C.

¹⁷⁶ Hierzu oben § 6 B. II. 1.

¹⁷⁷ Hierzu § 6 Fn. 133.

flussen, wenn er in einer angemessenen Form mit den relevanten Normtexten in Verbindung gebracht werden kann. Rechtsanwendung ist kein freies Räsionieren oder Abwägen, sondern hat sich primär an den für den Rechtserzeuger maßgeblichen Gründen zu orientieren.

Die Behauptung eines Werts oder Zwecks allein ist nun selbstverständlich noch keine Form der Begründung; um einen von *Alexy* in diesem Zusammenhang verwendeten Begriff aufzunehmen, wird insofern das Erfordernis der argumentativen „Sättigung“ verfehlt.¹⁷⁸ Allgemein akzeptierte Begründungsstrategien sind dagegen etwa der Verweis auf den Wortlaut der Norm, die Systematik oder Präjudizien. Für den Rechtsanwender wirkt sich das wie folgt aus: Will er bei der Rekonstruktion der Bedeutung einer Norm, etwa des § 26 Abs. 4 GenTG, darauf abstellen, ein Gesichtspunkt, etwa die von gentechnisch veränderten Organismen ausgehenden Gefahren bzw. das diesen Gefahren korrespondierende Moment des Gesundheitsschutzes, spreche für die von ihm präferierte Auslegungsvariante, wird er zunächst behaupten, dieser Gesichtspunkt sei für die Auslegung relevant. Diese Behauptung kann er in der Form artikulieren, dass dieser Gesichtspunkt dem ‚Zweck‘ der Norm entspreche. Stets ist dafür aber eine weitergehende Begründung anzuführen. Im konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht die Relevanz des Gesundheitsschutzes für die Bestimmung des für § 26 Abs. 4 GenTG wesentlichen Begriffs der „Freisetzung“ nach § 3 Nr. 5 GenTG darauf gestützt, dass dies dem „Zweck“ der Norm entspreche, und das weiter mit Verweisen auf die Systematik und auf Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union untermauert.¹⁷⁹ Diese Form der Begründung von Zweckbehauptungen durch Präjudizien und systematische Erwägungen, d. h. durch den Verweis auf parallel gelagerte, vor allem aber auch übergeordnete Normen, begegnet regelmäßig.¹⁸⁰ Hier wird häufig auch zusammenfassend von „teleologisch-systematischer“ Auslegung gesprochen.¹⁸¹ In gleicher Weise kann die Relevanz eines bestimmten Zwecks durch den Verweis auf den Wortlaut der Norm untermauert werden. Obwohl in diesem Fall die zusätzliche Auszeichnung als Zweck mehr oder weniger

¹⁷⁸ Nach *Alexy*, *Argumentation*, ⁶2008, S. 302, schließt das Erfordernis der argumentativen ‚Sättigung‘ „die bloße Behauptung, daß sich eine bestimmte Interpretation aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte oder dem Zweck der Norm ergebe, als Argument aus. Stets ist die Angabe von entweder empirischen oder normativen Prämissen, deren Wahrheit oder Richtigkeit jederzeit Gegenstand weiterer Diskussionen sein kann, erforderlich“.

¹⁷⁹ Vgl. BVerwG, Urteil des 7. Senats vom 29. 2. 2012 – E 142, 73 (81), Rn. 25.

¹⁸⁰ Vgl. dazu etwa BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 8. 2. 2001 (*Wahlprüfung Hessen*) – E 103, 111 (137).

¹⁸¹ *Bydlinski*, *Methodenlehre*, ²1991, S. 454 f.; dazu auch: *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, 2004, S. 47 ff. m. w. N.; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 369.

überflüssig scheint, begegnet auch diese Form der Begründung durchaus.¹⁸² Regelmäßig erscheint sie zudem beim Verweis auf Leitvorschriften: Deren Wortlaut dient zur Rekonstruktion von Zwecken, die für die Auslegung anderer Normen maßgeblich ist. So stützt sich das Bundesverwaltungsgericht in der Begründung der Zwecke, denen die gesetzliche Pflicht zur Weitergabe von Telefon-Teilnehmerdaten nach § 47 Abs. 1 und 2 TKG dient, auf den Wortlaut von § 2 Abs. 2 TKG, in dem die allgemeinen Ziele der TK-Regulierung festgeschrieben sind.¹⁸³ Hier verschwimmen die Unterscheidungen zwischen den etablierten Canones. Derartige Strategien zur Begründung von für rechtlich relevant erklärten Zwecken sind in der Rechtsprechung weit verbreitet.¹⁸⁴

¹⁸² Vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 28. 11. 2012 – 6 P 11/11 –, juris, Rn. 24 f. Danach ergibt sich der „Sinn und Zweck“ der Mitbestimmungsregelung nach § 75 Abs. 3 Nr. 13 BPersVG – nämlich der Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile der Beschäftigten infolge von Rationalisierungsmaßnahmen durch einen Sozialplan – „bereits unmittelbar aus dem Wortlaut“ der Norm.

¹⁸³ BVerwG, Urteil vom 25. 7. 2012 – 6 C 14/11 –, juris, Rn. 17 (daneben wird noch als systematisches Argument auf den Gewährleistungsauftrag nach Art. 87 f Abs. 1 GG verwiesen).

¹⁸⁴ Neben den bereits erwähnten Entscheidungen begründen u. a. folgende Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2012, die zur Stützung einer Auslegungsvariante auf den „Sinn und Zweck“ der ausgelegten Norm Bezug nehmen, diesen in den gerade genannten Formen (der Einheitlichkeit halber werden alle Entscheidungen mit Aktenzeichen und juris-Randnummer zitiert, anderweitig erfolgte Veröffentlichungen sind nur im Fall einer Aufnahme in die amtliche Sammlung vermerkt; häufig finden sich Mehrfachbegründungen; vgl. für weitere Verwendungsformen auch unten § 8 Fn. 189 und § 8 Fn. 218):

(i) überwiegend durch den Hinweis auf entsprechende Präjudizien: BVerwG, Beschluss vom 13. 1. 2012 – 9 B 56/11 –, juris, Rn. 7; Beschluss vom 7. 2. 2012 – 6 P 26/10 –, juris, Rn. 27; Urteil vom 9. 2. 2012 – 5 C 10/11 –, juris, Rn. 19 f. (BVerwGE 142, 10 (14 f.)); Urteil vom 29. 2. 2012 – 9 C 8/11 –, juris, Rn. 19 (BVerwGE 142, 84 (90 f.)); Beschluss vom 9. 3. 2012 – 6 P 27/10 –, juris, Rn. 28 f.; Beschluss vom 15. 5. 2012 – 6 P 9/11 –, juris, Rn. 13 f.; Urteil vom 24. 5. 2012 – 5 C 17/11 –, juris, Rn. 30 ff. (BVerwGE 143, 161 (169 f.)); Beschluss vom 30. 5. 2012 – 6 PB 7/12 –, juris, Rn. 10; Urteil vom 5. 6. 2012 – 10 C 4/11 –, juris, Rn. 13 (BVerwGE 143, 183 (186 f.)); Urteil vom 14. 6. 2012 – 4 CN 5/10 –, juris, Rn. 10 (BVerwGE 143, 192 (194 f.)); Urteil vom 12. 7. 2012 – 5 C 16/11 –, juris, Rn. 24 (BVerwGE 143, 325 (332)); Beschluss vom 25. 9. 2012 – 3 BN 1/12 –, juris, Rn. 4; Urteil vom 29. 11. 2012 – 2 C 44/11 –, juris, Rn. 15;

(ii) überwiegend durch den Hinweis auf systematische Gesichtspunkte: BVerwG, Urteil vom 4. 4. 2012 – 4 C 8/09 u. a. –, juris, Rn. 29 (BVerwGE 142, 234 (249)); Urteil vom 22. 5. 2012 – 1 C 6/11 –, juris, Rn. 17 ff. (BVerwGE 143, 150 (154 ff.)); Urteil vom 22. 8. 2012 – 6 C 30/11 –, juris, Rn. 27; Beschluss vom 4. 9. 2012 – 5 B 8/12 –, juris, Rn. 8; Beschluss vom 18. 10. 2012 – 8 B 18/12 –, juris, Rn. 15; Urteil vom 8. 11. 2012 – 5 C 4/12 –, juris, Rn. 9; Urteil vom 15. 11. 2012 – 7 C 1/12 –, juris, Rn. 16; Urteil vom 12. 12. 2012 – 6 C 32/11 –, juris, Rn. 28 (auch historisch); Beschluss vom 19. 12. 2012 – 6 B 21/12 –, juris, Rn. 5 (auch historisch und Präjudizien); Urteil vom 20. 12. 2012 – 4 C 7/11 –, juris, Rn. 13 f. (auch Präjudizien);

Dennoch kann es natürlich auch an einer Begründung für die behauptete normative Relevanz eines Zwecks fehlen, wenn einfach unterstellt wird, ein bestimmter Gesichtspunkt entspräche dem Zweck der Norm. Hierbei können zwei Konstellationen vorliegen, die abstrakt nur schwer voneinander abzugrenzen sind. Einerseits kann es sich hierbei um das handeln, was *Wilhelm Scheuerle* als „finale Subsumtion“ bezeichnet hat: Der Rechtsanwender setzt sich an die Stelle des Gesetzgebers und behauptet, ohne zu begründen.¹⁸⁵ Darin liegt implizit das Urteil, der Rechtsanwender verletze die Grundsätze der Gesetzesbindung und der Gewaltenteilung; dieses ist jedenfalls dann berechtigt, wenn sich eine Setzung als Begründung maskiert. In solchen Behauptungen des Rechtsanwenders kann aber auch schlicht eine Maßstabbildung liegen, die Konsequenz des nie zu eliminierenden Entscheidungselements richterlicher Tätigkeit ist und die dort in Anschlag gebracht wird, wo sich der Rechtsanwender selbst vom Gesetz im Stich gelassen fühlt und dennoch ein Urteil sprechen muss. Gerade oberste Gerichte sehen sich in vielen Fällen dazu ermächtigt, jenseits der parlamentarischen und administrativen Rechtserzeugung eine flexible Schicht normativer Grundsätze und Begründungsmodelle zu entwickeln, vorzuhalten und ständig zu aktualisieren. In dieser Weise konkretisiert etwa das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 eine der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 VereinsG, wonach ein Verein erst dann verboten werden könne, wenn „seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen“, in der Form, dass ein Zuwiderlaufen nicht nur dann vorliege, „wenn unmittelbar gegen Strafgesetze verstoßen wird“ – dies war bereits zuvor entschieden worden –, sondern „auch dann, wenn Straftaten hervorgerufen, ermöglicht oder erleichtert werden“.¹⁸⁶ Grund für diese Konkretisierung ist eben der vom Bundesverwaltungsgericht behauptete und nicht weiter begründete „Sinn und Zweck des Verbotsgrundes“, nämlich die Sicherung vor der „besonderen Gefährdung

(iii) überwiegend unter Hinweis auf Leitvorschriften oder Erwägungsgründe europäischer Normen: BVerwG, Urteil vom 22. 3. 2012 – 7 C 1/11 –, juris, Rn. 25 (BVerwGE 142, 159 (167 f.)) (auch Präjudizien); Urteil vom 26. 7. 2012 – 2 C 29/11 –, juris, Rn. 31 (BVerwGE 143, 381 (389 f.)); Urteil vom 27. 9. 2012 – 3 C 19/11 –, juris, Rn. 15; Urteil vom 11. 10. 2012 – 5 C 20/11 –, juris, Rn. 14 (BVerwGE 144, 306 (308 f.)) (Bezugnahme auf den Gesetzestitel); Urteil vom 18. 10. 2012 – 5 C 21/11 –, juris, Rn. 24; Urteil vom 25. 10. 2012 – 7 C 17/11 –, juris, Rn. 22.

¹⁸⁵ Dazu prägend *Scheuerle*, Finale Subsumtionen, AcP 167 (1967), S. 305 ff.; sowie *Rottleuthner*, Methode, ARSP BH 13 (1980), S. 97 (105 f.); *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, 1982, S. 170 f., 221 f.; *Puppe*, Methodenlehre, JA 1989, S. 345 (359): „Es ist der Ausleger selber, der hier dem Gesetz einen bestimmten Zweck substituiert.“ Ähnlich *Hassold*, Strukturen, in: Canaris/Diederichsen (Hrsg.), 2. FS Larenz, 1983, S. 211 (230); *Herzberg*, Kritik, NJW 1990, S. 2525 (2527). Zu derartigen Argumentfragmenten s. auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 265.

¹⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 19. 12. 2012 – 6 A 6/11, juris, Rn. 50 (NVwZ 2013, 870 (874)).

der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung [...], die sich daraus ergibt, dass Straftaten in einem vereinsmäßig organisierten Zusammenhang begangen werden“.¹⁸⁷ Hier muss offen bleiben, ob diese konkrete Behauptung überzeugt. Ebenso kann nicht darauf eingegangen werden, wie Gerichte grundsätzlich derartige Maßstäbe handhaben sollten.¹⁸⁸ Lediglich der hier zugrunde liegende Mechanismus der Zweckbehauptung sollte aufgezeigt werden, der regelmäßig in Urteilen begegnet.¹⁸⁹ Wo nun die Grenze zwischen (illegitimer) „finaler Subsumtion“ und (legitimer) richterlicher Entscheidung zu ziehen ist, verweist zurück auf die rechts- und verfassungstheoretischen Vorannahmen. Weder lässt sich jedoch die generelle Zulässigkeit noch die generelle Unzulässigkeit dieser Art der Wertbehauptung durch Gerichte in Form der normativen Auszeichnung bestimmter Zwecke vertreten. Aufgrund der die Rechtsanwendungstheorie prägenden paradigmatischen Differenzen sind zudem insoweit nie absolute, sondern immer nur relativ richtige Antworten möglich.

Für den hier vor allem interessierenden Gebrauch des Zweckbegriffs lassen sich dagegen folgende Feststellungen treffen: Trotz aller Schwierigkeiten, zu präzisen Abgrenzungen zu kommen, ist die analytische Unterscheidung von Wertbehauptung und Wertbegründung aufrechtzuerhalten. Die unterschiedlichen Möglichkeiten der Verwendungen des Zweckbegriffs drohen allerdings diese Unterscheidung zu verwischen: Der Verweis auf einen Gesetzeszweck kann nämlich erstens die Behauptung eines rechtlich relevanten Gesichtspunkts sein. Er kann aber zweitens auch Bezugspunkt einer Begründung sein, die nach anerkannten Methodenregeln vorgeht.¹⁹⁰ Drittens kann die Behauptung, ein Gesichtspunkt sei ein relevanter Zweck, mit der weiteren

¹⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 19. 12. 2012 – 6 A 6/11, juris, Rn. 51 (NVwZ 2013, 870 (874)).

¹⁸⁸ Dazu u. a. *Vofskuhle*, Rechtsprechen, in: Kube/Mellinghoff et al. (Hrsg.), FS Kirchhof, Bd. 1, 2013, S. 931 (935 f.).

¹⁸⁹ In ähnlicher Form finden sich Maßstabsbildungen, die die behaupteten Werte als „Zweck“ der Norm fassen, u. a. in folgenden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2012 (für die Zitierweise s. o. § 8 Fn. 184): BVerwG, Beschluss vom 13. 2. 2012 – 6 PB 19/11 –, juris, Rn. 10; Urteil vom 1. 3. 2012 – 5 C 12/11 –, juris, Rn. 15 (BVerwGE 142, 115 (119)); Beschluss vom 13. 3. 2012 – 6 PB 23/11 –, juris, Rn. 8 f.; Urteil vom 20. 3. 2012 – 5 C 5/11 –, juris, Rn. 21 f. (BVerwGE 142, 145 (151 f.)); Urteil vom 5. 6. 2012 – 10 C 4/11 –, juris, Rn. 18 (BVerwGE 143, 183 (190)); Urteil vom 12. 7. 2012 – 5 C 14/11 –, juris, Rn. 25 (BVerwGE 143, 314 (321)); Urteil vom 19. 7. 2012 – 10 C 2/12 –, juris, Rn. 20 (BVerwGE 143, 369 (377)); Urteil vom 26. 9. 2012 – 8 C 26/11 –, juris, Rn. 15 (insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 144, 211).

¹⁹⁰ Durch diese Umformulierung können Auslegungsergebnisse ggf. leichter im dogmatischen Diskurs verwendet werden. So kann etwa im Wege semantischer Argumentation ein rechtlich beachtlicher Gesichtspunkt einer Norm herausgearbeitet werden, der dann als ‚normativer‘ Zweck dieser Norm in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen ist. Die ‚normative‘ Verwendungsdimension ist so eine Schnittstelle zwischen Methodenlehre und dogmatischem Diskurs.

Behauptung einhergehen, dieser Zweck sei ein allgemein vernünftiger Gesichtspunkt, weshalb eine sich daran orientierende Entscheidung des Rechtsanwenders auch jenseits der gesetzlichen Bindung rational und damit gerechtfertigt sei – so die ‚objektiv-teleologische Methode‘. Schließlich existiert viertens in der üblicherweise ‚subjektiv-teleologischen‘ oder ‚historisch‘ genannten Methode noch eine weitere, spezifische Form der Begründung, die auf die intentionalen Dimension der Zwecksetzung abstellt.

Dazu gleich mehr. Hier ist zunächst relevant, dass der Zweckbegriff bei oberflächlicher Betrachtung alle Unterscheidungen der Methodentheorie zu transzendieren scheint. Doch folgt aus dieser rein begrifflichen Gemeinsamkeit nichts. Wesentliche Unschärfen der Methodendebatte resultieren daraus, dass diese spezifische Eigenschaft des Zweckbegriffs verkannt wird. Zum einen werden – wieder einmal – bestimmte Verwendungsformen für ‚die‘ maßgebliche Verwendung des Zweckbegriffs in der Rechtsanwendung genommen. Wenn etwa nur die ersten beiden gerade beschriebenen Verwendungsformen vor Augen stehen, kann das Missverständnis entstehen, dass der Zweck für die Auslegung allein als Ziel, nie als Mittel relevant sei.¹⁹¹ Zum anderen werden aus der rein begrifflichen Gemeinsamkeit Schlussfolgerungen gezogen und die Auflösung anerkannter Unterscheidungen betrieben, die nicht durch den Zweckbegriff gedeckt sind. Dann scheint der Verweis auf Zwecke entgrenzend und identisch mit der „finalen Subsumtion“.¹⁹² In diesem Zusammenhang muss jedoch noch einmal daran erinnert werden, dass „Zwecke“ nicht per se unbestimmter (oder bestimmter) als andere Formen der Artikulation von Werten sind.¹⁹³

¹⁹¹ S. oben § 8 Fn. 83.

¹⁹² Vgl. etwa den sehr offenen Hinweis bei *Schmalz*, Methodenlehre, ⁴1998, Rn. 295, wonach in der teleologischen Auslegung letztlich „jedes Argument verwertbar ist, sofern es sachlich ist und dem Gesetzeszweck nicht zuwiderläuft“. Die kritische Variante dieser Aussage bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 363, wonach die teleologische Auslegung „Sammelbecken subjektiver oder jedenfalls subjektiv vermittelter Wertungen von normbezogener und nicht-normbezogener, im ganzen von vorwiegend rechts- und verfassungspolitischer oder allgemeinpolitischer Art“ ist.

¹⁹³ Sicherlich lassen textlich fixierte, aber auch nur interpretatorisch erschlossene Gesetzeszwecke dem Rechtsanwender häufig einen Entscheidungsspielraum; doch unterscheidet sie dies in keiner Weise von anderen delegierenden, d. h. dem Richter Entscheidungsmacht einräumenden Regulierungstechniken, etwa Generalklauseln. Vgl. den entsprechenden Vorwurf im Kontext der Diskussion um die vermeintlich unbestimmteren ‚final‘ programmierten Normen unter § 7 B. II. 2. b. Anders aber wohl *Hart*, Concept of Law, ²1994, S. 128, 130: „Zweck“ (*aim*) als Element der „open texture“, sowie ebd., S. 136 und 287: „legislative intention“ als Deckmantel der Auslegung, die tatsächliche Normsetzung verschleiert. Wie hier dagegen *Raz*, Between Authority and Interpretation, 2009, S. 279 f. Dazu, dass der Vorwurf mangelnder Bestimmtheit immer wieder zwischen objektiver und subjektiver Theorie hin und her gespielt wird, d. h. also in der herkömmli-

Allerdings ist zuzugeben, dass die Vielgestaltigkeit der Verwendungen des Zweckbegriffs zu Missverständnissen einlädt. Insbesondere ist es leicht, die Wertbegründung aus dem Blick zu verlieren. Dies hängt mit einer letzten Eigenschaft dieser ‚normativen‘ Verwendungsform zusammen, an die hier nochmals zu erinnern ist: Wird geäußert, ein Gesichtspunkt entspreche dem Zweck der Norm, liegt zwar, wie hier gezeigt, in erster Linie nur eine Wertbehauptung vor, doch enthält diese auch das Fragment eines rechtlichen Arguments – Fragment deswegen, weil eine spezifisch rechtliche Geltung behauptet wird, indem auf das maßgebliche Rechtfertigungsnarrativ im Verfassungsstaat Bezug genommen wird: die demokratische (Zweck-)Setzung.¹⁹⁴

*II. Zwecke als Maßstäbe der Analyse sozialer Wirklichkeit:
Folgenerwägungen als Teil der Bedeutungsrekonstruktion („empirische
Verwendungsdimension“)*

Recht im demokratischen Verfassungsstaat will – mal diffus, mal konkret – soziale Zwecke erreichen. Mittel dazu sind die Entscheidungen der Rechtsanwender.¹⁹⁵ An bestimmten Stellen verlangt das positive Recht vom Rechtsanwender ausdrücklich, diese gestaltungsorientierte Perspektive einzunehmen und sozialempirische Abschätzungen über die Wirkung seiner Entscheidung und deren Eignung für die Erreichung derartiger Zwecke vorzunehmen.¹⁹⁶ Diese Konstellationen, in denen das Recht über ‚Zwecke‘ mit der Wirklichkeit ‚gekoppelt‘ wird, wurden oben bereits untersucht.¹⁹⁷ In der Methodenlehre wird nun insbesondere unter dem Stichwort ‚Folgenerwägungen‘ diskutiert, ob und wie der Gestaltungsanspruch des Rechts die Rechtsanwendung insgesamt beeinflusst.¹⁹⁸ Die Schwierigkeiten, die sich mit dieser ‚empirischen‘ Verwendungsdimension des Zweckbegriffs in der Rechtsanwendung verbinden, unterscheiden sich erheblich von denjenigen der ‚normativen‘ oder ‚intentionalen‘ Dimension.

chen Methodentheorie nicht adäquat verarbeitet wird, vgl. die instruktive Gegenüberstellung bei *Mennicken*, Ziel, 1970, S. 22, 23 f., 27 f., 29, 40 f., 44, 52 f., 57 f.

¹⁹⁴ Hierzu bereits oben § 6 A. II.

¹⁹⁵ Vgl. zu dieser Beziehung auch *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 10.

¹⁹⁶ Hierzu ausführlich *Alexy*, Argumentation, ⁶2008, S. 285 ff.

¹⁹⁷ Dazu ausführlich oben § 6 C. II.

¹⁹⁸ Hierzu aus einer primär gerichtsorientierten Perspektive *Sambuc*, Folgenerwägungen, 1977; *Alexy*, Argumentation, ⁶2008, S. 298; *Wälde*, Folgenorientierung, 1979; *Rottleuthner*, Methode, ARSP BH 13 (1980), S. 97 ff.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981; *Deckert*, Folgenorientierung, 1995; *Teubner*, Folgenorientierung, in: ders. (Hrsg.), Entscheidungsfolgen, 1995, S. 9 ff.; sowie jetzt *Lassahn*, Folgenberücksichtigung, ARSP 99 (2013), S. 323 ff. Zu entsprechender allgemeiner Literatur vgl. oben § 6 Fn. 142.

Dabei leidet die Diskussion darunter, dass in der Folgenliteratur unzureichend zwischen zwei Konstellationen unterschieden wird.¹⁹⁹ So wird Folgenorientierung als Strategie in Fällen, in denen das Gesetz den Anwender (vermeintlich) im Stich lässt, vermischt mit solchen Prognoseleistungen, die schon für die Rekonstruktion der Bedeutung einer Norm erforderlich sind. Dies hat zu Missverständnissen über den Stellenwert empirischer Reflexionen und Argumentationen in der Rechtsanwendung und damit auch über das Verständnis des Zweckbegriffs geführt. Tatsächlich sind häufig auch bei Anwendung der akzeptierten Methoden Folgenerwägungen erforderlich. Angesichts der Komplexität vieler Entscheidungssituationen und der typischen Hybridität der Rechtsbegriffe wird sozialempirischen Analysen jedoch selten ein fallentscheidendes Moment zukommen. Wie hiermit umzugehen ist, welche Maßstäbe also an entsprechende Analysen in der Rechtsanwendung anzulegen sind, entscheidet sich jedoch nicht aus ‚dem Zweckbegriff‘. Insoweit wird die Rechtsanwendungstheorie vielmehr erneut auf die unterschiedlichen Immunsierungsstrategien und paradigmatischen Differenzen zurückverwiesen.

1. Folgenabwägung im „gesetzesfreien“ Bereich

Unter dem Titel „Folgenorientierung“ widmet sich die Methodenlehre auch der Frage, welche Entscheidungen getroffen werden sollen, wenn das Gesetz dem Rechtsanwender keine Orientierung mehr geben kann. Hierbei wird vertreten, dass dort, wo die Gesetzesbindung an die Grenzen sprachlicher Bestimmtheit stößt, ein vernunftgeleitetes Folgenmanagement eintreten soll, das sich an Erkenntnissen der Entscheidungstheorie und der Sozialwissenschaften orientiert.²⁰⁰ Dadurch soll der rechtlich nicht determinierbare Entscheidungsspielraum des Rechtsanwenders rationaler gestaltet werden.²⁰¹

In diesem Sinne ist Folgenorientierung – ganz analog der objektiv-teleologischen Methode bei Alexy – eine Strategie im Umgang mit den Paradoxien der Rechtsanwendung.²⁰² Der Folgenliteratur liegt dabei implizit eine

¹⁹⁹ Sehr skeptisch zum Ertrag der Folgenliteratur für die Rechtsanwendungstheorie daher etwa *Eidenmüller*, *Effizienz*, 1995, S. 399 f.; *Hensche*, *Teleologische Begründungen*, 1998, S. 37 (der „methodologische Ertrag dieser Diskussion [ist] erstaunlich gering“).

²⁰⁰ *Lübbe-Wolff* hat die typische Entscheidungssituation, von der diese Art Folgenliteratur ausgeht, präzise beschrieben, vgl. *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 11 m. w. N.

²⁰¹ In diesem Sinne etwa *Wälde*, *Folgenorientierung*, 1979, S. 79; *Coles*, *Folgenorientierung*, 1991, S. 224 ff.; *Deckert*, *Folgenorientierung*, 1995, S. 223 ff. und passim. Weitere Nachweise bei *Röhl*, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: *EzR*, Stand: 2015, Rn. 63 ff.

²⁰² Vgl. oben unter § 8 A. II. 1 und § 8 B. II. 1.

konsequentialistische Moralthorie zugrunde.²⁰³ Dabei wird die Entscheidung als Ereignis verstanden, deren Wirkung im Hinblick auf meist nicht näher präzierte Werte zu optimieren ist.²⁰⁴ Derartige Überlegungen mögen für eine Rekonstruktion richterlicher Tätigkeit jenseits der Gesetzesbindung hilfreich sein.²⁰⁵ Für die juristische Rechtsanwendungstheorie und die Methodenlehre hingegen geben solche Überlegungen jedoch schon ihrem Ansatz nach nichts her. Zu erheblicher Verwirrung trägt daher bei, wenn diese Art der Folgenorientierung, wie teilweise geschehen, als spezifische Unterform der teleologischen Argumentation und damit als Fall der Rechtsanwendung gefasst wird.²⁰⁶ Dagegen will der methodengeleitete rechtliche Diskurs gerade erst klären, ob die Entscheidungssituation unvollständig rechtlich determiniert ist, während der Rekurs auf die freie Folgenabwägung dies voraussetzt.²⁰⁷

²⁰³ Die Folgenliteratur verfehlt dabei weitgehend den Anschluss an die oben skizzierten Probleme des philosophischen Konsequentialismus, vgl. dazu nur die knappen Hinweise oben § 6 A. III. 3. a. (insbes. § 6 Fn. 94).

²⁰⁴ Woher derartige allgemein „rationale“ Ziele genommen werden können, die die Entscheidung bei Anwendung konsequentialistischer Methoden legitimieren könnten – dass dies möglich ist, ist eine Grundannahme der Folgenliteratur –, ist durchaus offen. Sofern hierbei auf allgemeine „Wertvorstellungen“ (Coles, Folgenorientierung, 1991, S. 214) oder einen Elitenkonsens (Wälde, Folgenorientierung, 1979, S. 79; Deckert, Folgenorientierung, 1995, S. 195, 181, 192) Bezug genommen wird, ist dies den Einwänden ausgesetzt, die oben schon entsprechenden Vorstellungen kritisch entgegengehalten wurden (vgl. § 8 B. II. 1.). Hinzu kommt, dass die Folgenliteratur oftmals ignoriert, dass das Recht nicht mit dem Gesetz endet, sondern verfassungsrechtliche Regeln, insbesondere Grundrechte und Staatsstrukturprinzipien, auch ohne einfachgesetzliche Umsetzung einer freien Folgenorientierung Grenzen setzen können.

²⁰⁵ Dabei bestehen allerdings durchaus Zweifel daran, dass Großformeln wie „Folgenorientierung“ und die damit verbundenen Werte gerade dann dem Entscheider helfen können, wenn detaillierte rechtliche Regelungen (angeblich) keine determinierende Kraft mehr aufweisen. Zu dieser Kritik auch Hensche, Teleologische Begründungen, 1998, S. 73 f. Insgesamt ist die sozialwissenschaftliche Literatur insoweit durchweg erheblich skeptischer als juristische Autoren (vgl. nur als ein prägnantes Beispiel: Tversky/Kahneman, Framing, Journal of Business 59 (1986), S. 251 (274)).

²⁰⁶ An dieser Unschärfe leidet vor allem die Auseinandersetzung mit der provokativen Kritik an der Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974 (zu der parallel gelagerten Thematik final programmierter Normen vgl. oben § 7 B. II. 1. c.). Dementsprechend arbeitet sich die Kritik der Kritik weitgehend an Selbstverständlichkeiten ab: s. dazu Sambuc, Folgenerwägungen, 1977, S. 18 f.; Wälde, Folgenorientierung, 1979, S. 105 ff., 127 ff.; Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 14 ff. (insbes. S. 24). Vgl. auch Teubner, Folgenkontrolle, Rechtstheorie 6 (1975), S. 179 (181 ff.).

²⁰⁷ Zur Differenzierung dieser Fragen schon Rottleuthner, Methode, ARSP BH 13 (1980), S. 97 (104); Deckert, Folgenorientierung, 1995, S. 89.

2. Folgenerwägungen als Strategie zur Bedeutungsermittlung

Hierdurch geriet vielfach aus dem Blick, dass Folgenanalysen, d. h. sozial-empirische Analysen, auch dort notwendig sein können, wo es primär um die Rekonstruktion der Bedeutung eines Rechtssatzes geht. Unter anderem Alexy hat herausgearbeitet, in welchem Umfang klassische Argumentationsformen auf sozialempirische Prognosen Bezug nehmen.²⁰⁸ In der Praxis ist dieser Anspruch allerdings schwer einzuholen. Nimmt man einen (in diesem Fall explizit normierten) Gesetzeszweck, wie die „möglichst sichere [...] Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität“ (§ 1 EnWG) und versucht, diesen sehr abstrakten, aus normativen Wertungen und sozialen Beschreibungen zusammengesetzten Gesichtspunkt im Wege der Auslegung zur Geltung zu bringen, ist zwar durchaus einleuchtend, dass der Rechtsanwender die vertretbaren Auslegungsvarianten daraufhin überprüfen muss, wie diese konkret und in hypothetisch verallgemeinerter Sicht dazu beitragen können, dass ein möglichst hohes Niveau der Energiesicherheit tatsächlich, also empirisch messbar, erreicht wird. Der Gestaltungszweck ist hier Bezugspunkt der rechtsanwendenden Entscheidung (also des Mittels), die diesen im arbeitsteiligen Zusammenwirken der Gewalten zu realisieren hat. Tatsächlich stoßen derartige Überlegungen in der Praxis jedoch schnell an Grenzen, denn im juristischen Streitfall wird regelmäßig auch umstritten sein, wie sich die Folgen der zu treffenden Entscheidung darstellen. Viele der im Recht gebrauchten Begriffe weisen nun einen nur sehr schwer fassbaren empirischen Gehalt auf.²⁰⁹ Bestimmte Regelungskonstellationen entziehen sich ganz einer derartigen Analyse.²¹⁰ Die Schwierigkeiten, mit denen sich Rechtsanwender im Umgang mit derart komplexen Konzepten wie „Energiesicherheit“ konfrontiert sehen, wird daher auch durch eine Sensibilisierung der Gerichte oder einen Ausbau der Integration externen Sachverständs kaum zu beheben sein.

3. Folgenorientierung und Rechtsanwendungstheorie

Pauschale Forderungen nach mehr oder weniger Folgenorientierung führen daher nicht weiter. Das Recht selbst hat auf diese Fragen schon längst mit einem ausgefeilten Regelsystem reagiert, das ganz unterschiedliche Bausteine aufweist – prozessuale Elemente, Beweislastregeln, Prüfungsspielräume, Regeln über die Integration externer Expertise etc. – und damit allzu pauschale Lösungsmodelle der Rechtstheorie hinter sich lässt. Das bedeutet nicht,

²⁰⁸ Vgl. aber u. a. Alexy, *Argumentation*,⁶2008, S. 30, 283, 285 f., 298. Vgl. auch Röhl, „Grundlagen der Methodenlehre II“, in: EzR, Stand: 2015, Rn. 62.

²⁰⁹ S. dazu schon oben unter § 6 B. II. 2. c.

²¹⁰ Dies betrifft insbesondere Zielkonflikte, vgl. dazu oben § 6 Fn. 156 und 157, sowie Alexy, *Argumentation*,⁶2008, S. 298 f.; Koch/Rüßmann, *Begründungslehre*, 1982, S. 211, 222 ff.; Deckert, *Folgenorientierung*, 1995, S. 44.

dass Erörterungen des Für und Widers einer Erhöhung der Anforderungen an gerichtliche Prognoseleistungen entbehrlich sind.²¹¹ In entsprechenden Diskussionen geht es schließlich darum, die gewaltenteilende Ordnung als Wissensordnung auszutarieren. Die Entscheidung über die genaue Kalibrierung dieser Verhältnisse hängt nun jedoch unter anderem wiederum von Positionen ab, die oben als „paradigmatische Differenzen“ der Rechtsanwendungstheorie eingeführt wurden. Die Auseinandersetzung über Voraussetzungen und „Folgen der Folgenorientierung“²¹² muss dabei auf der Grundlage entsprechender verfassungstheoretischer Entwürfe geführt werden. Im vorliegenden Kontext geht es jedoch um etwas anderes. Unabhängig davon, welche Anforderungen an die richterliche Prognoseleistung gestellt werden, ist die Rechtsanwendung von Folgenerwägungen durchzogen. Empirische Zweck-Mittel-Abschätzungen in der einen oder anderen Form, kaum je in Reinform und nie ohne entsprechende rechtliche Ermächtigung, sind damit auch Teil der rechtlichen Argumentation. Die Analyse des Zweckbegriffs im Recht kann allerdings allein hinweisen, dass auch diese Möglichkeit der Verwendung des Zweckbegriffs in Rechtsanwendungsdiskursen existiert, ohne die damit einhergehenden Probleme aus dem Begriff heraus lösen zu können.

III. Zwecke als Ausdruck einer gesetzgeberischen Regelungsabsicht („intentionale Verwendungsdimension“)

Verstehen ist stets auch als Annäherung an die Intentionen des Anderen verstanden worden.²¹³ Die Intentionalität von Handlungen gilt vielfach überhaupt erst als Ursache dafür, „dass wir Handlungen überhaupt erklären können: Handlungen geschehen aus Gründen und sind daher nicht absichtslos.“²¹⁴ Heute kann die Überzeugungskraft einer eigentlich ‚teleologischen‘ Methode – wenn überhaupt – also nur noch auf der Annahme beruhen, damit Argumente generieren zu können, die Zugang zu den Regelungsabsichten der rechtserzeugenden Entität versprechen.²¹⁵ Zwecke repräsentieren in dieser

²¹¹ Ausführliche Darstellungen der erneut vor allem von Luhmann (vgl. oben § 8 Fn. 206) inspirierten Bedenken – Gefährdung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit und damit der Stabilität und Funktionalität des Rechtssystems; Flucht von Gerichten in Scheinrationalitäten; justizielle Usurpation genuin politischen Terrains – bei *Rottleuthner*, Methode, ARSP BH 13 (1980), S. 97 (114 f.); *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 14 ff.; *Deckert*, Folgenorientierung, 1995, S. 14 ff.

²¹² *Böhlk/Unterseher*, Folgen der Folgenorientierung, JuS 1980, S. 323.

²¹³ Zu den in diesem Zusammenhang diskutierten Fragen nach dem Gegenstand jeder Interpretation vgl. nur die Hinweise oben § 8 Fn. 15, sowie jüngst insbesondere *Poscher*, Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin, in: FS Schlink, 2014, S. 203 (205 ff.).

²¹⁴ *Epple*, Rezension Gerber, sehpunkte 13, no. 6 (2013).

²¹⁵ Vgl. auch *Solan*, Private Language, Public Law, Georgetown L. J. 93 (2005), S. 427 (430): „Much of the debate over statutory interpretation is legitimate political conflict over

Verwendungsmodalität intentionale Einstellungen eines Akteurs. Ihre Rekonstruktion erfolgt über Indizien, die an äußere Manifestationen dieser Einstellung anknüpfen. Wird in diesem Sinne mit dem ‚Zweck‘ einer Norm argumentiert, wird damit das Vorliegen einer aktuellen oder potentiellen intentionalen Einstellung des Normgebers gegenüber der die Argumentation auslösenden Konstellation behauptet.

Tatsächlich legt das demokratische Recht solch ein intentionalisiertes Verständnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung nahe.²¹⁶ Die intentionale Perspektive ist kompatibel mit der Idee des Gesetzgebungsverfahrens als eines Willensbildungsprozesses. Auch die Idee, die Auslegung diene der Rekonstruktion des Willens oder der Regelungsabsichten des Gesetzgebers, fügt sich in dieses Bild ein.²¹⁷ Rechtsanwendung und Gesetzesbegriff können so über das Konzept der demokratischen Willensbildung, die ja ihrerseits Grundlage des Postulats der Gesetzesbindung ist, kurzgeschlossen werden. In diesem Sinne werden in der Rechtspraxis mit dem Begriff des ‚Zwecks‘ oder der ‚gesetzgeberischen Gestaltungsabsicht‘ auch regelmäßig Argumentationen eingeleitet, die auf den Gesetzgebungsprozess, d. h. insbesondere auf den Inhalt von Gesetzgebungsmaterialien, Bezug nehmen.²¹⁸ In diesem Sinne ist auch häufig von der genetischen oder der subjektiv-teleologischen Methode die Rede.²¹⁹

Doch trifft diese Vorstellung auf den schon bekannten Einwand: Ist das Konzept eines intentional handelnden Gesetzgebers überhaupt sinnvoll? Denn

setting these priorities. However, arguments that intent is irrelevant to the interpretive enterprise are not, I believe, legitimate in their own right“.

²¹⁶ Vgl. *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, S. 288: „An enactment which is not interpreted as it was meant or intended to be cannot rest on the authority of the legislature“.

²¹⁷ Besonders deutlich etwa das Sondervotum *Vofßkuhle, Osterloh, Di Fabio* zu BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. 1. 2009 (*Rügeverkümmern*) – E 122, 248 (283). Vgl. nur *Waldhoff*, *Gesetzesmaterialien*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (88), sowie die Literatur oben unter § 8 B. I.

²¹⁸ S. nur aus den entsprechenden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2012 hierzu: BVerwG, Urteil vom 17. 1. 2012 – 1 C 1/11 –, juris, Rn. 9 (BVerwGE 141, 325 (327)); Urteil vom 1. 3. 2012 – 3 C 15/11 –, juris, Rn. 23; Urteil vom 9. 5. 2012 – 6 C 3/11 –, juris, Rn. 30 (BVerwGE 143, 87 (97 f.)); Beschluss vom 30. 5. 2012 – 6 B 6/12 –, juris, Rn. 8; Urteil vom 14. 6. 2012 – 5 C 4/11 –, juris, Rn. 21 (BVerwGE 143, 203 (207)); Urteil vom 2. 8. 2012 – 7 C 7/12 –, juris, Rn. 26; Urteil vom 26. 9. 2012 – 6 C 7/12 –, juris, Rn. 44 (BVerwGE 144, 171 (183 f.)); Urteil vom 17. 10. 2012 – 4 C 5/11 –, juris, Rn. 13; Urteil vom 15. 11. 2012 – 7 C 15/12 –, juris, Rn. 32; Urteil vom 12. 12. 2012 – 7 C 24/11 –, juris, Rn. 19 f.; Urteil vom 13. 12. 2012 – 5 C 25/11 –, juris, Rn. 21.

²¹⁹ Vgl. etwa *Koch/Rüßmann*, *Begründungslehre*, 1982, S. 176 ff.; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, ³1995, S. 149 ff., 164 f.; *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik*, 1996, S. 194 f.; *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien*, AcP 211 (2011), S. 317 (321 ff.); *Kramer*, *Methodenlehre*, ⁴2013, S. 125. Zur Problematik des Begriffs vgl. oben § 8 Fn. 171.

Recht in einer parlamentarischen Demokratie ist nie Ausdruck eines individuellen Willensaktes, sondern vieler Handlungen und unterschiedlichster Intentionen.²²⁰ Dementsprechend herrscht vielfach die Überzeugung, dass es nicht weiter führe, Rechtsanwendung (auch) als Rekonstruktion der Intentionen des Gesetzgebers zu verstehen. Dem ist hier durch den Verweis auf die oben ausgeführte Theorie kollektiv intentionalen Handelns zu begegnen. Danach ist eine solche Perspektive auf das Recht im demokratischen Verfassungsstaat nicht nur möglich, sondern auch produktiv.

1. Der „Willen“ des Gesetzgebers in der Rechtsanwendung

Die Frage nach einem angemessenen Verständnis der Kategorie des gesetzgeberischen Willens beschäftigt die Auslegungstheorie schon lange.²²¹ Insbesondere die ‚objektive‘ Theorie bezieht ihre Überzeugungskraft häufig allein aus dem Vorwurf, der ‚subjektiven‘ Theorie bzw. der genetischen Auslegung liege ein unzulässig intentionalisierendes Verständnis des Willensbegriffs zugrunde.²²² Kritiker, wie *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen*, werden als Vertreter eines dezentralen Rechtserzeugungsmodells nicht müde, derartige Überzeugungen als „Chimäre“ und „Phantom“, als Produkt eines seit der Pandektenwissenschaft und der frühpositivistischen Staatslehre überwundenen Rechtsbegriffs zu kennzeichnen; jede Bezugnahme auf einen „hypostasierten“ Willen hebele das „methodisch erarbeitete Konkretisierungsergebnis“ aus.²²³

Doch auch die Autoren, die daran festhalten, dass Rechtsanwendung den demokratischen Willen des Gesetzgebers zu rekonstruieren habe,²²⁴ ziehen

²²⁰ Dazu ausführlich oben unter § 6 C.

²²¹ Zum Willen vgl. schon *Heck*, Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914), S. 1 (50); zu der historischen Diskussion *Mennicken*, Ziel, 1970, S. 21–23; s. auch oben die Nachweise § 8 Fn. 86. Ausführlich dann auch etwa *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 46 f.; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (321); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 62011, Rn. 790. Differenzierend *Hassold*, Wille, ZZP 94 (1981), S. 192 (198) (psychologischer Wille der am Verfahren beteiligten Individuen konstruiert normativen „Kollektivwillen“).

²²² Das beste Beispiel dafür bieten *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 112013, Rn. 263: „Bei der Konkretisierung sind nur ‚Gesetz und Interpret‘ im Spiel [...]. Der Jurist steht nicht darüber hinaus noch einem reproduzierbaren individuellen oder kollektiven Autor, dessen Vorstellungen oder dessen Willen gegenüber. [...] Insofern wäre auf dem Boden herkömmlicher Methodik in der Tat der sogenannten objektiven Auslegungstheorie der Vorzug zu geben“.

²²³ Vgl. etwa *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 112013, Rn. 29, 77 f., 83 f., 264 ff., 361 ff., 443. In diese Richtung auch *Röhl*, Legislator’s Intent. Limits of a Concept, in: *Seebaß/Schmitz/Gollwitzer* (Hrsg.), Acting Intentionally and Its Limits, 2013, S. 121 ff. Vgl. insbesondere die Nachweise unter § 6 Fn. 180.

²²⁴ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 331 („Inhalt der Norm und damit Ziel der Rechtserkenntnis ist infolgedessen der Sinn dieses menschlichen Willensaktes.“).

daraus keine praktischen Konsequenzen, da auch hier der Willensbegriff nur als Metapher, Heuristik oder – so etwa bei *Matthias Jestaedt* – notwendige Fiktion gebraucht werden soll.²²⁵ Letztere „zwingt“ zwar als quasi-transzendente Bedingung die Rechtsgewinnungstheorie, „mit der Kategorie des ‚Willens‘ des Normsetzers zu operieren und damit all ihren Operationen eine realpsychische Fiktion zugrunde zu legen“; daraus folge jedoch nichts, vielmehr sei im Bezug auf Entscheidungen von Kollektiven „der Entscheidungs- ‚Wille‘ dieses Gremiums unter dem Blickwinkel der Psychologie in der Tat eine Chimäre, also ein Hirngespinnst“.²²⁶ Ähnlich argumentiert etwa *Jeremy Waldron*, dass der Gesetzgeber zwar als Autor des Rechts gelten müsse, seine Intentionen aber nur formal bestimmt werden könnten und sich allein im Text verkörpern: „There simply is no fact of the matter concerning a legislature’s intentions apart from the formal specification of the act it has performed“.²²⁷ Es ist dann zwar möglich zu sagen, dass eine gesetzgeberische Handlung eine „action under a certain intentional description“ sei, doch folge daraus nichts.²²⁸ Interpretieren sollten daher Texte nicht so behandeln, als ob sie das Ergebnis einer in sich konsistenten intentionalen Wahl einer Person wären.²²⁹

2. Gesetzgeberischer „Willen“ als kollektiv intentionale Aktivität

Danach könnte also die Orientierung der Rechtsanwendung an den Zwecken des Rechtsetzers allenfalls metaphorisch oder auch transzendental verstanden werden, weil – so die Bedingung dieser Argumentation – jedes andere Verständnis des Zweckbegriffs notwendig mit einem irgendwie metaphysischen Verständnis des gesetzgeberischen Willens einhergehe. Der Versuch, aus dem Zweck- oder Willensbegriff konkrete Regeln der Rechtsanwendung abzuleiten, gleiche daher dem Versuch, „eine Motorhaube als Kopfbedeckung zu verwenden.“²³⁰ Zur Funktion von Zwecken in Rechtsanwendungsdiskursen wäre dann bereits alles Wesentliche gesagt. Gesetzeszwecke sind – je nach Modell – mehr oder weniger unschädliche Metaphern oder transzendente Bedingungen der Rechtsanwendung oder auch Reformulierungen des Grundsatzes der Gesetzesbindung. Doch trägt diese These wirklich?

²²⁵ Vgl. die Nachweise § 6 Fn. 179.

²²⁶ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 354.

²²⁷ *Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 142: „to the extent there is one author, it is the legislature [...] as distinct from the individual members“. Allgemein dazu ebd., S. 119 ff. Dies soll nach Waldron selbst für Recht gelten, das von Individuen gesetzt wird: *ders.*, Legislation by Assembly, *Loyola L. Rev.* 46 (2000), S. 507 (531 mit Fn. 72).

²²⁸ *Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 143.

²²⁹ *Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 145.

²³⁰ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67d (S. 96).

Die Weigerung, im Rahmen der Rechtsanwendung Argumente zuzulassen, die auf intentionale Einstellungen des Normsetzers verweisen, überzeugt, wenn man von einer notwendigen Gleichsetzung der Kategorien von Intentionalität und einem individualistischen, psychologischen Willensbegriff ausgeht. Oben wurde jedoch gezeigt, dass diese Gleichsetzung nicht notwendig ist, da eine intentionale Perspektive auch auf kollektive Phänomene möglich ist.²³¹ Hinzu kommt speziell für die Rechtsanwendung noch ein Punkt, auf den gleich ausführlich einzugehen ist: Würde die Kritik am Willensbegriff durchschlagen, bliebe aus praktischer Sicht offen, wieso (und welche) Gesetzgebungsmaterialien für die Rechtsanwendung relevant sein sollten. Die Begründung zur Heranziehung der Materialien beruht doch gerade auf der Vorstellung, dass diese in irgendeiner Form Auskunft über den internen Willensbildungsprozess des Kollektivs geben können, also dessen ‚intentionale‘ Aktivität dokumentieren.²³² Da nun die Verwendung von Materialien in der Rechtsanwendung allgemein akzeptiert und verfassungsrechtlich gebilligt ist, scheint es aus rechtstheoretischer Sicht produktiv, nach einer Theorie zu suchen, die hierfür einen sinnvollen Rahmen bereitstellt. Dies kann eben die Theorie kollektiver Intentionalität leisten.

Im Folgenden ist daher davon auszugehen, dass auch Kollektive unter bestimmten Bedingungen als (kollektiv) intentionale Akteure beschrieben werden können. Denn die Analyse kollektiver Entitäten mittels eines modifizierten, nämlich *kollektiven* Intentionalitätsbegriffs kann einzelne Phänomene im Umgang mit Kollektiven – insbesondere deren Einbettung in Legitimations- und Verantwortungsstrukturen, aber auch den Umgang und die Einbettung Einzelner in größere Strukturen – präziser erklären als dies bei einem generellen Verzicht auf die Kategorie der Intentionalität der Fall wäre. Eine Gleichsetzung von individuell und kollektiv intentionalem Handeln liegt darin gerade nicht.

Versucht man, diese theoretische Weichenstellung für die Rekonstruktion von Rechtssätzen in der Rechtsanwendung fruchtbar zu machen, verspricht dies eine Überbrückung des Bruchs zwischen dem demokratischen Rechtfertigungsnarrativ, das auf der Idee kollektiver Willensbildung beruht, und der Rechtsanwendungstheorie. Diesen Zusammenhang sehen auch schon Müller und Christensen, die zur Rechtfertigung des Verweises auf Gesetzgebungsmaterialien angesichts der von ihnen unterstellten Sinnlosigkeit der Rede von Gesetzgebung als Willensbildung ausführen:

„Um mit dieser Schwierigkeit fertigzuwerden, muß man die genetische Konkretisierung vom Begriff des Willens ablösen. Zunächst wird dabei die Willensmetapher durch den Begriff einer *Handlung* ersetzt [...]. Der Fortschritt dieser Ersetzung kann sich aber nur

²³¹ Hierzu ausführlich oben unter § 6 C.

²³² Nourse, *Decision Theory*, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (141 f.). Vgl. die weiteren Nachweise sogleich unter § 8 D. (insbes. § 8 Fn. 269 ff.).

dann auswirken, wenn man auch die vorgestellte Einheitlichkeit und Homogenität der Normierungshandlung auflöst. Dabei kann der vorgestellte Gesamtwille durch ein *Mehrheits- oder Agentenmodell* [...] ersetzt werden.²³³

Wie im oben entwickelten Modell kollektiver Intentionalität verweisen Müller und Christensen dazu auf den Parallelfall des Handelns juristischer Personen:

„Auch bei diesen redet man von Absichten, die man bei Bedarf etwa ihren Organen zuschreibt. Dabei läßt sich nicht einfach sagen, das Wort ‚Absicht‘ werde nur in einem metaphorischen oder von der wörtlichen Bedeutung abgelösten Sinn gebraucht. Der Sprachgebrauch verweist hier vielmehr auf *soziale Regeln*, nach denen das Handeln Einzelner einer Gesamtheit zugerechnet wird.“²³⁴

Genetische Auslegung sei nun von den ihr „impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen“ abzulösen; anstelle der „anthropomorph aufgefaßten Absichten und des personifizierten Gesetzgebers“ sei der „*Vorgang der Gesetzgebung als arbeitsteilige[r] Prozeß*“ in den Blick zu nehmen.²³⁵ Die Autoren schließen mit dem Fazit: „Gegen die Position der objektiven Lehre in ihrer strengen Form ist damit die Möglichkeit genetischer Auslegung darge-
tan.“²³⁶

Müller und Christensen ist – bei allem Widerspruch im Detail – in ihrer Einschätzung zuzustimmen, dass die Materialienfrage in einer nicht-naiven und nicht-mentalistischen Theorie des Gesetzgebungsverfahrens als Willensbildung ihre beste Rechtfertigung findet. Müller und Christensen arbeiten dieses Konzept allerdings weder in theoretischer noch in praktischer Hinsicht aus. Dadurch fehlt es ihnen an jeglichen Kriterien dafür, wann bestimmte Argumente als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens gelten können; dies wird in die Beliebigkeit des Rechtsanwenders gestellt.²³⁷ Hier wurde dagegen bereits oben gezeigt, wie sich die Bildung kollektiv intentionaler Einstellungen theoretisch sicher fassen lässt. Ob sich daraus eine tragfähige Begründung für die Heranziehung von Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung entwickeln lässt, bedarf nun der näheren Untersuchung.

Vorab ist jedoch auf mögliche Missverständnisse einzugehen: Die Anerkennung der Möglichkeit kollektiv intentionaler Argumente begründet keinen neuen Intentionalismus.²³⁸ Selbstverständlich ist ein Durchgriff auf die ‚wirk-

²³³ Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 361f.

²³⁴ Ebd.

²³⁵ Ebd.

²³⁶ Ebd.

²³⁷ Vgl. insbesondere Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 262, 265, 282–288, 443 f. (die teils sehr unterschiedlich akzentuierten Ausführungen zum Willensbegriff erwecken nicht den Eindruck einer insoweit ausgearbeiteten Theorie).

²³⁸ Für entsprechende Überlegungen in der deutschen Rechtstheorie vgl. oben § 8 Fn. 40. Für den längere Zeit in der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft populären

liche‘ Absicht des Gesetzgebers, die hinter den Texten und anderen ‚objektivierten‘ Zeichen stehen soll, für den Rechtsanwender nicht möglich.²³⁹ Über die Materialien lässt sich nicht wie in einem Sender-Empfänger-Modell von Kommunikation und Sprache die vermeintlich ‚wahre‘ Absicht des Gesetzgebers gegen den Gesetzestext ausspielen. Auf den ersten Blick scheint zwar plausibel, was *Lawrence Solan* in diesem Zusammenhang bemerkt: „Once we start talking about intent, then language, including statutory language, can be nothing other than evidence of that intent.“²⁴⁰ Allerdings verkörpert sich die Absicht immer nur in den verschiedenen Texten, die die Entscheidungsfindung begleiten und ermöglichen.²⁴¹ Allgemein kann im Recht ja immer nur auf die äußere Manifestation des inneren Willens abgestellt werden.²⁴² So wird mit der intentionalen Dimension keineswegs der Zirkel alles Sprachlichen durchbrochen und der (auch) schöpferische Charakter der Auslegung negiert.²⁴³ Hinzu kommen die Perplexität zahlreicher gesetzgeberischer Zielvorstellungen sowie deren Komplexität, derentwegen sich Rechtsanwendung

Ansatz des „intentionalism“ vgl. nur die durchschlagende Kritik bei *Brest*, *Misconceived Quest*, Boston University L. Rev. 60 (1980), S. 204 ff.; sowie den Überblick über die sich daran anschließende, immer noch andauernde Methodendebatte bei *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 116 f. m. w. N.

²³⁹ Ähnlich die Argumentation von *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung*, 1999, S. 355, gegen den Einwand, eine am Willen orientierte Auslegung sei unmöglich, da der wahre Wille nie erkannt werden könne: „Auch die rechtserkenntnispraktischen Schwierigkeiten rechtfertigen nicht den methodologischen ‚Grenzenlosigkeitsschluß‘, daß der (Inhalt des) Wille(ns) des Normsetzers sich nicht ermitteln lasse, daß also von der Schwierigkeit auf die Unmöglichkeit der Normsetzung subjektiv-historischer Auslegung geschlossen wird“.

²⁴⁰ *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (437).

²⁴¹ Die Konstellationen, in denen *Solan* dennoch über einen Rückgriff auf den *intent* zur Rettung des Textes nachdenkt, sind bei genauerer Betrachtung anders gelagert. Sie fallen in Kategorien, die in Deutschland etwa als verfassungskonforme Auslegung gefasst würden. Damit stellen sich aber ganz eigene Probleme, die mit der Frage der Materialien nur peripher zu tun haben und daher hier dahinstehen müssen (im Ergebnis so wohl auch *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (484)).

²⁴² Selbst dort, wo sich dieser Willen, etwa in Leitvorschriften, scheinbar eindeutig als „Gesetzeszweck“ manifestiert, ist er stets versprachlicht. Der Rückgriff auf die intentionalen Einstellungen des Gesetzgebers ist immer durch Sprache mediatisiert und damit den Problemen der Über- bzw. Unterdeterminierung ausgesetzt, die allgemein die Rechtsanwendung prägen. Dies gilt auch für die jüngst wieder diskutierte Möglichkeit der gerichtlichen Befragung von Individuen, die an der Rechtserzeugung unmittelbar beteiligt waren, dazu etwa *Fleischer*, *Befragung von Bundestagsabgeordneten?*, *NJW* 2012, S. 2087 ff.; *Waldhoff*, *Gesetzesmaterialien*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (79 f.). Vgl. auch schon oben § 8 Fn. 150.

²⁴³ Es geht also nicht um eine Reaktivierung der Auffassung, dass Auslegung „im bloßen Nachvollzug eines präexistenten [...] Willens“ bestehe, der „unabhängig von dem zu lösenden Problem mit objektiver Gewißheit ermittelt werden kann“ (*Hesse*, *Grundzüge*, 201995, Rn. 53).

nie auf die Rekonstruktion der kollektiv intentionalen Seite rechtlicher Entscheidungen beschränken kann.²⁴⁴ Rechtsanwender sind regelmäßig mit den eigentlich problematischen, weil nicht-intendierten Folgen gesetzgeberischer Entscheidungen konfrontiert.²⁴⁵ Die Rechtsanwendungstheorie muss auch für die Bewältigung dieser Konstellationen andere (nicht-intentionale) Argumentationsformen bereitstellen.

Die Anerkennung der Möglichkeit einer intentionalen Perspektive setzt nicht die Bedeutung des Textes und den Willen des Gesetzgebers gleich.²⁴⁶ Derart simplistische Modelle haben in der Methodenlehre keinen Erklärungswert. Vielmehr wird zunächst allein eine verbreitete Methodenpraxis theoretisch eingeholt; dazu ist es erforderlich, der Rechtsanwendung eine falsch verstandene Scheu gegenüber ‚dem Intentionalen‘ zu nehmen. Insoweit geht es tatsächlich nur darum, für einen Interpretationsansatz zu argumentieren, der – in den Worten *Ronald Dworkins* – „takes note of the statements the legislators made in the process of enacting [the statute], but [...] treats them as political events important in themselves, not as evidence of any mental state behind them“.²⁴⁷ Doch wird die Relevanz dieser ‚political events‘ erst aus der Einbettung in eine Erzählung möglich, die auf der Vorstellung vom Rechtsetzungsprozess als kollektiv intentionaler Handlung beruht und damit argumentativ arbeitet.

D. Gesetzesmaterialien als Indizien parlamentarischer Willensbildung

Dass sich aus Gesetzgebungsmaterialien relevante Argumente für die Rechtsanwendung generieren lassen, wird heute allgemein anerkannt. Zwar bestanden durchaus erhebliche Meinungsunterschiede darüber, ob Materialien im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden dürfen. Historische und rechtsvergleichende Untersuchungen haben diese Auseinandersetzungen

²⁴⁴ Hierzu ausführlich oben unter § 6 B. III., und soeben unter § 8 C. II. 2.

²⁴⁵ Vgl. zu diesem insbesondere von *Anthony Giddens* für die sozialwissenschaftliche Theorie reflektierten Problem insbesondere *Gerber*, *Analytische Metaphysik der Geschichte*, 2012, S. 270 ff. Aus juristischer Sicht jüngst entsprechende Hinweise bei *Poscher*, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin*, in: FS Schlink, 2014, S. 203 (208), der jedoch zu Recht die Rechtsdogmatik auch dort, wo sich gesetzgeberische Intentionen im Wege der genetischen Auslegung nicht mehr rekonstruieren lassen, auf eine hermeneutische Perspektive verpflichten will – hier ist das Konzept eines „fiktiven“ Autors adäquat (vgl. ebd., S. 212 ff.).

²⁴⁶ Zu entsprechenden Ansätzen zu Recht kritisch *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 361c m. w. N.

²⁴⁷ *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 316.

ausführlich aufgearbeitet.²⁴⁸ Doch seit langem befürwortet, jedenfalls in Deutschland, niemand mehr einen völligen Verzicht auf die Verwendung von Gesetzgebungsmaterialien.²⁴⁹ Auch die in dieser Hinsicht immer wieder zitierten Aussagen von Kohler oder Cosack, die sich gegen jede Verwendung von Materialien aussprachen, müssen vor dem Hintergrund der mit ihnen verfolgten rechtspolitischen Ziele, nicht als heute noch ernsthafte theoretische oder methodische Alternativen gelesen werden.²⁵⁰ Mehrere Untersuchungen haben zudem aufgearbeitet, welche zentrale Bedeutung den Materialien in der Entscheidungspraxis der Obergerichte zukommt, auch wenn sich dies nicht immer in der gerichtlichen Rhetorik widerspiegelt.²⁵¹

²⁴⁸ S. dazu nur jeweils die Untersuchungen von *Honsell*, *Historische Argumente*, 1982; sowie rechtsvergleichend *Hager*, *Rechtmethoden*, 2009, S. 38 f., 64 ff., 80 f., 252 f.

²⁴⁹ So bereits die Feststellungen bei *Hassold*, *Wille*, *ZZP* 94 (1981), S. 192 (202), und *Schroth*, *Subjektive Auslegung*, 1983, S. 92. S. auch die Hinweise bei *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien*, *AcP* 211 (2011), S. 317 (326 mit Fn. 65). Zur Bedeutung von Gesetzesmaterialien für eine vermittelnd-objektive Theorie: *Larenz*, *Methodenlehre*, ⁶1991, S. 328. Anderes gilt im anglo-amerikanischen Kontext, wo die Frage nach den Gesetzesmaterialien Gegenstand erheblicher Auseinandersetzungen geworden ist, in denen sich insbesondere der „new textualism“ gegen jede Verwendung von Materialien ausgesprochen hat (vgl. etwa *Scalia/Gutmann*, *A Matter of Interpretation*, 1997, S. 29 ff. (insbes. S. 31: „I object to the use of legislative history on principle, since I reject intent of the legislature as the proper criterion of the law.“); vgl. aber auch *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504, 527 (1989) (*Scalia, J., concurring*)). Einen Überblick über die ausufernde Debatte aus unterschiedlichen Perspektiven bieten *Manning*, *Textualism*, *Virginia L. Rev.* 91 (2005), S. 419 ff., und *Berman*, *Originalism is Bunk*, *N.Y.U. L. Rev.* 84 (2009), S. 1 ff. Vgl. auch die Darstellungen bei *Melin*, *Gesetzesauslegung*, 2005, S. 123 ff.; *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien*, *AcP* 211 (2011), S. 317 (339 ff.). Die U.S.-amerikanische Methoden-debatte kann hier nicht umfassend aufgearbeitet werden. Die verfassungstheoretischen Prämissen und Positionen unterscheiden sich zu stark vom deutschen Diskurs; zudem ist die methodentheoretische Auseinandersetzung zu sehr durch politische Präferenzen überlagert (s. dazu nur – von ‚progressiver‘ Seite – *Teles*, *Rise of the Conservative Legal Movement*, 2008), um in diesem Rahmen rekonstruiert werden zu können. Im Folgenden ist daher nur dort, wo sich in der U.S.-amerikanischen Literatur Anregungen finden lassen, die auf hiesige Fragestellungen übertragbar sind, auf die dortige Debatte zu verweisen.

²⁵⁰ Vgl. dazu nur *Ogorek*, *Richterkönig*, ²2008, S. 158 ff., 166 f. m. w. N., sowie § 2 A. I. (insbes. mit § 2 Fn. 29 und 30).

²⁵¹ So führt das Bundesverfassungsgericht etwa in folgenden Entscheidungen aus, dass den Gesetzgebungsmaterialien in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme: BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. 5. 1952 (*Wohnungsbauförderung*) – E 1, 299 (312); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973 (*Soraya*) – E 34, 269 (288); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 16. 2. 1983 (*Bundestagsauflösung I*) – E 62, 1 (45); Beschluss des Zweiten Senats vom 17. 6. 2004 (*Rechenschaftsbericht*) – E 111, 54 (91). Vgl. aber die Nachweise zum faktisch erheblichen Einfluss der Entstehungsgeschichte auf die Resultate der Auslegung oben § 8 Fn. 105, sowie dann ausführlich unten unter § 8 D. IV.

Mit dieser pragmatischen Handhabung ist die Materialienfrage jedoch nicht gelöst. Zwar haben sich einige der traditionellen Einwände mittlerweile erledigt²⁵² oder sind unverständlich (geworden)²⁵³. Wichtige Bedenken gegen einen unreflektierten Gebrauch der Materialien bestehen jedoch fort und verlangen Antworten.²⁵⁴ Denn mit dem Zugriff auf die Gesetzgebungsmaterialien erschließt sich der juristische Diskurs eine Masse von Texten, die neben den ausgefertigten Normtext treten. Diese ergänzen im besten Fall den Normtext, enthalten gegebenenfalls aber auch schwer mit diesem vereinbare, widersprüchliche oder lückenhafte Aussagen. Und welche Texte aus dem umfangreichen Korpus, das jeden Gesetzesentstehungsprozess begleitet, sollen für die Rechtsanwendung relevant sein: politische Agenden, Parteitagsbeschlüsse, Aufzeichnungen von Ausschussanhörungen, Reden zu Protokoll? Neben der Frage nach der Bewältigung des schiereren Volumens potentiell relevanter Texte²⁵⁵ stellt sich die nach deren demokratischer Legitimation²⁵⁶. Hinzu kommt die Möglichkeit einer interessengeleiteten Manipulation durch Ministerialbürokratie, parlamentarische Minderheiten oder Private.²⁵⁷ Besonders problematisch ist schließlich eine selektive, ergebnisorientierte Heranziehung durch die Interpreten.²⁵⁸

Trotz dieser Einwände fehlt es bislang an tragfähigen Begründungen für den Rekurs auf Gesetzesmaterialien. Überwiegend wird die Frage nach der Möglichkeit des Rückgriffs auf Materialien mit der Frage von subjektiver oder objektiver Theorie gleichgesetzt, ohne dass ersichtlich wird, wie diese Fragestellungen zusammenhängen, da die heute noch vertretenen objektiven Theorien alle die Berücksichtigung von Materialien nicht grundsätzlich aus-

²⁵² So lässt sich jedenfalls für aktuelle Gesetze nicht mehr behaupten, es sei für den Rechtsanwender zu aufwendig, sich die Materialien zu beschaffen, oder diese seien nicht verfügbar. Dazu von *Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, S. 221 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 62011, Rn. 791; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (324).

²⁵³ Zu entsprechenden historischen Argumentationen vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 112013, Rn. 361e.

²⁵⁴ Vgl. auch die instruktive Aufbereitung der Haupteinwände bei *Schroth*, Subjektive Auslegung, 1983, S. 76 ff.

²⁵⁵ *Vermeule*, Judging under Uncertainty, 2006, S. 109–113.

²⁵⁶ Vgl. *Manning*, Textualism, Columbia L. Rev. 97 (1997), S. 673 ff.; *ders.*, Textualism, Virginia L. Rev. 91 (2005), S. 419 (431 f.); *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (92): „Begründet wird nicht ‚das Gesetz‘, sondern begründet werden Entwürfe und andere Zwischenschritte zum Gesetz“.

²⁵⁷ *Manning*, Textualism, Columbia L. Rev. 97 (1997), S. 673 (684 ff., 731 ff.). Zu privater Einflussnahme s. nur *Krüper*, Outsourcing, JZ 2010, S. 655 ff.

²⁵⁸ *Honsell*, Historische Argumente, 1982, S. 42 f.; *Heun*, Original Intent, AöR 116 (1991), S. 185 (200 f.).

schließen.²⁵⁹ Historische Begründungsmodelle, wie die Paktentheorie, werden allgemein als unbefriedigend empfunden.²⁶⁰ Mit der These, der gesetzgeberische Wille sei eine Fiktion, lässt sich schließlich die Heranziehung der Materialien, geschweige denn eine Privilegierung genetischer Argumente, weder erklären noch rechtfertigen.²⁶¹ Wenn Wille und Zweck nur Fiktion sind, wieso sollte dann dieser fiktionale Willensbildungsprozess im Rahmen der Rechtsanwendung beachtlich sein? Weithin herrscht schlicht die Überzeugung, der Rückgriff auf die Materialien könne angesichts der (notwendigen) Offenheit und Lückenhaftigkeit des Gesetzestextes zusätzliche Anhaltspunkte für die richterliche Entscheidung gewinnen.²⁶² Wieso diese zusätzlichen Anhaltspunkte jedoch für die Auslegung relevant oder wertvoll sein sollten, bleibt offen. Dieser Mangel an Theorie führt aber erst zu dem oft beklagten Umstand, dass keine Maßstäbe für die Verwendung von Materialien bestehen.²⁶³ Sofern überhaupt Aussagen dazu gemacht werden, welche Dokumente zu berücksichtigen sind, wird der Kreis regelmäßig extrem weit gezogen und die Auswahl der Abwägung im Einzelfall überlassen.²⁶⁴ Dies scheint die ge-

²⁵⁹ Vgl. oben § 8 Fn. 249.

²⁶⁰ S. hierzu nur kritisch *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 329; *Hensche*, Teleologische Begründungen, 1998, S. 79; *Fleischer*, Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087 (2090); positiver: *Neuner*, Rechtsfindung, ²2005, S. 104; *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, ⁶2012, Einleitung Rn. 128.

²⁶¹ Dies richtet sich gerade gegen solche Ansätze, die sich aus demokratietheoretischen Gründen für eine wichtige Rolle der Gesetzgebungsmaterialien aussprechen, aber alle mit der Materialienfrage verbundenen Probleme ignorieren (vgl. etwa *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 97 Rn. 57). Zur Willensbildung als „Fiktion“ s. schon oben § 8 C. III. 1. (insbes. § 8 Fn. 225 und 226); dazu im Kontext des Materialienproblems näher *Hassold*, Wille, ZfP 94 (1981), S. 192 (207); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 47; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (324).

²⁶² Hierzu praxisgesättigt *Breyer*, Legislative History, Southern California L. Rev. 65 (1992), S. 845 ff.; pragmatisch die Ausführungen von Justice *White* in U.S. Supreme Court, Wis. Pub. Intervenor v. Mortier, 501 U.S. 597, 610 Fn. 4 (1991).

²⁶³ Vgl. die Nachweise bei *Fleischer*, Gesetzesmaterialien, AcP 211 (2011), S. 317 (350 mit Fn. 205), der ebd., S. 350, zu Recht von einer „lohnenden Aufgabe“ spricht. Vgl. auch *Baldus*, Gut meinen, gut verstehen?, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 5 (11); sowie jetzt aber die Ansätze bei *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien, in: *Fleischer* (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 77 ff.

²⁶⁴ Nach *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, ³1995, S. 151, sollen berücksichtigt werden können: „die verschiedenen Entwürfe, die Beratungsprotokolle und die den Entwürfen beigegebenen Begründungen“ sowie „für die Vorstellungen der am Gesetzgebungsakt selbst beteiligten Personen die Parlamentsberichte“. Noch weiter *Bydlinski*, Methodenlehre, ²1991, S. 449: „Alles Material ist verwertbar, das möglicherweise Schlüsse auf jene Vorstellungen, Wertungen und Zwecke zulässt“, d. h. auch „wissenschaftliche Vorarbeiten, Vorentwürfe [...], sogar private wissenschaftliche Arbeiten der Gesetzesverfasser“. In der Tendenz ähnlich *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 157 ff. Es hilft nicht, zunächst alle Materialien für beachtlich zu erklären, um dann deren Gewicht nach ihrer

rade geschilderten Bedenken gegenüber der Heranziehung von Materialien eher zu bestärken.

Um die Heranziehung von Materialien rationaler zu gestalten, bedarf es einer theoretischen Einbettung des Problems. Grundlage hierfür bietet eben das Modell kollektiver Intentionalität (I.). Die Rekonstruktion des Gesetzgebungsprozesses als eines kollektiven Willensbildungsprozesses ermöglicht nicht nur eine schlüssige Erklärung des Rückgriffs auf Materialien. Sie kann auch den Vorwurf der Beliebigkeit vermeiden. Es ist nicht ersichtlich, wie ohne ein Modell der Gesetzgebung als (kollektiv) intentionaler Aktivität präzise, methodisch nachprüfbar Kriterien dafür entwickelt werden können, wann Dokumente aus der Entstehungsphase des Gesetzes als legitimer Ausdruck des demokratischen gesetzgeberischen Willens gelten können. Auf dieser Grundlage lassen sich dann allgemeine Prinzipien für die Handhabung der Materialien im Umgang mit dem einfachen Recht ableiten (II.). Diese Prinzipien sind wiederum anschließend auf konkrete Dokumententypen anzuwenden (III.) und die Resultate mit der Handhabung der Materialien in eigenen neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abzugleichen (IV.).

Gleich zu Beginn ist klarzustellen, dass der hier vorgeschlagene theoretische Rahmen zur Fassung des Materialienproblems keine Aussage darüber treffen kann und will, welches Gewicht den auf Materialien gestützten Gründen allgemein bei der Rechtsanwendung zukommen soll.²⁶⁵ Auch wird hier

„Nähe“ zur endgültigen Entscheidung abzustufen – so aber *Alexy/Dreier*, Germany, in: MacCormick/Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes*, 1991, S. 73 (87): „In general, everything may be taken into account. The more official a commentary statement and the closer its relation to the parliamentary plenum, the greater is its weight. Of the greatest weight is an intention expressed clearly and unanimously by all participants in the plenum.“ Dieser Ansatz kann erstens den gerade geschilderten Einwänden gegen die Berücksichtigung der Materialien nichts entgegen, sondern setzt sich gerade dem Vorwurf der Beliebigkeit und der Naivität aus. Zweitens ist unklar, wie etwa von „commentary statements in the media“ (ebd.) auf die „intention“ zurückgeschlossen werden soll – da der Begriff der „intention“ ganz unreflektiert bleibt, wird verkannt, worin die Rechtfertigung besteht, überhaupt Materialien im Rahmen der Rechtsanwendung heranzuziehen.

²⁶⁵ Dazu, wie Aussagen über das abstrakte Gewicht bestimmter Argumentationstypen einzuordnen sind, vgl. oben § 8 Fn. 125. Die von *Waldhoff*, *Gesetzesmaterialien*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (93 f.) angestellten Überlegungen, hinsichtlich der Berücksichtigung von Materialien zwischen verschiedenen Gesetzstypen und Regelungsgebieten zu differenzieren, insbesondere zwischen dem (tendenziell öffentlich-rechtlichen) Gesetz mit „Steuerungsanspruch“ und der (tendenziell zivilrechtlichen) „Kodifikation“, betrifft eben dieses Problem des konkreten Gewichts. Hierzu ist vorliegend nur anzumerken, dass eine derart idealtypische Gegenüberstellung angesichts der mittlerweile allgemein anerkannten Steuerungswirkung auch kernzivilrechtlicher Normen (vgl. *Wagner*, *Verhaltenssteuerung durch Privatrecht*, AcP 206 (2006), S. 352 ff.) problematisch erscheint. Insgesamt sind allerdings selbstverständlich bei

nicht für oder gegen ein entstehungs- oder geltungszeitliches oder ein gerichts- oder parlamentszentriertes Rechtsanwendungsmodell Stellung genommen. Denn die Berücksichtigung von Materialien lässt sich nicht im Hinblick auf die oben beschriebenen „paradigmatischen Differenzen“ zuordnen; auch eine gerichtsorientierte und/oder geltungszeitliche Interpretationstheorie schließt eben keineswegs kategorisch den Rückgriff auf Materialien aus.²⁶⁶ Die Klärung der Frage, wie Materialien möglichst sinnvoll und unter Berücksichtigung der gleich zu entwickelnden Grundsätze eingesetzt werden können, ist diesen Problemen vorgelagert. Schließlich beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Umgang mit einfachem Recht; der Bedeutung der Materialien des Parlamentarischen Rates für die Verfassungsinterpretation wird nicht gesondert nachgegangen.²⁶⁷

I. Gesetzesmaterialien und der Gesetzgeber als kollektiv intentionaler Akteur

Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren wurde oben als Anwendungsfall kollektiv intentionalen Handelns beschrieben.²⁶⁸ Hierauf ist umfassend zu verweisen, doch sind die wesentlichen Aussagen knapp zu rekapitulieren. Kollektiven Entscheidungsverfahren, die bestimmte Anforderungen an Repräsentativität und Regularität erfüllen, kann nach dem Modell kollektiver Intentionalität zugesprochen werden, Ausdruck eben dieser zu sein, wenn und weil sie individuelle Überzeugungen, Gestaltungsideen und Gründe in einer nicht mehr auf die Einzelelemente reduzierbaren Form zusammen bringen und zu einem Resultat führen. Die Verwendung des (modifizierten) Intentionalitätsbegriffs ist deswegen gerechtfertigt, weil diese Verfahren wesentliche Merkmale erfüllen, die auch für die Zuschreibung von Intentionalität an Individuen maßgeblich sind. Die Kategorie der (kollektiven) Intentionalität ist zudem gerade für das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren besonders treffend, da dadurch deren Verantwortungs- und Legitimationsmoment zur Geltung gebracht werden kann. Schließlich kann eine am Begriff kollektiver Intentionalität orientierte Rekonstruktion bestimmte Charakteristika des Gesetzgebungsverfahrens, die nach politik- und rechtswissenschaftlichen Analysen für dieses zentral sind, insbesondere die essentielle Bedeutung von Kompromissbildung, bruchlos in ihr Modell integrieren. Das Modell kollektiver Intentionalität gibt so der Intuition, die sich in der verbreiteten Vorstellung

„komplexeren“ Gesetzen Indizien für Regelungsvorstellungen bzgl. einer konkreten Vorschrift stets mit Argumenten, die auf die systematischen Zusammenhänge rekurrieren, konfrontiert.

²⁶⁶ Dazu, dass eine abstrakte Gleichsetzung bestimmter interpretatorischer Methoden und verfassungstheoretischer Prämissen nicht möglich ist, vgl. oben § 8 Fn. 76.

²⁶⁷ Vgl. dazu etwa demnächst Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 1. Kap., II. (i. V.).

²⁶⁸ Hierzu oben § 6 C.

von der parlamentarischen *Willensbildung* ausdrückt, einen theoretischen Rahmen und begegnet gleichzeitig den berechtigten Einwänden gegen ein naives, am Individualwillen orientiertes Modell voluntaristischer Normativitätserzeugung. Das größte Problem der traditionell am Einzelwillen ausgegerichteten Übertragung der Intentionalkategorie auf Kollektive ist danach nicht die üblicherweise kritisierte Anwendung des Willensbegriffs, sondern die regelmäßig damit verbundene Vorstellung von der Singularität und Einheitlichkeit dieses Willens. Diese Vorstellung wurde von der Theorie kollektiver Intentionalität verabschiedet. Deren Leistungsfähigkeit im Umgang mit dem Problem der Gesetzesmaterialien ist nun zu erproben.

Dabei gilt, was *William N. Eskridge* zwar für den U.S.-amerikanischen Kontext formuliert hat, was aber auch auf die hiesige Situation übertragbar ist: „Legislative history as evidence of specific intent is, historically, the main justification for examining such materials. The Court examines legislative history because it contains authoritative statements of what the sovereign legislature commands.“²⁶⁹ Umgekehrt ist die Kritik am Konzept eines „legislative intent“ Ausgangspunkt für die Kritik am Rückgriff auf Materialien.²⁷⁰ Schließlich leitet der Verweis auf die „Intention“²⁷¹ oder die „Regelungsabsicht“²⁷² des Gesetzgebers als ständiger Topos der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Verweis auf die Argumentation mit Gesetzgebungsmaterialien ein.²⁷³

²⁶⁹ *Eskridge*, Legislative History Values, *Chicago-Kent L. Rev.* 66 (1990), S. 365 (369 f.). Problematisch ist, wenn *Eskridge* die Frage nach dem „legislative intent“ mit einer Stellungnahme für ein statisches und gegen ein dynamisches Rechtsverständnis gleichsetzt (vgl. in diese Richtung gegen „intent“ *ders.*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 14–25).

²⁷⁰ So insbesondere bei *Scalia/Gutmann*, *A Matter of Interpretation*, 1997, S. 29 ff. Vgl. aber auch die Nachweise bei *Solan*, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (455 ff., 462) dazu, wie auch *Scalia* durchaus auf *legislative intent* rekurriert.

²⁷¹ Vgl. nur aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung der jüngsten Zeit u. a. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. 10. 2011 (*TKÜ-Neuregelung*) – E 129, 208 (242); 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. 4. 2012 (1 BvR 1951/11), Rn. 31 (*Globalgrundschuld*); Beschluss des Zweiten Senats vom 19. 6. 2012 (2 BvR 1397/09), Rn. 76, (*Familienzuschlag bei Lebenspartnerschaft*); Beschluss des Ersten Senats vom 10. 7. 2012 (1 BvL 2/10), Rn. 42 (*Erziehungsgeld für Ausländer*); 2. Kammer des Ersten Senats vom 16. 7. 2012 (1 BvR 2983/10), Rn. 2 (*Insolvenzversicherung nach dem Betriebsrentengesetz*).

²⁷² Ebenfalls aus der jüngsten Zeit u. a. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. 2. 2009 (1 BvR 3076/08), Rn. 52 (*EEG*); 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. 1. 2011 (1 BvR 3132/08), Rn. 38 (*Bruchteileigentum nach Vermögensgesetz*); Urteil des Zweiten Senats vom 18. 1. 2012 (*Privatisierung des Maßregelvollzugs*) – E 130, 76 (128).

²⁷³ Vgl. nur jüngst BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. 9. 2011 (*Immobilienfonds*) – NJW 2012, 669 (671 [Absatz-Nr. 51]). Zur entsprechenden Praxis des Bundesverwaltungsgerichts vgl. oben § 8 Fn. 218. Für den parallelen Gebrauch von „intent“ in der

Selbst wenn man, wie hier, unterstellt, dass sich Gesetzgebung als kollektiv intentionales Handeln verstehen lässt, führt dies allerdings nicht dazu, dass ein Rückgriff auf Materialien in der Rechtsanwendung notwendig ist.²⁷⁴ Das Modell von Gesetzgebung als kollektiv intentionaler Aktivität kann also keinen Beweis, wohl aber gute Gründe für die Berücksichtigung zumindest bestimmter Materialien geben.²⁷⁵ Denn wenn das parlamentarische Verfahren als kollektive Willensbildung verstanden werden kann, liegt es nahe, den Vorgang der Willensbildung, wie er in den Materialien dokumentiert ist, jedenfalls in dem Umfang bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, in dem sich darin ein Plan zeigt, der im letztlich verabschiedeten Gesetz sein Ergebnis, in der vorbereitenden Diskussion, den Vorlagen, Ausschussempfehlungen etc. aber seine Fassung findet. Insoweit sind Gesetzgebungsverfahren als Legitimationsgenerierung und Rechtsanwendung als Rekonstruktion der parlamentarischen Willensbildung nicht nur über den Gesetzestext, sondern auch über die Materialien gekoppelt.²⁷⁶ Dass kollektive Willensbildung im Parlament so als Prozess begriffen wird, aus dem Informationen gewonnen werden können, entspricht dabei ganz der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, wonach sich die „maßgebliche gesetzgeberische Grundentscheidung, an die die Gerichte verfassungsrechtlich gebunden sind“, „unter anderem aus den Gesetzesmaterialien erschließen“ lässt.²⁷⁷ Materialien neh-

U.S.-amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Solan*, Private Language, Public Law, Georgetown L. J. 93 (2005), S. 427 (453 f.).

²⁷⁴ Bis zur berühmten Entscheidung *Pepper v Hart* war England ein Beispiel dafür, dass eine Orientierung der Rechtsanwendung an der Leitidee des „legislative intent“ mit einer „exclusionary rule“, also einem Verbot der Berücksichtigung von Materialien, voll kompatibel ist (House of Lords, *Pepper (Her Majesty’s Inspector of Taxes) v Hart* [1992] UKHL 3, [1993] AC 593; vgl. *Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 140 f.). In diese Richtung dann auch *Ekins*, Intent, 2012, S. 273 f. (dazu unten § 8 Fn. 291).

²⁷⁵ *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 77 (89, 93), weist zutreffend darauf hin, dass diese Argumentation nicht auf vorkonstitutionelle Gesetze übertragbar ist, und insoweit weiter zwischen Gesetzen der Kaiserzeit, des Nationalsozialismus und der (demokratischen) Weimarer Republik zu differenzieren ist. Vgl. dazu auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. 5. 1960 (*Nachkonstitutioneller Bestätigungswille*) – E 11, 126 (131): „Um eine vorkonstitutionelle Norm zu einer nachkonstitutionellen zu machen, muß der Gesetzgeber vielmehr seinen konkreten Bestätigungswillen *im Gesetz* zu erkennen geben“.

²⁷⁶ Materialien sind auch nicht schon deswegen ausgeschlossen, da sie – zumindest nach plausibler Lesart (vgl. die Kritik an der Paktentheorie in den Nachweisen oben § 8 Fn. 260) – nicht Gegenstand der Abstimmung waren. Auch andere Mittel zur Rekonstruktion des Willens des Gesetzgebers, etwa Wörterbücher, wissenschaftliche Arbeiten (die etwa notwendig sind, um den Stand der Technik, von dem der Gesetzgeber ausging, zu rekonstruieren) etc., die im Rahmen der Auslegung zu Rate gezogen werden können, waren nicht Gegenstand der Abstimmung.

²⁷⁷ BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. 9. 2011 (*Immobilienfonds*) – NJW 2012, 669 (671 mit Absatz-Nr. 51).

men dabei also die Rolle von Indizien ein, ohne dass ihnen damit die Autorität des Gesetzestextes zukommt.²⁷⁸ Nochmals: Die Suche nach der gesetzgeberischen Regelungsintention basiert nicht auf der Annahme, es ließe sich im Rechtsanwendungsverfahren das „Innere“ oder „Eigentliche“ des komplexen Willensbildungsprozesses rekonstruieren.²⁷⁹

II. Allgemeine Prinzipien zum Umgang mit Gesetzesmaterialien

Soweit also davon ausgegangen wird, dass sich in bestimmten Materialien der Vorgang einer kollektiven Willensbildung dokumentiert, kann nicht mehr willkürlich auf alle möglichen Quellen zurückgegriffen werden. Nur solche Texte können für sich in Anspruch nehmen, demokratische Willensbildung zu dokumentieren, die sich nicht als Aussage Einzelner, sondern des gesamten Parlaments darstellen. Dies ist zunächst und vor allem der letztlich verabschiedete Gesetzestext. Daneben kann sich aber aus den gerade genannten Gründen auch der Rückgriff auf die Materialien anbieten, die sich in vergleichbarer Weise dem Kollektiv zurechnen lassen, sodass daraus Rückschlüsse auf dessen kollektiv intentionale Einstellung gezogen werden können. Durch diese Beschränkung kann von vornherein der Gefahr einer Manipulation der Materialien wie auch dem Vorwurf einer selektiven Auswertung begegnet werden.²⁸⁰ Ferner lässt sich so das für die Auslegung relevante Material stark beschränken. Dies führt zu einer Relativierung des Komplexitätseinwands gegen die Heranziehung der Gesetzgebungsgeschichte.²⁸¹

²⁷⁸ *Schroth*, Subjektive Auslegung, 1983, S. 78 ff.; *Ekins*, Intent, 2012, S. 268: „legislative history is at best partial evidence of legislative intent, an intent which the interpreter should strive to infer from the legislature’s utterance of this text in this context. The legislative history may form part of the context in which the legislature acts. [...] the legislative history records some of the deliberation that culminates in the legislative choice, which is in principle relevant to understanding that choice“. In diese Richtung auch der U.S. Supreme Court, wonach die Gesetzgebungsgeschichte dann keine Hilfe bei der Auslegung ermöglichen, wenn „the language of a provision [...] is sufficiently clear in its context and not at odds with the legislative history, [...] ‘[there is no occasion] to examine the additional considerations of "policy" [...] that may have influenced the lawmakers in their formulation of the statute.“ (U.S. Supreme Court, *Rodriguez v. United States* 480 U.S. 522 (525 f.) (1987), unter Zitierung von *Aaron v. SEC*, 446 U.S. 680 (1980), wo wiederum auf *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976), verwiesen wird). Den Materialien kommt diese Bedeutung auch deswegen zu, weil es an einer Pflicht zur Gesetzesbegründung (mit Ausnahme bestimmter Mindestbegründungspflichten) fehlt (dazu *Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“, in: *Deppenheuer/Heintzen et al.* (Hrsg.), 2007, S. 325 ff.; *ders.*, Gesetzesmaterialien, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (80 f.)).

²⁷⁹ Vgl. soeben unter § 8 C. III. 2.

²⁸⁰ Hierzu oben § 8 Fn. 257.

²⁸¹ Zu diesem vgl. oben § 8 Fn. 255.

An diesem Maßstab lassen sich nun die unterschiedlichsten Typen von Dokumenten kritisch würdigen. Der Maßstab kann prinzipiell auf eine Vielzahl parlamentarischer Entscheidungsprozesse angewendet werden, d. h. auch auf solche, die nicht dem Idealtyp des Gesetzesbeschlusses durch ein Einkammerparlament entsprechen. Allerdings sind in jedem Fall die Besonderheiten von Organisation und Verfahren zu beachten. Im Folgenden ist aus pragmatischen Gründen ein um die föderalen Komponenten entlastetes Modell der Gesetzgebung unter dem Grundgesetz zugrunde zu legen.²⁸²

Will man diesem Maßstab Rechnung tragen, gilt es also, aus der Überfülle an Materialien eine Auswahl zu treffen. Zu beginnen ist mit der Feststellung, dass Aussagen von einzelnen Parlamentariern, Ausschussmitgliedern, Ausschussvorsitzenden, Berichterstattern oder Sachverständigen kaum je dem Kollektiv zuzurechnen sein werden.²⁸³ Auch wenn deutliche Unterschiede darin bestehen, wie viel Macht einzelne Abgeordnete haben und welcher Einfluss ihnen durch besondere Funktionen – etwa den Ausschussvorsitz – auf die Gestaltung des Gesetzes zukommt,²⁸⁴ bleibt das Gesetz doch notwendig eine Entscheidung der Gesamtheit.²⁸⁵ Und da, wie schon mehrfach betont, das Gesetz keine Aggregation von Einzelwillen darstellt, sind Aussagen etwa einzelner Abgeordneter über die Gesetzesinhalte – ob im Verfahren oder in dessen Nachgang²⁸⁶ – grundsätzlich unbeachtlich.²⁸⁷

²⁸² Unmittelbare Schlussfolgerungen lassen sich aus den folgenden Ausführungen daher gerade für den Rechtsetzungsprozess in der Europäischen Union, der von zahlreichen Besonderheiten gekennzeichnet ist, nicht ziehen. Vgl. zu den Herausforderungen historischer Auslegung im Europarecht angesichts der Komplexität des europäischen Rechtsetzungsverfahrens jüngst plastisch *Parmentier*, Verhandlung, BKR 2013, S. 133 mit Fn. 7; spezifisch zur Rolle von Gesetzgebungsmaterialien in der Rechtsprechung des EuGH s. *Leisner*, Subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, EuR 2007, S. 689 ff.; *Iztcovich*, Interpretation, German L. J. 10 (2009), S. 537 (554 f.); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, ³2012, Rn. 70 ff.

²⁸³ Mit einer anderen Tendenz aber *Fleischer*, Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087 (2090).

²⁸⁴ Für die USA: *Manning*, Textualism, Columbia L. Rev. 97 (1997), S. 673 (694 f.); für Ausschussvorsitzende im Deutschen Bundestag: *Zeh*, Parlamentarisches Verfahren, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 57; allgemein für Abgeordnete, „Ausschußeliten“, „Fraktionseliten“ und „parlamentarische Eliten“: *Beyme*, Der Gesetzgeber, 1997, S. 194 ff., 197 ff., 244 ff., 254 ff.

²⁸⁵ Vgl. *Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 50; dem sich anschließend *Ekins*, Intent, 2012, S. 164.

²⁸⁶ Zum zweiten, nur auf den ersten Blick kuriosen Aspekt ausführlich *Fleischer*, Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087 ff., sowie die Schilderung bei *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien, in: *Fleischer* (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 77 (79 f.). Vgl. aber auch den Verweis auf Äußerungen von Bundestagsabgeordneten, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht getätigt wurden, in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 28. 5. 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*) – E 88, 203 (300 f.).

Weiterhin trifft zu, dass Gerichte nicht der letztlich unterlegenen Minderheitsposition im Umweg über die Gesetzesmaterialien zur Geltung verhelfen dürfen, auch wenn diese etwa in den Plenarprotokollen dokumentiert ist.²⁸⁸ Doch folgt daraus nicht, dass Aussagen der Angehörigen jener Fraktion, die letztlich die Abstimmungsmehrheit gestellt hat, in jedem Fall beachtlich sind. Dies würde eben den essentiellen Kompromisscharakter der gemeinsamen Entscheidungsfindung unterminieren, den die politische Theorie aufgearbeitet hat und den die politische Praxis bestätigt.²⁸⁹ Vor allem würde dies aber die Tatsache verkennen, dass das Gesetz als kollektive Handlung seine Legitimität eben auf die Handlung des ganzen Parlaments stützt.²⁹⁰ Auch das gilt nicht nur für das endgültig verabschiedete Gesetz, sondern für alle Texte, die dem ganzen Parlament offen vorlagen und die Basis seiner Entscheidungen bildeten, das Gesetzgebungsverfahren in den vorgesehenen Formen weiter zu betreiben.²⁹¹ Vermieden werden muss also, was Ekins wie folgt beschrieben hat:

„The standing risk of using legislative history to understand the legislative act is that the interpreter will fail to reflect carefully on what proposal was open to all legislators, and hence on which they jointly acted, and will instead take what some particular legislator or legislators say, at some point in the process, to constitute the legislative intent. A related risk is that what some legislator or legislators say about the purpose of some enactment or about its likely application will be taken to constitute the legislative intent, despite the

²⁸⁷ Ausführlich *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 231.

²⁸⁸ Hierzu polemisch die oft zitierte Aussage von *Easterbrook* zur Gesetzgebungsgeschichte als „losers’ history“ in: United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *In re Sinclair*, 870 F.2d 1340 (1989): „If you can’t get your proposal into the bill, at least write the legislative history to make it look as if you’d prevailed“. Ausführlich und differenzierend *Nourse*, *Decision Theory*, *Yale L. J.* 122 (2012), S. 70 (98 ff., 118 ff.). Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Rodriguez/Weingast*, *Paradox*, *Northwestern University L. Rev.* 101 (2007), S. 1207 (1220).

²⁸⁹ Vgl. hierzu § 6 C. III. 2. (insbes. § 6 Fn. 249).

²⁹⁰ *Waldron*, *Law and Disagreement*, 1999, S. 143 f.; *Rodriguez/Weingast*, *Positive Political Theory of Legislative History*, *U. Pennsylvania L. Rev.* 151 (2003), S. 1417 (1423); *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 51 f., 219, 232.

²⁹¹ In diese Richtung allerdings *Ekins*, *Intent*, 2012, S. 273 f.: „I conclude than that there is a principled argument for the old exclusionary rule. While the use of the record of legislative deliberation is in principle relevant to understanding what legislators intended, the structure of legislative action, with its central focus on what is transparent to the community, militates against such use.“ Damit lässt *Ekins* seine ausführliche und produktive Untersuchung des „legislative intent“ dort enden, wo sie begonnen hat: in einer reinen Legitimationstheorie, aus der für die Rechtsanwendung nichts folgt. Dabei verkennt er allerdings, dass es tatsächlich zahlreiche Dokumente im Gesetzgebungsverfahren gibt, die sein zentrales Kriterium („transparent to the community“) erfüllen.

truth that what the legislature does in exercising its authority is to choose means to ends, consisting in universal propositions rather than a series of particular applications.“²⁹²

Es ist also entscheidend, aus der Vielzahl der Dokumente, die die Entstehung eines Gesetzes begleiten, diejenigen sorgfältig auszuwählen, die sich dem gesamten Parlament zurechnen lassen, weil sie die Grundlage der Überlegung potentiell aller Abgeordneten gebildet haben und damit nicht nur Partikularinteressen repräsentieren. Insbesondere Dokumente aus den Verfahrensstadien, die für den Fortgang des Verfahrens konstitutiv sind, sind relevant. Mit diesen Beschränkungen kann im Übrigen gleichzeitig dem Einwand begegnet werden, in der unüberschaubaren Masse von Materialien ließen sich Argumente für jede beliebige Rechtsauffassung finden.²⁹³ Diesen Ansatz hat jüngst Nourse für den U. S. Congress auf der Basis umfassender politikwissenschaftlicher Arbeiten ausgeführt.²⁹⁴ Hier kann nun – auch mangels entsprechender Vorarbeiten – keine umfassende entscheidungstheoretische Analyse des bundesrepublikanischen Gesetzgebungsverfahrens vorgenommen werden. Auf der Basis des bisher Gesagten lassen sich aber Schlussfolgerungen ziehen, wie bestimmte Dokumente typischerweise zu behandeln sind.²⁹⁵

²⁹² Ekins, Intent, 2012, S. 271.

²⁹³ Vgl. hierzu oben § 8 Fn. 255, sowie Nourse, Decision Theory, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (86): „To the extent purposivists rely upon generalized statements of legislative history drawn from random sources, they generate fodder for the new textualist critique: if purposivists make no distinction between winners and losers, or between committee reports and conference committee reports, they may make very serious errors [...]“.

²⁹⁴ Nourse, Decision Theory, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 ff. Nourse ist nicht die erste, die eine entsprechende Theorie formuliert. Insbesondere in der Politikwissenschaft (s. dort McNollgast, Legislative Intent, Law and Contemporary Problems 57 (1994), S. 3 (11)), aber auch in der rechtswissenschaftlichen Auslegungstheorie ist dieser Gedanke schon zuvor artikuliert worden (vgl. nur Solan, Private Language, Public Law, Georgetown L. J. 93 (2005), S. 427 (274)). Allerdings ist bei der Analyse der U.S.-amerikanischen Literatur zu beachten, dass sich Zahl und Art der Veto-Spieler in einer parlamentarischen und einer präsidentiellen Demokratie stark unterscheiden. Insofern gelten für die Behandlung der Gesetzgebungsgeschichte in beiden Systemen nicht notwendig identische Regeln. Zum Zusammenhang von Regierungsform und der inneren Ausgestaltung der Parlamente vgl. McCubbins, Mirroring Principle, in: Ménard/Shirley (Hrsg.), New Institutional Economics, 2005, S. 123 (128 ff.).

²⁹⁵ Wie jede Typik ist auch die Folgende nicht starr, sondern geht davon aus, dass anders gelagerte Einzelfälle möglich sind. Wenn Nourse jede Typik ablehnt (vgl. Nourse, Decision Theory, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (109): „The Best Legislative History Is Not Identified by Type, but by Specificity to the Interpretive Question and Proximity to the Textual Decision“), widerspricht dies ihrer und der hier verfolgten Absicht, allgemeine und einfach handhabbare Gebrauchsregeln zu geben.

III. Regeln für den Umgang mit spezifischen Dokumenttypen

Auch für Deutschland gilt, was Nourse für die USA auf den Punkt gebracht hat: „one should never read legislative history without knowing Congress’s rules“.²⁹⁶ Die Frage, welche Materialien für die Rechtsanwendung beachtlich sein sollen, hängt also wesentlich von den rechtlichen Rahmenbedingungen für die jeweiligen Verfahrensschritte ab.²⁹⁷ Betrachtet man den praktisch häufigsten Fall der Gesetzgebung, nämlich von der Bundesregierung eingebrachte Gesetzesvorlagen,²⁹⁸ lassen sich vereinfacht folgende Stadien der Entscheidungsfindung unterscheiden: Referentenentwurf, diverse Beteiligungen und Unterrichtungen (§§ 45–48 GGO), insbesondere die Unterrichtung des Bundeskanzleramtes (§ 40 GGO), Kabinettsvorlage (§ 51 GGO), Kabinettsbeschluss (§ 15 Abs. 1 GOBReg), Vorlage an den Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG), ggf. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates (§ 53 GG), Vorlage im Bundestag, erste Beratung (Lesung) im Bundestag (§ 79 GOBT), Überweisung an einen Ausschuss (§ 80 GOBT), Beratung im Ausschuss (§§ 43 ff. GOBT), zweite und dritte Beratung (§§ 81–85 GOBT), Schlussabstimmung (§ 86 GOBT), zweiter Durchgang im Bundesrat (Art. 77 Abs. 1 Satz 2 GG) und ggf. Behandlung im Vermittlungsausschuss (Art. 77 Abs. 2 GG) sowie deren anschließende Billigung,²⁹⁹ Unterzeichnung durch Kanzler und Ressortminister und abschließend Ausfertigung durch den Bundespräsidenten (Art. 82 Abs. 1 GG).³⁰⁰

Die regierungsinternen Dokumente, die dem Gesetzesentwurf vorgehen, insbesondere auch der Referentenentwurf mitsamt seiner Begründung,³⁰¹ sind

²⁹⁶ Nourse, *Decision Theory*, Yale L. J. 122 (2012), S. 70 (76, 92 ff.). Aus der entsprechenden Literatur zum deutschen Gesetzgebungsverfahren vgl. insbesondere *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, 1984, S. 38 ff.; *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis*, 1988; *Schneider*, *Gesetzgebung*, ³2002, S. 80 ff.; *Zeh*, *Parlamentarisches Verfahren*, HStR III, ³2005, § 53; *Ossenbühl*, *Gesetzgebung*, HStR V, ³2007, § 102.

²⁹⁷ Die „Notwendigkeit [...] hinsichtlich verschiedener Typen von Gesetzesmaterialien und von Gesetzen“ zu differenzieren, betonen auch *Simon*, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, S. 317 ff.; *Waldhoff*, *Gesetzesmaterialien*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 77 (92 f.).

²⁹⁸ *Ossenbühl*, *Gesetzgebung*, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 20; Zahlen bei *Masing*, in: von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, ⁶2010, § 76 Rn. 16 ff.; Zahlen für die 16. Legislaturperiode bei *Frenzel*, *Gesetzgebungsverfahren*, JuS 2010, S. 27 (28 mit Fn. 17); auf dieser Basis dann *Kersten*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 2014, Art. 76 Rn. 54. Ältere, der Tendenz nach aber immer noch gültige Zahlen zum „faktischen Gesetzearbeitungsmonopol“ der Ministerialbürokratie bei *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis*, 1988, S. 285.

²⁹⁹ Auf die dabei möglichen unterschiedlichen Konstellationen kann hier nicht eingegangen werden.

³⁰⁰ Vgl. etwa die Übersichten bei: *Bryde*, *Gesetzgebungsverfahren*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, 1989, S. 859 ff.; *Beyme*, *Der Gesetzgeber*, 1997, S. 53 ff., 139 ff., 176 ff., 188 ff., 244 ff.; *Ossenbühl*, *Gesetzgebung*, HStR V, ³2007, § 102.

³⁰¹ S. hierzu ausführlich *Ossenbühl*, *Gesetzgebung*, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 12 ff.

dem Bundestag jedenfalls im Rahmen des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens nicht notwendig zugänglich und können damit auch die demokratische Willensbildung nicht beeinflussen. Daher müssen sie auch für die Auslegung grundsätzlich unbeachtlich sein. Der Bundestag muss sozusagen „Herr des Verfahrens“ sein, damit die parlamentarische Willensbildung beginnen kann – dies ist erst mit Einbringen der Gesetzesvorlage der Fall.³⁰²

Hingegen stammen zwar im hier betrachteten Fall auch der Gesetzesentwurf sowie die ihn begleitenden Stellungnahmen (etwa vom Normenkontrollrat und/oder Bundesrat sowie die jeweiligen Stellungnahmen der Bundesregierung zu derartigen Stellungnahmen) aus der Sphäre der Regierung (bzw. des Bundesrats) und nicht der des Bundestags.³⁰³ Dennoch ist der Gesetzesentwurf Grundlage und Bezugspunkt der gesamten parlamentarischen Prozedur. Er wird in den Lesungen erörtert, in den Ausschüssen beraten und im Plenum auf der Basis von Beschlussempfehlung und Bericht der Ausschüsse modifiziert. Zwar ist die erste Lesung des Entwurfs selten ein „veto point“ im Gesetzgebungsverfahren, sondern leitet in den meisten Fällen nur die Überweisung an die Ausschüsse ein.³⁰⁴ Mit der Überweisung nach Maßgabe der Geschäftsordnung macht sich der Bundestag aber diese Dokumente zu eigen.³⁰⁵ Sie sind daher auch für die Rechtsanwendung beachtlich.

In den stenografischen Berichten der ersten Lesung ‚spricht‘ nun zum ersten Mal das Parlament selbst – wenigstens soweit hier überhaupt diskutiert wird und nicht nur ohne Aussprache eine Überweisung an einen oder mehrere Ausschüsse beschlossen wird.³⁰⁶ Dennoch können die Plenarprotokolle dieser und auch der folgenden Sitzung allenfalls in Ausnahmefällen für die Rechts-

³⁰² *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, ⁶2010, § 76, Rn. 72; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 76 Rn. 58.

³⁰³ Auch Vorlagen „aus der Mitte des Bundestages“ (Art. 76 Abs. 1 GG) werden regelmäßig von der Exekutive erarbeitet – Vorlagen der Regierungsfractionen von der Bundes-, sonst häufig von der Landesverwaltung (*Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 26). Insofern unterscheiden sich die Verfahrenstypen an diesem Punkt nicht wesentlich.

³⁰⁴ Nach *Achterberg*, Parlamentsrecht, 1984, S. 356 mit Fn. 66; *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 32, und anderen ist es unzulässig, in der ersten Lesung den Gesetzesentwurf abzulehnen oder seine Behandlung zu verhindern. Vgl. aber den bewusst herbeigeführten Abbruch der Bundestagssitzung vom 15. 6. 2012 (Bundestag, Plenarprotokoll 17/185, S. 22217), um die erste Lesung des Gesetzesentwurfes der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zur Einführung eines Betreuungsgeldes (BT Drs. 17/9917) zu verhindern.

³⁰⁵ Daher überzeugt auch der Ansatz von *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 76 Rn. 59, entgegen der wohl herrschenden Meinung, die Möglichkeit der Rücknahme einer eingebrachten Gesetzesvorlage durch ihre Initianten für unzulässig zu erklären.

³⁰⁶ Zur praktischen Bedeutung der ersten Lesung vgl. die Einschätzungen bei *Zeh*, Parlamentarisches Verfahren, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 42; *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 31 f.

anwendung beachtlich sein. Denn so wichtig die offene Aussprache für die Legitimität des Parlaments nach außen ist,³⁰⁷ so wenig trägt in der politischen Realität die sequentielle Präsentation von Meinungen individueller Parlamentarier, auch wenn sie als Repräsentanten ihrer Fraktionen sprechen, zu dem bei, was oben als Kern kollektiver parlamentarischer Willensbildung gekennzeichnet wurde.³⁰⁸ Aussprachen gewinnen ihren diskursiven Wert gerade dadurch, dass in „Rede und Gegenrede“ (§ 28 Abs. 1 Satz 2 GOBT) die unterschiedlichen (Maximal-)Positionen der Parteien zur Sprache kommen. Klaus von Beyme spricht davon, dass die Plenardebatte den Charakter einer „Zeremonie“ habe, „ritualisiert wie ein Tango“.³⁰⁹ In dieser öffentlichen Verhandlung (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) verwirklicht sich die Funktion des Parlaments als Organ zur Absorption und Umsetzung der Gegensätze in der Gesellschaft. Ihre Bedeutung für die parlamentarische Entscheidungsfindung, die ihrerseits die für das Gesetzgebungsverfahren als Willensbildung konstitutive Kompromissbildung voraussetzt, ist dagegen wohl eher gering zu veranschlagen. Der einzelne Abgeordnete tritt mit seinem Namen und seiner Position auf. Die Aussprache ist zu Recht Ort der Parteilichkeit und der Differenz. Hier sollen sich die unterschiedlichen Einzelwillen zeigen, aus denen sich dann erst in einem langsamen, geordneten, zähen Prozess ein kollektiver Wille im oben skizzierten Sinn konsolidiert. Doch erst diese Verarbeitung der individuellen Positionen in einem gemeinsamen Text rechtfertigt die Rede von kollektiver Intentionalität. Gerade für die Aussprache anlässlich der ersten Lesung sieht zudem § 79 GOBT ausdrücklich vor, dass „nur die Grundsätze der Vorlagen besprochen“ und „Sachanträge [...] nicht gestellt werden“ dürfen. Zuletzt ist die Gefahr groß, in der Würdigung der Protokolle die individuellen Intentionen einzelner Parlamentarier und deren mögliche Sonderinteressen für eine Stellungnahme *des* Parlaments als Kollektiv zu nehmen. Aus all diesen Gründen erscheint es ratsam, den in den Protokollen dokumentierten Aussagen keine besondere Beachtung bei der Rechtsanwendung zukommen zu lassen.³¹⁰

³⁰⁷ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 6. 3. 1952 (*Geschäftsordnungsautonomie*) – E 1, 144 (153 f.); Urteil des Zweiten Senats vom 16. 7. 1991 (*PDS/Linke Liste*) – E 84, 304 (329); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 28. 4. 2005 – E 112, 363 (366); Masing, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, ⁶2010, § 77 Rn. 22 mit Fn. 27; Kersten, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 77 Rn. 12; sowie, wie Kersten, a. a. O., Rn. 13, unter Vermeidung jedes diskurstheoretischen Überschwanges, Waldron, *Law and Disagreement*, 1999, S. 69 ff.

³⁰⁸ Besonders deutlich: Zeh, *Parlamentarisches Verfahren*, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 46 („Selbstverständlich ist das Plenum nicht der Ort der inhaltlichen Entscheidungsfindung“).

³⁰⁹ Beyme, *Der Gesetzgeber*, 1997, S. 244, plastisch auch ebd., S. 249.

³¹⁰ Angesichts der zahlreichen Eventualitäten des Gesetzgebungsverfahrens kann auch hier im Einzelfall anderes geboten sein. Vgl. etwa den Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit einer Protokollerklärung der SPD-Fraktion aus der ersten Lesung eines verfas-

Gleiches gilt dann für das nächste Stadium: die Ausschussberatungen. Tatsächlich findet hier wohl die intensivste parlamentarische Arbeit statt, wegen der Regel des § 79 GOBT oft auch die erste echte Diskussion.³¹¹ Die Ausschüsse sind dabei grundsätzlich frei in ihrem Umgang mit dem Gesetzesentwurf.³¹² Die faktische Bedeutung der Ausschüsse hat das Bundesverfassungsgericht wie folgt zusammengefasst: „In ihnen vollzieht sich ein wesentlicher Teil des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses des Bundestages. Ihre Aufgabe besteht regelmäßig darin, die Beschlüsse des Plenums vorzubereiten [...]. Die Empfehlungen der Ausschüsse sind zwar für das Plenum nicht verbindlich, formen dessen Entscheidungen aber doch der Sache nach vor. Damit kommt der Institution der Ausschüsse unter dem Gesichtspunkt der Repräsentation des Volkes durch das Parlament erhebliches Gewicht zu.“³¹³ Die für das Gesetzgebungsverfahren als zentral beschriebene Kompromissbildung findet dabei in den Ausschüssen regelmäßig unter weitgehendem Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 69 Abs. 1 Satz 1 GOBT) statt.

sungsändernden Gesetzesentwurfs in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. 10. 2002 (*Altenpflegegesetz*) – E 106, 62 (148): „die Erklärung der SPD-Fraktion repräsentiert also die Regelungsvorstellungen des Gesetzgebers“. Die Relevanz der in der Erklärung enthaltenen Aussagen für die Interpretation leitet das Gericht jedoch daraus her, dass sich das Parlament diese zu eigen gemacht habe, indem der mit der Protokollerklärung einhergehende Änderungsantrag von der Mehrheit übernommen wurde, damit auch die Erklärung zur gemeinsamen Grundlage der Diskussion wurde und alle weiteren Verfahrensstadien einschließlich des Vermittlungsausschusses ‚überlebt‘ hat. Vgl. zu dieser auch an anderer Stelle intensiv mit Materialien arbeitenden Entscheidung die detaillierte Auswertung bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, ¹¹2013, Rn. 67d.

³¹¹ Aus der juristischen Literatur vgl. nur die Einschätzungen von *Zeh*, Gliederung und Organe, HStR III, ³2005, § 52 Rn. 39; *ders.*, Parlamentarisches Verfahren, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 46; *Geis*, Parlamentsausschüsse, HStR III, ³2005, § 54 Rn. 1; *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 38. Vgl. zur Rolle der Ausschüsse auch (leicht resignativ) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 5. 5. 1987 (*Rechtsbeistand*) – E 75, 246 (268): „Zwar würde es kaum der demokratisch-parlamentarischen Idee des Gesetzgebungsverfahrens entsprechen und nicht wünschenswert sein, wenn die eigentliche Begründung eines Gesetzes [...] in einem Ausschuß gegeben wird, während der Bundestag als das eigentliche Gesetzgebungsorgan hiervon kaum Kenntnis nehmen kann. Indessen kann nicht die ‚Gedankenlosigkeit‘ [...] des Gesetzgebers, sondern lediglich das objektive Fehlen der von Verfassungen wegen anzuerkennenden gesetzgeberischen Zielsetzungen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit führen [...]“.

³¹² Zur Diskussion um etwaige Beschränkungen des Gestaltungsspielraums der Ausschüsse („Denaturierungsverbot“) vgl. nur (kritisch) *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 77 Rn. 19.

³¹³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. 5. 1977 (*Beschlußfähigkeit*) – E 44, 308 (318). Ähnlich auch BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 28. 2. 2012 (*Neunergremium*) – E 130, 318 (351). Vgl. auch *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 38; *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, ⁶2010, § 77 Rn. 29 ff.; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 77 Rn. 18.

Die immer wieder umstrittene Nichtöffentlichkeit dient nach verbreiteter Auffassung als „Schutzzone für Kompromißbildung“.³¹⁴ Ob die dabei zugrundeliegenden Annahmen über die Mechanismen der Zulassung von Öffentlichkeit tragen, ist hier nicht Gegenstand. Dennoch zeigt sich hieran schon, dass Ausschussberatungen nicht die Anforderungen erfüllen, die oben im Hinblick auf das „offene“ Umfeld kollektiv intentionaler Entscheidungen gestellt wurden. Hieran ändert auch das potentielle Zutrittsrecht aller Mitglieder des Bundestages nichts (vgl. § 69 Abs. 2 GOBT). Denn faktisch ist die Möglichkeit zur Kenntniserlangung über die Aktivitäten der Ausschüsse von vornherein beschränkt. Es existieren zwar – eingeschränkt zugängliche – Protokolle der nicht-öffentlichen Ausschussberatungen (§ 73 GOBT); auch gibt es Protokolle der öffentlichen Ausschuss- und insbesondere auch der Anhörungssitzungen (§ 70 GOBT). Diese Dokumente liegen jedoch nicht der weiteren Beratung und Beschlussfassung im Plenum zu Grunde. Sie dienen vielmehr allein der Binnenorganisation des Ausschusses und der Vorbereitung seiner Beschlussempfehlung. Da mit der Überweisung an den Ausschuss eben keine Delegation der Gesetzgebungsautorität verbunden ist,³¹⁵ bleibt das Plenum für die Frage, worüber sich eine kollektive Absicht bilden kann, maßgeblich. Im Übrigen gilt für die in den stenografischen Berichten festgehaltenen Einzelstimmen, was oben zur ersten Beratung angeführt wurde. So wenig diese internen Beratungsvorgänge die Diskussion im Plenum prägen, so wenig sollten sie auch für die Rechtsanwendung beachtlich sein.

Die Ausschussarbeit kulminiert dann in dem Bericht und der Beschlussempfehlung. Beides macht sich wiederum das Plenum durch die Behandlung in der zweiten Beratung zu eigen.³¹⁶ Der Bericht, der die ursprüngliche Entwurfsfassung verdrängt und auf dem die weitere parlamentarische Befassung aufbaut, kann nun eine wichtige Quelle für den Rechtsanwender sein.³¹⁷ Was die mögliche allgemeine Aussprache in dieser zweiten Lesung betrifft (§ 81

³¹⁴ Zeh, *Parlamentarisches Verfahren*, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 60.

³¹⁵ Hierzu auch ausführlich aus U.S.-amerikanischer Perspektive, aber mit verallgemeinerbaren Erwägungen: Manning, *Textualism*, *Columbia L. Rev.* 97 (1997), S. 673 ff. Missverständlich dagegen BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. 5. 1977 (*Beschlußfähigkeit*) – E 44, 308 (319): „Repräsentation vollzieht sich im parlamentarischen Bereich vornehmlich dort, wo die Entscheidung fällt. Geschieht dies der Sache nach bereits in den Ausschüssen und Fraktionen des Parlaments, so wird damit auch die Repräsentation in diese Institutionen ‚vorverlagert‘. Das erscheint unproblematisch, solange der Entscheidungsprozeß institutionell in den Bereich des Parlaments eingefügt bleibt.“ Zu Recht ablehnend Kersten, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 77 Rn. 24. Nicht überzeugen können daher die auf dem Delegationsgedanken basierenden Überlegungen von Solan, *Private Language, Public Law*, *Georgetown L. J.* 93 (2005), S. 427 (444 ff., 479 ff.).

³¹⁶ Wenigstens aus dieser Perspektive ist auch der hohe Einfluss der durch Fachbeamte präsenten Exekutive auf die Ausschussarbeit nicht allzu problematisch (dazu näher Zeh, *Beratung von Gesetzen*, in: Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 1983, S. 57 ff).

³¹⁷ Ossenbühl, *Gesetzgebung*, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 34.

Abs. 1 S. 1 GOBT), bleibt es hingegen bei den schon oben geäußerten Bedenken gegen eine Berücksichtigung der im Protokoll festgehaltenen Äußerungen einzelner Abgeordneter.³¹⁸ Auch für den oder die Berichterstatter, deren Rede die allgemeine Aussprache einleitet und die den Entwurf in der vom Ausschuss geänderten Fassung vorstellt, kann Einseitigkeit nicht ausgeschlossen werden.³¹⁹ Relevant hingegen sind selbstverständlich eventuelle Änderungen im Entwurfstext, die sich infolge von Änderungsanträgen der Abgeordneten im Plenum ergeben und über die wie dann auch über den ggf. modifizierten Gesamtentwurf abgestimmt wird (§§ 81 Abs. 2–4, 82, 83, 85 GOBT).

Die Schlussabstimmung im Plenum (Art. 77 Abs. 1 GG, § 86 GOBT) legt schließlich den Inhalt des Gesetzes „relativ unverrückbar“ fest.³²⁰ Lässt man die hier auszuklammernde Mitwirkung des Bundesrates und gegebenenfalls des Vermittlungsausschusses außer Betracht, endet mit diesem Schritt und der Festlegung des ‚Wortlauts‘ das Problem der Materialien.

IV. Aktuelle Anwendungsfälle

Nimmt man also die Idee des Gesetzgebungsverfahrens als kollektive intentionale Aktivität ernst, legt dies alles in allem einen eher zurückhaltenden Materialiengebrauch nahe.³²¹ Dem Rechtsanwender bleiben als zusätzliche Erkenntnisquellen regelmäßig nur der ursprüngliche Gesetzesentwurf mitsamt Begründung und Stellungnahmen sowie die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses. Selbstverständlich gilt diese Zurückhaltung nur dort, wo Rechtsanwender versuchen, den Normtext über die Materialien zu konkretisieren, diesen also eine Indizwirkung für die Rechtsfindung zukommen soll. Soll also eine Auslegungsvariante auf einen nur in den Materialien, nicht im Gesetzestext expliziten Anhaltspunkt gestützt werden, kommen hierfür nur die genannten Dokumente in Betracht.

Dass dieses Ergebnis weitgehend der Handhabung der Materialien in der Praxis entspricht, soll an zwei aktuellen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts plausibel gemacht werden. Eine abschließende Aussage über

³¹⁸ Besonders deutlich ist dies für die sog. Reden zu Protokoll (§ 78 Abs. 6 GOBT), dazu *Kornmeier*, Rede zu Protokoll, DÖV 2010, S. 676 ff.

³¹⁹ Dies gilt insbesondere, da in der Praxis nach *Zeh*, Parlamentarisches Verfahren, HStR III, ³2005, § 53 Rn. 34, häufig mehrere Berichterstatter (§ 65 GOBT) aus Regierungs- und Oppositionsparteien bestimmt werden. Auch aus diesem Grund misst *Zeh* den besonderen Rederechten der Berichterstatter (dazu auch § 28 Abs. 2 GOBT) keine besondere Bedeutung zu.

³²⁰ *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, ⁶2010, § 77 Rn. 15 m. w. N.; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2014, Art. 77 Rn. 25. Zu den Rechtswirkungen auch: *Ossenbühl*, Gesetzgebung, HStR V, ³2007, § 102 Rn. 37, 40.

³²¹ Zu zurückhaltend dagegen die Schlussfolgerungen bei *Ekins*, Intent, 2012, S. 273 f. (vgl. dazu oben § 8 Fn. 291).

die Handhabung der Materialienfrage in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist damit nicht beabsichtigt. Es geht allein darum zu zeigen, dass gerade in aktuellen Entscheidungen, die sich stark auf die Materialien gestützt haben, die vorstehenden Grundsätze vielfach implizit bereits beachtet werden.³²²

Mustergültig zeigt dies der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Dreiteilungsmethode im Familienrecht.³²³ Dieser Beschluss, ein familienrechtlicher „Pauenschlag“³²⁴, war nach verbreiteter Ansicht auch Dokument einer rechtmethodischen „Tendenzwende“³²⁵, in der das Bundesverfassungsgericht sein Verhältnis zur Bedeutung der Gesetzesbindung und der Materialien neu justiert hat.³²⁶ Mit diesem Beschluss erklärte das Bundesverfassungsgericht, die von den Fachgerichten zur Auslegung des § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelte Rechtsprechung habe sich vom „Konzept des Gesetzgebers“ gelöst und dieses durch ein eigenes Modell ersetzt; mit diesem „Systemwechsel“ hätten die Gerichte die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten.³²⁷ Das Bundesverfassungsgericht bestimmt dabei das „System des geltenden Unterhaltsrechts“³²⁸ gerade auch unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien. Zu diesem Zweck beruft sich das Gericht auf genau drei Dokumente: den Regierungsentwurf von 1971,³²⁹ den Bericht und Antrag des Rechtsausschusses von 1975³³⁰ sowie den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Unterhaltsrechts von 2006³³¹. Die Masse an weiteren die Entstehung des Gesetzes begleitenden Materialien kommt – wie gezeigt völlig zu Recht – nicht zur Sprache. Dieses Beispiel illustriert gleichzeitig, dass eine derartige Beschränkung der Materialien auf einige

³²² Vgl. aber etwa auch die positive Bezugnahme auf Ausschussprotokolle in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. 11. 2009 (*Wundsiedel*) – E 124, 300 (325 f.). Siehe zur älteren Rechtsprechung auch die Darstellung von *Übelacker*, *Die genetische Auslegung*, 1993.

³²³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25. 1. 2011 (*Dreiteilungsmethode*) – E 128, 193.

³²⁴ *Rieble*, *Gesetzesbindung*, NJW 2011, S. 819.

³²⁵ *Rüthers*, *Klartext*, NJW 2011, S. 1856 (1857).

³²⁶ Dazu dass dieser Beschluss nur Themen aufnahm, die immer schon in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung präsent waren, vgl. oben § 8 Fn. 87 und Fn. 143.

³²⁷ So der Leitsatz BVerfGE 128, 193 (193), vgl. auch ebd., S. 211, 214.

³²⁸ BVerfGE 128, 193 (220).

³²⁹ Erster Regierungsentwurf für das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts, BRDrs 266/71 und BTDRs VI/2577; in den Entscheidungsgründen, außerhalb des Tatbestandes, zitiert in BVerfGE 128, 193 (212, 218, 220).

³³⁰ Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts, BTDRs 7/4361; in den Entscheidungsgründen, außerhalb des Tatbestandes, zitiert in BVerfGE 128, 193 (222).

³³¹ BTDRs 16/1830, zitiert in BVerfGE 128, 193 (212, 214 f., 221 f.).

wenige, qualitativ hochwertige Dokumente dem richterlichen Entscheidungsprozess ausreichend Hilfestellung geben kann.³³²

Auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum strafprozessualen ‚Deal‘ konzentriert sich auf die zentralen Dokumente, um zu rekonstruieren, worauf sich der im neugefassten § 257c StPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische „Willen, Möglichkeiten einer Verständigung in das geltende Strafprozessrechtssystem zu integrieren“³³³, bzw. das „gesetzliche Regelungskonzept“ genau bezog.³³⁴ Äußerst transparent nimmt das Gericht hierzu auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung,³³⁵ die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats³³⁶ und die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses³³⁷ Bezug.³³⁸

Allgemein gilt, dass wenigstens in den Entscheidungen zwischen Mitte 2011 und Mitte 2013 dort, wo auf Materialien Bezug genommen wird, diese bis auf wenige Ausnahmen zu den genannten Typen zählen.³³⁹

³³² Kritisch ist insofern nur anzumerken, dass das Bundesverfassungsgericht die Materialien nur mit Aktenzeichen, ohne nähere Bezeichnung ihres Status und ihrer Provenienz zitiert.

³³³ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. 3. 2013 (*Verständigung im Strafprozess*) – E 133, 168 (207 f.), Rn. 68.

³³⁴ BVerfGE 133, 168 (212 f.), Rn. 76.

³³⁵ BTDRs 16/12310, zitiert in BVerfGE 133, 168, Rn. 67–69, 76, 79 f., 82, 85, 88, 90, 99, 125.

³³⁶ BTDRs 16/12310, zitiert in BVerfGE 133, 168 (206 f., 212 f.), Rn. 67, 76.

³³⁷ BTDRs 16/13095, zitiert in BVerfGE 133, 168 (221 f.), Rn. 95.

³³⁸ Hinzu kommen Gesetzesentwurf und Begründung des Bundesrats sowie die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu (BTDRs 16/4197), zitiert in BVerfGE 133, 168 (221 f.), Rn. 95. Auf diese Verfahrensvariante wurde hier nicht eingegangen. Insoweit hat jedoch das zu den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwürfen zu gelten.

³³⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. 12. 2012 (*Verzinsung GWB*) – NJW 2013, 1418 (1423): Bezugnahme auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung; 3. Kammer des Ersten Senats vom 08. 11. 2012 (1 BvR 2153/08), Rn. 27: für den „Zweck“ des Gesetzes Verweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs; Beschluss des Ersten Senats vom 10. 10. 2012 (1 BvL 6/07), Rn. 66 (*Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz*): dort wird auf einen Gesetzesentwurf der Fraktionen und ebd., Rn. 75, auf einen von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf inklusive Stellungnahme des Bundesrates hierzu und Gegenäußerung der Bundesregierung verwiesen; s. auch ebd., Rn. 76 zu der hier nicht weiter zu erörternden Besonderheit der Bezugnahme auf eine Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1. 8. 2012 (1 BvR 1184/09), Rn. 6: Bezugnahme auf die Begründung des Regierungsentwurfs; Urteil des Zweiten Senats vom 25. 7. 2012 (*Negatives Stimmgewicht II*) – E 131, 316 (341, 344, 353 f.): zur Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen Verweis auf den Gesetzesentwurf der Fraktionen; Urteil des Ersten Senats vom 18. 7. 2012 (*Asylbewerberleistungsgesetz*) – E 132, 134 (170 ff.): Verweis auf den Gesetzesentwurf der Fraktionen, die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses je von 1993 (dafür, dass sich aus den Materialien keine Hinweise auf ein Bemessungsverfahren entnehmen lassen), sowie auf den Gesetzesentwurf der Fraktionen von 1995 und den der Bundesregierung von

Weitere Materialien, die über den hier definierten Kanon hinausgehen, werden regelmäßig nur dort zitiert, wo auf die Gesetzgebungsgeschichte gleichsam negativ Bezug genommen wird. Der Verweis auf die Materialien wird dann etwa mit folgender Formel eingeleitet: „Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber vom Gegenteil ausgegangen wäre.“³⁴⁰ Hier ordnet sich auch der Plenarbeschluss zum *Luftsicherheitsgesetz II*

1995; 2. Kammer des Ersten Senats vom 16. 7. 2012 (1 BvR 2983/10), Rn. 2: die „Intention des Gesetzgebers“ wird aus den Ausschussberichten rekonstruiert; Urteil des Ersten Senats vom 11. 7. 2012 (*Delisting*) – E 132, 99 (130 ff.): Verweis auf verschiedene Regierungsentwürfe, auf einen Bericht des Rechtsausschusses, Stellungnahmen des Bundesrats und Gegenäußerungen; Beschluss des Ersten Senats vom 10. 7. 2012 (1 BvL 2/10), Rn. 42 und 52 (*Erziehungsgeld für Ausländer*): die „Intention des Gesetzgebers“ wird durch Verweis auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung ausgefüllt; Beschluss des Zweiten Senats vom 4. 7. 2012 (*Wahlrecht für Auslandsdeutsche*) – E 132, 39 (42 f.): umfassende Bezugnahme auf zwei Beschlussempfehlungen und Berichte des Innenausschusses, sowie einen Gesetzesentwurf der Fraktionen (vgl. aber auch ebd., S. 53, die – allerdings nur ergänzende – Bezugnahme auf den vom Gesetzgebungsverfahren ganz gelösten Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung); 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. 2. 2012 (1 BvR 2378/10), Rn. 59 (*Widerruf einer betrieblichen Altersversorgung*): der „Willen des Gesetzgebers“ wird aus dem Regierungsentwurf und der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats abgeleitet; Urteil des Zweiten Senats vom 14. 2. 2012 (2 BvL 4/10), Rn. 179 (*W-Besoldung*): die Argumentation bezieht sich auf die unwidersprochen gebliebene Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des Professorenbesoldungsreformgesetzes. Eine besondere Konstellation erfasst BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 27. 3. 2012 (2 BvR 2258/09), Rn. 74 (*Anrechnung des Maßregelvollzugs*): für „den deutlich artikulierten und in Literatur und Rechtsprechung ausnahmslos so verstandenen Willen des Gesetzgebers“ wird nicht auf die Materialien selbst, sondern eben auf Literatur und Rechtsprechung verwiesen. Einen wohl nicht verallgemeinerungsfähigen Sonderfall stellt der Verweis in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. 6. 2012 (*EFSF*) – E 131, 152 (201), auf den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von 1993 dar, der neben dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zitiert wird, sowie in Rn. 108 auf die im Protokoll verzeichneten „übereinstimmenden“ Stellungnahmen in den Diskussionen in der Gemeinsamen Verfassungskommission. Bedenklich erscheinen dagegen die – allerdings im konkreten Fall nicht tragende – Bezugnahme auf einen Referentenentwurf in BVerfG, 1 BvR 1932/08 vom 8. 12. 2011, Rn. 34 (*gerichtliche Kontrolle der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung durch die Bundesnetzagentur*); sowie die Bezugnahme auf eine „Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs“ in BVerfG, 1 BvR 1457/11 vom 24. 11. 2011, Rn. 5. Eine weitere umfassende Auswertung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann hier nicht erfolgen. Zu den Anforderungen an entsprechende Analysen vgl. (für den Bundesgerichtshof in Strafsachen) die sehr instruktiven Überlegungen bei *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 205 f.

³⁴⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. 5. 2012 (1 BvR 367/12), Rn. 42: unter Hinweis auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses; ähnlich etwa BVerfGE 132, 99 (130) (*Delisting*); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. 6. 2012 (*Familienzuschlag LPartG*) – E 131, 239 (257); Beschluss des Ersten Senats vom 10. 7. 2012 (1 BvL 2/10), Rn. 67 (*Erziehungsgeld für Ausländer*): „Ausschussbericht und Plenarprotokoll

ein.³⁴¹ Die Bezugnahme der Mehrheit unter anderem auch auf ein Kurzprotokoll der 71. Sitzung des Rechtsausschusses (Rn. 34), auf Protokolle einer öffentlichen Anhörung und einer „öffentlichen Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses“ (je Rn. 36), auf die Stellungnahmen zweier Landesinnenminister in diesen Anhörungen (Rn. 37) und die Diskussionen im Plenum anlässlich der zweiten Beratung (Rn. 38), dient in diesem Beschluss dazu, ein zu einfaches historisches Narrativ zu widerlegen. So heißt es als Fazit: „Aus der Gesetzgebungsgeschichte wird danach weder ein eindeutiger Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers hinsichtlich der in den Fällen des Art. 35 Abs. 2 und 3 GG einsetzbaren Mittel noch eine klare Konzeption in der Frage des anwendbaren Rechts erkennbar“ (Rn. 39). Die Mehrheit begründet ihre Auffassung also gerade nicht mit den Materialien. Anders geht das Sondervotum von BvR *Reinhard Gaier* vor. Dieser will seine Rechtsauffassung gerade auch „mit einer historischen Verfassungsverinterpretation [...] begründen“ (Rn. 65), verkennt aber in seiner Kritik der Mehrheitsauffassung, dass diese mit dem Zitat der Materialien (Rn. 66 ff.) ein anderes Ziel verfolgt und begeht schließlich zur Unterfütterung seiner Auffassung gerade den Fehler, den die Mehrheit vermeidet – indem er sich nämlich auf ein „picking and choosing“ der ihm günstigen Stimmen aus der Masse des historischen Kontextes heraus einlässt (Rn. 71 ff.).

E. Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung von objektivem Normzweck und subjektiver Zwecksetzung des Gesetzgebers hat sich als untauglich erwiesen, um die tatsächlichen Konfliktlinien im Streit um das Ziel der Rechtsanwendung unter dem Grundgesetz zu erfassen. Denn im demokratischen Verfassungsstaat ist trivial oder sogar tautologisch, dass der durch das Gesetz gebundene Rechtsanwender die gesetzgeberischen Zwecksetzungen berücksichtigen muss. Wenn dennoch im positiven Recht notwendig „paradigmatische Differenzen“ das Verhältnis von Norm und Normanwendung und damit die *Methodentheorie* prägen, lässt sich dies nicht auf unterschiedliche Zweckbegriffe zurückführen. Denn darüber, was als (Norm-)Zweck gelten kann, besteht ebenso wenig Streit wie über die Geltung des für die Rechtsanwendung maßgeblichen Prinzips der Gesetzesbindung. Die nur historisch verständlichen Kategorien ‚sub-

zeigen, dass man von teils unklaren, teils unzutreffenden Vorstellungen darüber ausging, welche Leistungsvoraussetzungen die vorgelegten Regelungen statuieren.“; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. 12. 2011 (*Akustische Wohnraumüberwachung*) – E 130, 1 (41).

³⁴¹ BVerfG, Beschluss des Plenums vom 3. 7. 2012 (*Luftsicherheitsgesetz II*) – E 132, 1.

ektiv‘ und ‚objektiv‘ führen daher zu erheblichen Verzerrungen einer in Verfassungstheorie und -recht deutlich differenzierter geführten Diskussion. Der Zweckbegriff ist in dieser Hinsicht erneut nur Chiffre in Auseinandersetzungen über ein adäquates Verhältnis der Gewalten im Verfassungsstaat zueinander. Die Analyse des Zweckbegriffs als *methodentheoretische* Kategorie konnte insoweit dem aus dem vorangegangenen Kapitel bekannten Muster folgen.

Die Unschärfe, die sich in dieser Hinsicht mit der Verwendung des Zweckbegriffs in der Rechtsanwendung verbindet, wirkt sich auch auf die Frage aus, wie gesetzgeberische Zwecksetzungen im rechtlichen Diskurs zu rekonstruieren sind. Soweit in der Praxis betont wird, es sei notwendig, die Zwecksetzungen des Gesetzgebers im Wege der Auslegung zu realisieren, wird kaum je erkannt, dass sich damit, den unterschiedlichen Dimensionen des Zweckbegriffs entsprechend, ganz verschiedene Herausforderungen an die Rechtsanwendung stellen. Die herkömmliche Methodenlehre stellt der Rechtspraxis hierfür nur das untaugliche Instrumentarium von subjektiv-teleologischer und objektiv-teleologischer Methode zur Verfügung. Dagegen konnte herausgearbeitet werden, dass die Analyse von Zwecken nicht für *eine* spezifische Methode oder Argumentform steht. Vielmehr nehmen Verwendungen des Zweckbegriffs in Rechtsanwendungsdiskursen unterschiedliche Perspektiven – nämlich normative, empirisch-kausale sowie auch intentionale – auf die als Handlung verstandene Norm ein. Jede dieser Perspektiven geht mit eigenständigen Argumentationsformen und entsprechenden Regeln einher.

Insbesondere die intentionale Perspektive ist häufig dem Missverständnis ausgesetzt, einem überholten voluntaristischen Rechtsbegriff Vorschub zu leisten. Doch berühren die Einwände, die in diesem Zusammenhang gegen die Arbeit mit einem auch intentional verstandenen Zweckbegriff regelmäßig vorgetragen werden, ein Verständnis von Rechtsetzung als *kollektiv* intentionaler Aktivität nicht. Im Gegenteil lässt sich am Beispiel der Verwendung von Gesetzgebungsmaterialien zeigen, wie sich diese spezifische Argumentationsform einerseits zwanglos als Rekonstruktion von Rechtsetzung als kollektiv intentionaler Aktivität erklären und rechtfertigen lässt, sich daraus aber auch klare Regeln für den Materialeinsatz in der Rechtsanwendung ergeben.

Die Kombination dieser verschiedenen ‚teleologischen Perspektiven‘ ergibt keine umfassende Theorie und kein vollständiges Bild der Rechtsanwendung und ihrer Methoden. Die unterschiedlichen Perspektiven machen vielmehr allein auf die Phänomene und Probleme aufmerksam, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, soweit diese die Handlungsorientierung des positiven Rechts zur Geltung bringen will. Im Modell des Rechts als sozialer, kollektiv intentionaler Handlung werden auf diese Weise eine Vielzahl von Fragestellungen verknüpft. So lassen sich etwa Fragen nach dem Umfang der

Gesetzesbindung und der Bindung an gesetzgeberische Zwecke, nach der Methodenwahl, der Legitimation der Gerichte zur Rechtsfortbildung, nach Statik oder Dynamik des Rechtsverständnisses, nach den Entscheidungsmaßstäben für Rechtsanwender im gesetzlich nicht determinierten Bereich, nach dem Umgang mit vagen oder konfligierenden Zielen, den Standards für empirische Prognosen und den Anforderungen an Folgenerwägungen mittels des Verständnisses von Recht als Zweck-Mittel-Relation erschließen und einordnen – aber nicht aus ‚dem Zweckbegriff‘ heraus beantworten. Die Konzeption des Rechts als Handlungsordnung stellt insofern allerdings einen robusten, über das Rechtssystem hinaus anschlussfähigen begrifflichen und theoretischen Rahmen zur Erörterung dieser Fragen zur Verfügung.

Schluss teil

§ 9 Ausblick

I. Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung war die Ambivalenz der Rechtswissenschaft im Umgang mit dem Zweckbegriff.¹ Nun, zum Abschluss, ist noch einmal auf die Gründe für diese Einstellung zurückzukommen. Die Arbeit hat gezeigt, dass die Ambivalenz nicht (mehr) darauf beruhen kann, dass dem Recht in den Zwecken ein ‚Anderes‘ in Form einer nicht-rechtlichen Rationalität oder einer der rechtlichen Gestaltung entzogenen objektiven Ordnung begegnen würde.² Zwecke sind auch nicht etwa deswegen für die Rechtswissenschaft eine Herausforderung, weil sie notwendig vage oder unbestimmt wären oder auf einen wenig fassbaren Bereich des Subjektiven Bezug nähmen.³ Im Gegenteil hat das Recht die Aufgabe internalisiert, gestaltend zu wirken und bestimmte, in den dafür vorgesehenen Verfahren gesetzte Zwecke zu realisieren.⁴

Was die Ambivalenz begründet, ist daher keine Eigenschaft ‚des Zwecks‘, sondern die Art der Verwendung des *Zweckbegriffs* im juristischen Diskurs bzw. genauer gesagt die Vielzahl der dort anzutreffenden, mit dem Zweckbegriff verbundenen Bedeutungsschichten. Die Arbeit hat zwei Ursachen für diese Ambiguität identifiziert. Dazu gehört erstens der historische Begriffswandel. Die Positivierungskrise des Rechts und der Rechtswissenschaft im ausgehenden 19. Jahrhundert hat auch zu einer Neubestimmung des Zweckbegriffs als eines Handlungsbegriffs geführt.⁵ Durch diese Entwicklung sind ältere Figuren und Argumentationsformen, in denen ‚Zwecke‘ noch für Manifestationen einer dem Recht vorgängigen Ordnung stehen, weitgehend unverständlich geworden.⁶ Viele dieser Figuren werden jedoch nach wie vor im juristischen Diskurs mitgeführt. Dies zeigen die immer wieder aufflammenden Diskussionen um Staatszwecke, um objektive Zwecke in der Rechtsanwendung oder um eine gegenständlich verstandene Zweckmäßigkeit.⁷ Zwei-

¹ Hierzu oben § 1 A.

² Hierzu oben § 6 A. und § 7 A.

³ Hierzu oben § 7 B. II. 2. b.

⁴ Hierzu unter § 6 B. und § 8 C.

⁵ Hierzu insbesondere § 2 D., § 3 C., § 4 B. und § 5 A.

⁶ Hierzu insbesondere § 4 B.

⁷ Hierzu oben § 6 A., § 7 C. und § 8 B.

tens lässt sich auch das heute herrschende nachmetaphysische, d. h. handlungsorientierte Verständnis des Zweckbegriffs auf keinen einfachen Begriff bringen. Vielmehr differiert die Bedeutung des Verweises auf den ‚Zweck‘ einer Norm je nach der dabei eingenommenen Perspektive.⁸ Diese beiden Momente führen dazu, dass der Rechtsanwender, immer wenn im Recht vom ‚Zweck‘ die Rede ist, mit einem oft verwirrenden Bedeutungsangebot konfrontiert ist.

Allerdings sind auch andere Begriffe von einem historisch gewachsenen Bedeutungsgeflecht überzogen. Es ist daher nicht allein die Ambiguität des Zweckbegriffs, die irritiert. Vielmehr bildet die Unbefangenheit, mit der der Zweckbegriff seiner Komplexität zum Trotz gebraucht wird, den tieferen Grund der Ambivalenz. Weil der Zweckbegriff „für unser Bewusstsein das Alltäglichsche“ (*Nietzsche*⁹) zu sein scheint, unterbleibt die erforderliche theoretische Aufarbeitung der verschiedenen Verwendungsmodalitäten. Diese Reflexionslücke führt nun eben zu Missverständnissen, die das eigentlich Alltägliche plötzlich fremd erscheinen lassen und damit ein Gefühl der Unsicherheit auslösen. Wie dies geschieht und dass dies auch strategisch ausgenutzt werden kann, hat die Arbeit an mehreren Beispielen gezeigt.

So hängt die Bedeutung dessen, was konkret unter ‚Zweck‘ verstanden wird, zunächst von Vorstellungen über den Ordnungscharakter des Rechts, dessen Genese und die Begründung seines normativen Charakters ab.¹⁰ Diese Annahmen werden regelmäßig nicht ausdrücklich gemacht. Häufig ist der Kontext eindeutig und bedarf keiner näheren Erläuterung. Doch können die mitschwingenden Bedeutungsnuancen auch genutzt werden, um Differenzierungen zu unterlaufen oder um die Entscheidung zwischen inkommensurablen Theorieoptionen in der Schwebe zu halten. Wenn etwa das Bundesverfassungsgericht die grundgesetzliche Rechtsordnung als „teleologisches Sinngebilde“ definiert, dabei auf einen normativen Überschuss des positiven Rechts anspielt, ohne dies näher auszuführen, changiert die Aussage letztlich unbestimmbar zwischen einem positiven Rechtsbegriff und der (weitgehend diffus bleibenden) Vorstellung, wonach das Recht (auch) darüber hinausweisenden Zwecken und Werten verpflichtet sein soll.¹¹ Ähnliches gilt für die sogenannte objektiv-teleologische Methode in der Rechtsanwendung.¹² Diese theoretische Unterbestimmtheit eröffnet nicht mehr kontrollierbare Spielräume im Umgang mit dem Recht.

Doch auch wenn man unter rechtlich relevanten ‚Zwecken‘, wie heute üblich, allein die Endpunkte von Handlungen zur Rechtserzeugung ermächtigter

⁸ Hierzu oben § 6 B.

⁹ Vgl. § 1 Fn. 1.

¹⁰ Hierzu oben § 2 D.

¹¹ Hierzu oben § 6 A. III. 2.

¹² Hierzu oben § 8 B. II. 1.

Subjekte versteht, muss weiter danach differenziert werden, welche Perspektive auf das Recht bei der Bezugnahme auf die ‚Zwecke‘ einer Norm eingenommen wird: Geht es darum, einen bestimmten Gesichtspunkt als rechtlich relevanten Grund in den Diskurs einzuführen? Wird ein vom Rechtsanwender in der sozialen Wirklichkeit zu realisierendes Ziel bestimmt? Oder liegt darin die Berufung auf die gesetzgeberische Regelungsabsicht? Werden diese Klarstellungen unterlassen, führt dies zu methodischen und argumentativen Konfusionen. Dies kann wiederum als Diskursstrategie verwendet werden, etwa wenn der Verweis auf den ‚Zweck‘ in einer „finalen Subsumtion“ (*Scheuerle*) die Unterscheidung von Wertbehauptung und Wertbegründung überspielt.¹³ Analog wird die Polyvalenz des Zweckbegriffs genutzt, wenn dem ‚Zweck‘ eine Vermittlungsfunktion zwischen empirischen und normativen Aussagen zugeschrieben wird.¹⁴

Die Vieldeutigkeit des Zweckbegriffs kann über das bewusste und unbewusste Spiel mit den Bedeutungsebenen hinaus schließlich auch dazu dienen, ihn in Kontexten zu gebrauchen, die nur ganz entfernt Bezüge zu seinen begrifflichen Gehalten aufweisen. ‚Zweck‘ wird dann zur Chiffre. Problematisch wird dies, wo sich die Chiffre verselbständigt und die normativen Fragestellungen aus dem Blick geraten – etwa wenn Auseinandersetzungen über den Gegensatz von final und konditional programmierten Normen,¹⁵ von objektiver und subjektiver Auslegungstheorie¹⁶ oder von Recht- und Zweckmäßigkeit¹⁷ an die Stelle der eigentlich zu verhandelnden Fragen nach der Abgrenzung der Gewalten im Verfassungsstaat treten.

II. Die Aufarbeitung der ideengeschichtlichen Wurzeln des Zweckbegriffs und der Vielzahl seiner Verwendungsmöglichkeiten hat dazu geführt, dass die Vorstellung, es gebe *das Problem des Zwecks* im Recht, durch ein differenzierteres Bild ersetzt werden musste, in dem Zwecke auf ganz verschiedenen Ebenen des rechtswissenschaftlichen Diskurses in je unterschiedlichen Formen und Gestalten begegnen. Im Wege genealogischer Kritik wurde zudem offengelegt, wo der Begriff (strategisch) verzerrt oder als Chiffre gebraucht wird und welche (verfassungs-)theoretischen und (verfassungs-)rechtlichen Fragestellungen sich dahinter je verbergen.

Zugleich zeigt sich aber, dass sich das Nachdenken über die Bedeutung des Zweckbegriffs für das Verständnis des Rechts nicht in der Kritik arkaner teleologischer Figuren in Dogmatik und Methodik erschöpfen kann. So kann etwa die in der Rechtspraxis alltägliche Argumentation mit dem Zweck einer

¹³ Hierzu oben § 6 B. II. 1. und § 8 C. I. (insbes. § 8 Fn. 185).

¹⁴ Hierzu oben § 6 B. II. 2. und § 8 C. II., sowie schon § 4 B. III. 2.

¹⁵ Hierzu oben § 7 B. II., sowie die weiteren in § 7 und in § 8 B. diskutierten Fälle.

¹⁶ Hierzu oben § 8 B.

¹⁷ Hierzu oben § 7 C.

Rechtsnorm nicht einfach als rhetorische Figur oder als Chiffre abgetan werden, ohne Recht und Rechtsanwendung selbst in Verdacht zu bringen. Systematisiert man nun die allgemein akzeptierten und auch unmittelbar eingängigen Verwendungen des Zweckbegriffs im methodischen und dogmatischen Diskurs, zeigt sich, dass diese Verwendungen auf bestimmten (theoretischen) Annahmen über das Recht beruhen. Wenn gesetzliche Leitvorschriften den jeweiligen Normzweck festschreiben, dessen Verwirklichung sie dienen sollen, wenn in der Rechtsanwendung auf die Zwecke der Norm im Sinne der gesetzgeberischen Gestaltungsabsichten Bezug genommen wird oder wenn Normen den Rechtsanwender dazu auffordern, bestimmte Zweckmäßigkeitserüberlegungen anzustellen, die Prognosen über die Auswirkung seiner Entscheidung auf die soziale Welt einschließen, dokumentiert dies eine im Recht präsente Vorstellung vom Recht, die dieses als Resultat von Handlungen fasst, die normativen Anspruch erheben, auf praktische Wirksamkeit gerichtet und Ausdruck einer kollektiv intentionalen Einstellung sind.¹⁸ Mit anderen Worten wird das Recht hier als System von Akteuren konstruiert, die mit normativem Geltungsanspruch, sozialem Gestaltungsanspruch und (kollektiv) intentional handeln.

Man mag die darin zum Ausdruck kommenden Prämissen von einem rechtsexternen Standpunkt aus kritisieren. Doch kommt man nicht daran vorbei, dass positives Recht, Dogmatik und Methodik in ihrem Gebrauch des Zweckbegriffs eben mit einer entsprechenden Vorstellung von Recht als Handlungsordnung arbeiten. Das heißt letztlich, dass implizit alle Rechtsanwender sich ständig zu diesen Annahmen verhalten. Insoweit bedarf es eben einer rechtsimmanenten Theorie.¹⁹

Die gerade auch durch den Zweckbegriff kommunizierte Handlungsorientierung des Rechts wird in der Rechtswissenschaft jedoch vielfach als theoretische Position nicht ernst genug genommen. Besonders deutlich zeigt sich dies im Hinblick auf die intentionale Verwendungsdimension. Hier klafft eine Lücke zwischen einer Praxis, die unbefangen einen zweckgerichteten gesetzgeberischen Willen unterstellt und mit gesetzgeberischen Absichten argumentiert, und wissenschaftlichen Bemühungen, die sich weitgehend auf die Widerlegung von Theorieoptionen des ausgehenden 19. Jahrhunderts beschränken, statt die notwendigen Aktualisierungsversuche zu unternehmen. Diese Reflexionsverweigerung kann zum Legitimationsproblem werden. Das ist etwa der Fall, wenn der gesetzgeberische Wille für die Rechtsanwendung zur bloßen ‚Metapher‘ oder ‚Fiktion‘ wird, da dadurch sämtliche Kriterien zur Kontrolle des Begriffsgebrauchs ausgehebelt werden. Hier wurde dagegen versucht, diese dem Recht unterliegende Vorstellung in einer Theorie der Rechtsetzung als einer kollektiv intentionalen Aktivität eine Fassung zu ge-

¹⁸ Hierzu oben § 6 B. und § 8 C.

¹⁹ Hierzu oben § 1 B.

ben, die die berechtigten Einwände aufnimmt und auf dem Stand der aktuellen Sozialtheorie argumentiert.²⁰ Auf dieser theoretischen Grundlage ließen sich dann Maßstäbe für die methodische Rekonstruktion dieser theoretischen Prämissen in rechtlichen Verfahren bilden, die im Übrigen weitgehend der tatsächlichen Argumentationspraxis der Obergerichte entsprechen.²¹

III. Was bleibt zu tun? Das Potential einer rechtsimmanent entwickelten Rechtstheorie, die auf der Vorstellung von Recht als einem normativen, auf soziale Wirksamkeit bedachten, kollektiv intentionalen Projekt aufbaut, muss offen bleiben. Hier ging es allein darum, einen belastbaren Rahmen für die im rechtlichen Diskurs tatsächlich verwendeten ‚teleologischen‘ Denk- und Argumentationsformen zu bilden, die auf einer derartigen Vorstellung basieren. Ob darüber hinaus Probleme der Rechts- und Verfassungstheorie in diesen Rahmen integriert werden können, sich also etwa eine handlungstheoretisch und sozialpsychologisch fundierte Theorie der Rechtsgeltung oder eine neue Perspektive auf die demokratische Willensbildung als kollektiv intentionaler Aktivität entwerfen lässt, bedürfte weiterer Untersuchungen.

Auch konnten von den Konstellationen, in denen der ‚Zweck‘ in der ein oder anderen Form im juristischen Diskurs begegnet, hier nur einige repräsentative und besonders aussagekräftige diskutiert werden. Jetzt, zum Abschluss, lässt sich keine Übersicht nachtragen. Zu vielfältig sind die Fallgestaltungen. Auf eine besonders wichtige Konstellation ist jedoch abschließend noch einzugehen. Anhand der Kategorie der *Finalität* des Rechts der Europäischen Union ist exemplarisch zu veranschaulichen, wie die hier gewonnenen Einsichten erlauben, über die behandelten Fälle hinaus Verwendungen des Zweckbegriffs zu analysieren. Für das Unionsrecht konnte bereits gezeigt werden, dass die verbreitete Annahme, es weise im Unterschied zum nationalen Recht eine inhärent ‚finale‘ Struktur auf, keinen normtheoretisch validen Gehalt hat.²² Auch erschien die Figur des *effet utile* im Wesentlichen als Transformation bereits aus dem nationalen Recht bekannter (problematischer) Argumentationsstrategien auf die europäische Ebene, weniger als europarechtliche Besonderheit.²³ Wenn darüber hinaus hier noch eine kurze Anmerkung zum Konzept der Finalität der Union gemacht wird, versteht sich von selbst, dass eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den sich dabei stellenden Fragen nicht möglich ist. Dafür bedürfte es einer Aufarbeitung der entsprechenden normativen und theoretischen Grundlagen des Unionsrechts. Wenigstens andeutungsweise lassen sich jedoch einige Unterscheidungen treffen.

²⁰ Hierzu oben § 6 C. und § 8 D.

²¹ Hierzu insbesondere § 8 D.

²² Vgl. insbes. § 7 B. III.

²³ Vgl. § 8 B. IV.

Wie für jedes politische Projekt stellte und stellt sich auch auf europäischer Ebene die Frage nach den damit verfolgten Zielen. Insofern erstaunt es nicht, dass Beschreibungen der Union diesen Punkt schon immer adressiert haben. Entsprechende Ansätze reichen von der alten Charakterisierung der Union als „Zweckverband funktioneller Integration“²⁴ bis hin zur heutigen umfassenden Regelung der Unionsziele in Art. 3 EUV²⁵ und den korrespondierenden Regelungen in den nationalen Verfassungen.²⁶ Dass von diesen positivierten Unionszielen die Frage nach der *Finalität* der Union zu unterscheiden ist und diese nun ihren Sinn und ihre eigentliche Brisanz erst als „metarechtliche“ (*Kelsen*) Frage danach gewinnt, *welche* Ziele legitimerweise gerade die Union verfolgen soll und kann, hat sich in jüngerer Zeit besonders in der Diskussion um die Verfassungsfähigkeit der Union und die Verfassungsqualität der europäischen Verträge gezeigt.²⁷ Offensichtlich ist diese Diskussion noch lange nicht abgeschlossen.

Was aus der notwendigen Zielorientierung der Union dagegen für den Umgang mit dem Unionsrecht folgt, verhält sich nun allerdings wiederum ganz parallel zur Frage nach dem Verhältnis des Rechts im Nationalstaat zu den (unverständlich gewordenen) Staatszwecken und den (wenig aussagekräftigen) Staatszielen, so dass auf die entsprechenden obigen Ausführungen verwiesen werden kann.²⁸ Auch auf europäischer Ebene ist die alte Idee, eine politische Organisationsform könne als ein sich mit Notwendigkeit verwirklichendes und daher nicht in jeder einzelnen Entwicklungsstufe zu rechtfertigendes Projekt begriffen werden, mit der Unmöglichkeit konfrontiert, derartige Teleologien heute noch denken, geschweige denn begründen oder sinnvoll in rechtlichen Kategorien formulieren zu können. Stattdessen sind die mit der Union verbundenen Ziele als Verpflichtungen zu verstehen, an einer derartigen Ordnung unter den Bedingungen mitzuarbeiten, die in den konstituierenden Rechtstexten dokumentiert sind. Das bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als dass die auf die Verträge rückführbaren Ziele als Ausdruck eines entsprechend komplex zu rekonstruierenden europäischen Willensbildungsprozesses zu würdigen sind, deren Verwirklichung in den je zu treffen-

²⁴ *Ipsen*, Verfassungsperspektiven, 1970, S. 8 ff. Zum ideologischen Kontext und zum historischen Hintergrund der Formulierung vgl. etwa *Everling*, Vom Zweckverband zur Europäischen Union, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, S. 595 (608).

²⁵ Dazu nur *Reimer*, Ziele und Zuständigkeiten, EuR 2003, S. 992 ff.; *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 307 ff.

²⁶ Zu den „Europaklauseln“ in den mitgliedstaatlichen Verfassungen vgl. etwa *Pernice*, Zur Finalität Europas, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 743 (747 ff.).

²⁷ Dazu *Halter*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 279 ff.

²⁸ Hierzu oben § 6 A. Ausführlich dazu *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente, 2008, S. 307 ff.

den Entscheidungen anzustreben ist, wobei die Ziele als Gründe in die dabei geführten rechtlichen Diskurse eingebracht werden können.

Diese Detranszendentalisierung, die jedes Finalitätsdenken im Recht erleben muss, negiert keineswegs den Überschuss, der der Idee von einer übergreifenden, Freiheit und Recht verpflichteten europäischen Friedensordnung innewohnt. Diese Idee kann jedoch in Rechtsform konsequent nur in den Formen und Verfahren einer Rechtsgemeinschaft realisiert werden, ohne in ihr Gegenteil verkehrt zu werden. Lässt man sich dagegen vom Überschuss mitreißen, bedeutet das zwar nicht notwendig ein Zurück ins teleologische Denken früherer Zeiten. Doch widerspräche ein derartiges Vorgehen der inhaltlichen Offenheit einer Ordnung, die ihre rechtlichen Grundlagen und die von diesen instituierten Organisationen und Verfahren als Garanten ihrer Rationalität und als Gewährleistungen für die möglichst weitgehende Berücksichtigung all der Werte sieht, die nicht nur das grundgesetzliche Rechtsverständnis prägen, sondern die auch allgemeiner den im Grundgesetz vertypen und auf europäischer Ebene wieder aufgenommenen Konzepten von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zugrunde liegen. Die Frage nach der Finalität als Anlass zu verstehen, das Unionsrecht als „teleologisches Sinngebilde“ zu konzipieren, wäre daher ein Missverständnis und ein Rückfall in überholte Denkmuster.

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert*: Parlamentsrecht, Tübingen 1984.
- : Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. Heidelberg 1986.
- Albert, Hans-Peter*: Der Staat als „Handlungssubjekt“. Interpretation und Kritik der Staatslehre Georg Jellineks, Diss. Heidelberg 1988.
- Alexander, Jeffrey*: Habermas' neue Kritische Theorie. Anspruch und Probleme, in: Axel Honneth/Hans Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas' »Theorie des kommunikativen Handelns«, Frankfurt am Main 1986, S. 73–100.
- Alexander, Larry/Moore, Michael*: „Deontological Ethics“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2012 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/ethics-deontological>.
- Alexander, Larry/Prakash, Saikrishna*: “Is that English You’re Speaking?” – Why Intention Free Interpretation is an Impossibility, San Diego L. Rev. 41 (2004), S. 967–996.
- Alexander, Larry/Sherwin, Emily*: Demystifying Legal Reasoning, Cambridge 2008.
- Alexy, Robert*: Ermessensfehler, JZ 1986, S. 701–716.
- : Diskussionsbemerkung zu „Staatszwecke im Verfassungsstaat“, in: VVDStRL 48 (1990), S. 122–123.
- : Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, ARSP BH Nr. 37, 1990, S. 9–23.
- : Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994.
- : Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Göttingen 1997.
- : Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 6. Aufl. Frankfurt am Main 2008.
- Alexy, Robert/Dreier, Ralf*: Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany, in: Neil MacCormick/Robert Summers (Hrsg.), Interpreting Statutes. A Comparative Study, Aldershot 1991, S. 73–122.
- Allen, Colin*: „Teleological Notions in Biology“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2009 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/teleology-biology>.
- Angle, Stephen C.*: Should We All Be More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering, and Rights, Journal of the History of Ideas 61 (2000), S. 241–261.
- Anschütz, Gerhard*: Deutsches Staatsrecht, in: Franz von Holtzendorff/Josef Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd. 4, 7. Aufl. München u. a. 1914, S. 1–192.
- Anscombe, G. E. M.*: Intention, Oxford 1957.
- Anter, Andreas*: Georg Jellineks wissenschaftliche Politik. Positionen, Kontexte, Wirkungslinien, PVS 39 (1998), S. 503–526.
- : Max Weber und Georg Jellinek, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 67–86.

- : Modernität und Ambivalenz in Georg Jellineks Staatsdenken, in: ders. (Hrsg.), Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks, Baden-Baden 2004, S. 37–62.
- Anter, Andreas (Hrsg.): Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks, Baden-Baden 2004.
- Arendt, Hannah: *The Human Condition*, 2. Aufl. Chicago u. a. 1998.
- von Arnould, Andreas: Möglichkeiten und Grenzen dynamischer Interpretation von Rechtsnormen. Ein Beitrag zur Rekonstruktion autor-subjektiver Normauslegung, *Rechtstheorie* 33 (2001), S. 465–495.
- : Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine „idée directrice“ des Rechts, Tübingen 2006.
- Arndt, Hans Werner: Die Hermeneutik des 18. Jahrhunderts, in: Axel Bühler (Hrsg.), *Unzeitgemäße Hermeneutik. Verstehen und Interpretation im Denken der Aufklärung*, Frankfurt am Main 1994, S. 12–25.
- Auer, Marietta: Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht. Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: Andreas Heldrich/Jürgen Pröls et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München 2007, S. 931–962.
- Augsberg, Ino: Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, *Der Staat* 51 (2012), S. 117–125.
- Augsberg, Ino (Hrsg.): *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht. Analysen und Perspektiven*, Tübingen 2013.
- Austin, John: *Plea for the Constitution*, London 1859.
- : *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, London 1869.
- Bachof, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, *JZ* 1955, S. 97–102.
- Badura, Peter: *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen 1966.
- : Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen 1967.
- : Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Hans Domcke (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, München 1972, S. 157–181.
- : Politik und Staatsleitung durch Gesetzgebung, in: Rainer Pitschas/Arndt Uhle (Hrsg.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2007, S. 3–14.
- Baer, Susanne: Verwaltungsaufgaben, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1. Aufl. München 2006, § 11.
- Bähr, Otto: *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Cassel u. a. 1864.
- : *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München u. a. 1883.
- Baldus, Christian: Einleitung, in: Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung*, 2013, S. 1–4.
- : Gut meinen, gut verstehen?, in: ebd., S. 5–28.
- Balkin, Jack M.: *Living Originalism*, Cambridge (Mass.) 2011.
- Ballerstedt, Kurt: Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag für Walter Schmidt-Rimpler*, 1957, S. 369–402.

- von Bar, Carl Ludwig: Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, Leipzig 1871.
- Barak, Aharon: Purposive Interpretation in Law, Princeton 2005.
- Barbey, Günther: Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 22. Mai 1985, Berlin u. a. 1986.
- Barnett, Randy E.: Welcome to the New Originalism. A Comment on Jack Balkin's Living Originalism, Jerusalem Review of Legal Studies (2013), S. 1–7.
- Baron, Julius: Pandekten, 5. Aufl. Leipzig 1885.
- Bast, Jürgen: Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. Heidelberg 2009, S. 489–557.
- Baumann, Michael: Understanding as an Aim and Aims of Understanding, in: Gottfried Seebaß/Raimo Tuomela (Hrsg.), Social Action, Dordrecht 1985, S. 187–196.
- Beaud, Olivier: Savigny et le droit public. Plaidoyer pour une lecture politique de l'œuvre de Savigny, in: Jean-François Kervegan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Recht zwischen Natur und Geschichte, Frankfurt am Main 1997, S. 169–221.
- Behr, Wilhelm Joseph: Allgemeine Polizei-Wissenschaftslehre oder Pragmatische Theorie der Polizei-Gesetzgebung und -Verwaltung, Bd. 1, Bamberg 1848.
- Behrends, Okko: Das „Rechtsgefühl“ in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering, in: ders. (Hrsg.), Rudolf von Jhering, Über die Entstehung des Rechtsgefühls. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends, Napoli 1986, S. 57–184.
- : Rudolph von Jhering (1818–1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in: Fritz Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, Göttingen 1987, S. 229–269.
- : Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, Köln 1993, S. 7–36.
- : War Jhering ein Rechtspositivist? Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage, in: ebd., S. 131–160.
- von Beling, Ernst Ludwig: Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, Berlin 1922.
- Belvisi, Francesco: Die Positivität des Rechts beim frühen Jhering. Zwischen Formalismus und Realismus, in: Manuel Atienza/Enrico Pattaro et al. (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 429–458.
- Beneke, Friedrich Eduard: Pragmatische Psychologie, Bd. 1, Berlin 1850.
- Bentham, Jeremy: Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung (Bearbeitung Beneke), Bd. 1, Berlin 1830.
- : An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1823), London 1970.
- Benz, Arthur: Der Staat als politisches Projekt – eine theoretische Skizze, in: Stephan Bröckler/Hans-Joachim Lauth (Hrsg.), Politikwissenschaftliche Perspektiven, Wiesbaden 2008, S. 71–92.
- Berendt, Patrick: Die Bedeutung von Zweck- und Zielbestimmungen für die Verwaltung dargestellt am Beispiel der §§ 1 f. BNatSchG. Zugleich ein Beitrag zur Methode der Abwägung im Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2001.
- von Berg, Günther Heinrich: Handbuch des Teutschen Policyrechts, Bd. 1, 2. Aufl. Hannover 1802.

- Berger, Johannes*: Die Versprachlichung des Sakralen und die Entsprachlichung der Ökonomie, in: Axel Honneth/Hans Joas (Hrsg.), *Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas' »Theorie des kommunikativen Handelns«*, Frankfurt am Main 1986, S. 255–277.
- Berman, Mitchell N.*: Originalism is Bunk, *N.Y.U. L. Rev.* 84 (2009), S. 1–96.
- Bernatzik, Edmund*: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, *AöR* 5 (1890), S. 169–318.
- Beseler, Georg*: Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte, Göttingen 1835.
- Bethge, Herbert*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – 40 Jahre Grundgesetz, *DVBl.* 1989, S. 841–850.
- Beyme, Klaus von*: Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum, Opladen 1997.
- Binder, Julius*: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
- Binding, Karl*: Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.
- Biunde, Franz Xaver*: Versuch einer systematischen Behandlung der empirischen Psychologie, Bd. 2, Trier 1832.
- Blau, Adrian*: Habermas's Account of Rationality: Accept, Reject, or Revise and Resubmit?, <www.socialsciences.manchester.ac.uk/disciplines/politics/about/themes/mancept/workingpapers/documents/AdrianBlauHabermasAccountofRationalityFeb2011.pdf>
- Blumenberg, Hans*: „Teleologie“, in: Kurt Galing (Hrsg.), *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 6, 3. Aufl. Tübingen 1962, S. 674–677.
- BMJ/BMI*: Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1983.
- Bobbio, Norberto*: The Promotion of Action in the Modern State, in: Graham Hughes (Hrsg.), *Law, Reason and Justice. Essays in Legal Philosophy*, New York 1969, S. 189–206.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung. Aufriß eines Problems, *Archiv für Begriffsgeschichte* 12 (1968), S. 145–165.
- : Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *NJW* 1974, S. 1529–1548.
- : Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik, *NJW* 1976, S. 2089–2099.
- : „Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper (VII-IX)“, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 561–622.
- : Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl. Berlin 1981.
- : Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991.
- : Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main 1992, S. 67–91.
- : Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., *Staat – Nation – Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1999, S. 141–156.
- : Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 24.

- Boehmer, Justus Henning*: De interpretationis grammaticae fati et usu vario in iure Romano (Exercitatio III) (1742), in: ders., Exercitationes ad Pandectas, Bd. 1, Hannover u. a. 1745.
- von Bogdandy, Armin*: Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, *Der Staat* 40 (2001), S. 3–44.
- Böhlk, Hans Joachim/Unterseher, Lutz*: Die Folgen der Folgenorientierung, *JuS* 1980, S. 323–327.
- Boldt, Hans*: Staat, Recht und Politik bei Georg Jellinek, in: Andreas Anter (Hrsg.), Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks, Baden-Baden 2004, S. 13–36.
- Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig*: Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach preußischem Rechte, 2. Aufl. Berlin 1833.
- : Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 2., verm. u. verb. Ausg., Bd. 6, Berlin 1845.
- Braithwaite, R. B.*: Scientific Explanation, Cambridge 1953.
- Brandon, Robert B.*: Tales of the Mighty Dead. Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality, Cambridge (Mass.) u. a. 2002.
- Bratman, Michael*: Intentions and Means-End Reasoning, *Philosophical Review* 90, no. 2 (1981), S. 252–265.
- : Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency, Cambridge u. a. 1999.
- Brecher, Fritz*: Subjekt und Verband. Prolegomena zu einer Lehre von den Personenzusammenschlüssen, in: Rolf Dietz (Hrsg.), Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, München u. a. 1959, S. 233–259.
- Brest, Paul*: The Misconceived Quest for the Original Understanding, *Boston University L. Rev.* 60 (1980), S. 204–238.
- Breuer, Rüdiger*: Entwicklungen des europäischen Umweltrechts. Ziele, Wege und Irrwege, Berlin u. a. 1993.
- : Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht. Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, *NVwZ* 1997, S. 833–845.
- : Konditionale und finale Rechtsetzung, *AöR* 127 (2002), S. 523–574.
- : Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 271–291.
- : Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, *NVwZ* 2004, S. 520–530.
- : Pflicht und Kür bei der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, *ZfW* 2005, S. 1–22.
- : Betrachtungen zur Lage der Gesetzgebung, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen et al. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 345–362.
- Breyer, Stephen*: On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes, *Southern California L. Rev.* 65 (1992), S. 845–874.
- Brie, Siegfried*: Rezension zu: Felix Stoerk, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Göttingische gelehrte Anzeigen 1885, S. 888–896.
- : Theorie der Staatenverbindungen. Festschrift zur fünfhundertjährigen Jubelfeier der Universität Heidelberg im Namen und Auftrage der Universität Breslau, Stuttgart 1886.
- : Zur Theorie des constitutionellen Staatsrechts, *AöR* 4 (1889), S. 1–61.
- Brockmüller, Annette*: Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden 1997.

- Brohm, Winfried*: Diskussionsbemerkung zu „Staatszwecke im Verfassungsstaat“, in: VVDStRL 48 (1990), S. 147.
- Brugger, Winfried*: Staatszwecke im Verfassungsstaat, NJW 1989, S. 2425–2434.
- : Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), S. 1–34.
- : Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist, Der Staat 49 (2010), S. 405–434.
- : Georg Jellineks Statuslehre. National und international, AöR 136 (2011), S. 1–43.
- Bryde, Brun-Otto*: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.
- : Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, in: Hans- Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin u. a. 1989, S. 859–881.
- : Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin u. a. 1993.
- Bull, Hans Peter*: Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, S. 801–806.
- : „Vernunft“ gegen „Recht“? Zum Rationalitätsbegriff der Planungs- und Entscheidungslehre, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 179–199.
- Bullinger, Martin*: Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, AöR 96 (1971), S. 237–285.
- Bülow, Oskar*: Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, Das Recht 1906, Sp. 769 ff.
- Bumke, Christian*: Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998.
- : Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 1–31.
- : Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 33–48.
- Bumke, Christian (Hrsg.): Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012.
- Bung, Jochen*: Das Bett des Karneades. Zur Metakritik der Paradoxologie, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2008, S. 72–89.
- Busche, Hubertus*: „Teleologie; teleologisch“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, Basel 1998, Sp. 970–977.
- Busse, Dietrich*: Juristische Semantik, Berlin 1993.
- Butler, Judith*: Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, New York 1999.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Wien u. a. 1991.
- Callies, Graf-Peter*: Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, in: ders./Andreas Fischer-Lescano et al. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S. 465–480.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. Berlin 1983.
- : Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1983.

- Chang, Ruth*: Introduction, in: dies. (Hrsg.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge 1997, S. 1–34.
- Christensen, Ralph*: Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989.
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans*: Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, ARSP 88 (2002), S. 230–246.
- : Gesetzesbindung. Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008.
- Christensen, Ralph/Sokolowski, Michael*: Theorie und Praxis aus der Sicht der strukturierenden Rechtslehre, Rechtstheorie 32 (2001), S. 327–344.
- Coing, Helmut*: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln u. a. 1959.
- : Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, ARSP 54 (1968), S. 69–88.
- : Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, in: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1969, S. 149–171.
- : Rudolf von Ihering und Bentham. Interessenjurisprudenz und englische utilitaristische Philosophie, in: Günter Weick (Hrsg.), *375 Jahre Rechtswissenschaft in Gießen*, Gießen 1982, S. 1–14.
- : *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, München 1985.
- : in: Julius von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, 13. Aufl. Berlin 1995, Einleitung zum BGB.
- Coles, Christina*: Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß. Ein interdisziplinärer Ansatz, Frankfurt am Main u. a. 1991.
- Cornils, Matthias*: Die Ausgestaltung der Grundrechte. Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005.
- Cremer, Wolfram*: Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen, Tübingen 2004.
- : Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke, NVwZ 2004, S. 668–674.
- Danneberg, Lutz*: Sigmund Jacob Baumgartens biblische Hermeneutik, in: Axel Bühler (Hrsg.), *Unzeitgemäße Hermeneutik. Verstehen und Interpretation im Denken der Aufklärung*, Frankfurt am Main 1994, S. 88–157.
- von Danwitz, Thomas*: Verwaltungsrechtliches System und Europäischen Integration, Tübingen 1996.
- Davidson, Donald*: Handlungen, Gründe und Ursachen, in: Christoph Horn/Guido Löhner (Hrsg.), *Gründe und Zwecke*, Berlin 2010, S. 46–69.
- de Jonge, Christoph Morris*: Rudolf von Ihering und die Jurisprudenz, *Allgemeine Konservative Monatschrift* 1 (1893), S. 63–70.
- Dechsling, Rainer*: Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, München 1989.
- Deckert, Martina Renate*: Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995.
- Dennett, Daniel*: True Believers: The Intentional Strategy and Why It Works (1981), in: John Haugeland (Hrsg.), *Mind Design II*, Cambridge (Mass.) u. a. 1997, S. 57–79.
- Deppenheuer, Otto*: Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988.
- Descartes, René*: Die Prinzipien der Philosophie. Lateinisch-Deutsch. Übersetzt und herausgegeben von Christian Wohlers, Hamburg 2007.

- Dewey, John*: The Historic Background of Corporate Legal Personality, *Yale Law Journal* 35 (1925–1926), S. 655–673.
- : The Theory of Valuation (International Encyclopedia of Unified Science), Bd. 2 No. 4, Chicago 1939.
- Di Fabio, Udo*: Die Struktur von Planungsnormen, in: Wilfried Erbguth/Janbernd Oebbbecke et al. (Hrsg.), *Planung. Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 75–96.
- Diederichsen, Uwe*: Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart, in: Okko Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln 1993, S. 37–76.
- Dilthey, Wilhelm*: *System der Ethik. Gesammelte Schriften*, Bd. X, 4. Aufl. Göttingen 1981.
- Dohrn-van Rossum, Gerhard*: „Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper (I–VI)“, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 519–561.
- Dölemeyer, Barbara/Klippel, Diethelm*: *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, ZHF Beiheft 22, 1998.
- Dorndorf, Eberhard*: Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz: Die Beziehungen Philipp Hecks allgemeiner Auslegungstheorie zu Max Weber und Heinrich Rickert, *ARSP* 81 (1995), S. 542–562.
- Dreier, Horst*: Hans Kelsen und Niklas Luhmann. Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 419–458.
- : *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl. Baden-Baden 1990.
- : *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive*, Tübingen 1991.
- : Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 137–156.
- : *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hannover 1993.
- : *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, *JZ* 1997, S. 421–434.
- : *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen 2013.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. II: Art. 20 – 82, 2. Aufl. Tübingen 2006.
- Dreier, Johannes*: *Die normative Steuerung der planerischen Abwägung. Strikte Normen, generelle Planungsleitbegriffe, Planungsleitlinien und Optimierungsgebote*, Berlin 1995.
- Dreier, Ralf*: Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders., *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt am Main 1981, S. 106–145.
- : Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, *JZ* 1985, S. 353–359.
- : Der Begriff des Rechts, *NJW* 1986, S. 890–896.
- : Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Erwiderung auf Werner Krawietz, *Rechtstheorie* 18 (1987), S. 368–385.
- : Jherings Rechtstheorie. Eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in: Okko Behrends (Hrsg.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln 1993, S. 111–130.
- : Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, *ARSP* 88 (2002), S. 305–322.

- Driver, Julia*: „The History of Utilitarianism“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Summer 2009 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/utilitarianism-history>.
- Dühring, Eugen Karl*: *Cursus der Philosophie: Als streng wissenschaftlicher Weltanschauung und Lebensgestaltung*, Leipzig 1875.
- Durner, Wolfgang*: *Konflikte räumlicher Planungen. Verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche*, Tübingen 2005.
- Duve, Thomas*: *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900. Historisch-systematische Untersuchung des Lebens und Werks von Richard Schmidt (1862–1944) und der Methodenentwicklung seiner Zeit*, Ebelsbach 1998.
- Duxbury, Neil*: *Jhering's Philosophy of Authority*, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), S. 23–47.
- Dworkin, Ronald*: *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.) 1978.
–: *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) 1986.
- Ebel, Wilhelm*: *Geschichte der Gesetzgebung*, 2. Aufl. Göttingen 1988.
- Edelmann, Johann*: *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Bad Homburg u. a. 1967.
- Ehlers, Dirk*: *Staatliche Verwaltung*, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. Berlin u. a. 2010, § 1.
- Ehmke, Horst*: „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960.
–: *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in: *VVDStRL* 20 (1963), S. 53–102.
- Ehrlich, Eugen*: *Die juristische Logik*, 2. Aufl. Tübingen 1925.
- Eidenmüller, Horst*: *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995.
- Eifert, Martin*: *Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur*, *ZHR* 174 (2010), S. 449–485.
- Eisler, Rudolf*: „Zweck“, in: *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Bd. 2, Berlin 1904, S. 845–856.
–: *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2. Aufl. Berlin 1904.
–: *Der Zweck. Seine Bedeutung für Natur und Geist*, Berlin 1914.
- Ekins, Richard*: *The Nature of Legislative Intent*, Oxford 2012.
- Elsner, Thomas*: *Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders*, Berlin 2011.
- Emmenegger, Sigrid*: *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen 2006.
- Enders, Christoph*: *Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht – und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken*, *Der Staat* 35 (1996), S. 351–387.
–: *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge*, in: *VVDStRL* 64 (2005), Bd. 64, Berlin, S. 7–52.

- Engel, Christoph*: Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders./Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, S. 205–240.
- Engels, Friedrich*: Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft (1876–1878), in: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED (Hrsg.), *Marx-Engels-Werke*, Bd. 20, Berlin 1962, S. 1–303.
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. Stuttgart u. a. 2005.
- Engländer, Armin*: Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. Tübingen 1959.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, München 2014.
- Epple, Angelika*: Rezension von: Gerber: Analytische Metaphysik der Geschichte, sehpunkte 13, no. 6 (2013), <http://www.sehpunkte.de/2013/06/22769.html>.
- Eskridge, William N.*: Legislative History Values, *Chicago-Kent L. Rev.* 66 (1990), S. 365–440.
- : *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.) 1994.
- Eskridge, William N./Frickey, Philip P.*: The Making of The Legal Process, *Harvard L. Rev.* 107 (1993–1994), S. 2031–2055.
- Esser, Josef*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970.
- : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 3. Aufl. Tübingen 1974.
- Eucken, Rudolf*: Geschichte und Kritik der Grundbegriffe der Gegenwart, Leipzig 1878.
- : Eine Ethik der Gegenwart. Rezension von: Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht. Zweiter Band, Beilage zur Allgemeinen Zeitung Nr. 362, 30. Dezember 1883, S. 5329.
- Everling, Ulrich*: Vom Zweckverband zur Europäischen Union – Überlegungen zur Struktur der Europäischen Gemeinschaften, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hrsg.), *Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1977, S. 595–616.
- Falck, Niels*: *Juristische Encyklopädie*, 5. Aufl. Leipzig 1851.
- Falk, Ulrich*: Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Frankfurt am Main 1989.
- Farber, Daniel A./Frickey, Philip P.*: *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago u. a. 1991.
- Faßbender, Kurt*: Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die normative Umsetzung der neuen EG-Wasserrahmenrichtlinie, *NVwZ* 2001, S. 241–249.
- : Grundfragen und Herausforderungen des europäischen Umweltschutzrechts, *NVwZ* 2005, S. 1122–1133.
- Fehling, Michael*: Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß et al. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen 2008, S. 461–488.
- Fichte, Johann Gottlieb*: *System der Sittenlehre*, Jena u. a. 1798.
- Fikentscher, Wolfgang*: *Methoden des Rechts*, Bd. 3, Tübingen 1976.

- Fisahn, Andreas*: Die neoliberale Umformung des Umweltrechts, in: Christoph Butterwege/Bettina Lösch/Ralf Ptak (Hrsg.), Neoliberalismus. Analysen und Alternativen, Wiesbaden 2008, S. 164–180.
- : Grenzen des Konditionalprogramms und rechtliche Steuerung, *Scientia Juris* 1 (2011), S. 71–83.
- Fischer, Christian*: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007.
- Fish, Stanley*: *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham 1989.
- : Intention is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law, *Cardozo L. Rev.* 29 (2007–2008), S. 1109–1146.
- Fleischer, Holger*: Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, *AcP* 211 (2011), S. 317–351.
- : Gesetzesauslegung durch Befragung von Bundestagsabgeordneten?, *NJW* 2012, S. 2087–2091.
- Foljanty, Lena*: *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Tübingen 2013.
- Fonk, Christian F.*: Die konditionale Rechtsetzung in der Tradition Otto Mayers – ein antiquiertes Normstruktur- und Gesetzgebungsmodell?, *DVBl.* 2010, S. 626–633.
- Forst, Rainer*: Zum Begriff eines Rechtfertigungsnarrativs, in: Andreas Fahrmeir (Hrsg.), *Rechtfertigungsnarrative. Zur Begründung normativer Ordnung durch Erzählungen*, Frankfurt am Main u. a. 2013, S. 11–29.
- Förster, Eckart*: Von der Eigentümlichkeit unseres Verstands in Ansehung der Urteilskraft (§§ 74–78), in: Otfried Höffe (Hrsg.), *Immanuel Kant. Kritik der Urteilskraft*, Berlin 2008, S. 259–274.
- Forsthoff, Ernst*: Vom Zweck im Recht, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, Jg. IV (1937), S. 174–177.
- : *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle 1940.
- : *Ergänzungsgutachten: Ergänzende Bemerkungen zur Rechtswidrigkeit des Investitionshilfegesetzes*, Lüdenscheid 1954.
- : Über Maßnahme-Gesetze, in: Otto Bachof/Martin Drath et al. (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München 1955, S. 221–236.
- : Diskussionsbemerkung zu „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: *VVDStRL* 15 (1957), S. 83–86.
- : Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion/Ernst Forsthoff/Werner Weber (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Berlin 1959, S. 35–62.
- Foucault, Michel*: Was ist ein Autor?, in: ders., *Schriften zur Literatur*, Frankfurt am Main 1988, S. 7–31.
- Fouquet, Helmut*: Die allgemeinen materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung, *VerwArch* 87 (1996), S. 212–240.
- Fraenkel, Ernst*: *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York u. a. 1941.
- Franzius, Claudio*: Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 4.
- Frenzel, Eike Michael*: Das Gesetzgebungsverfahren – Grundlagen, Problemfälle und neuere Entwicklungen, Teil 1, *JuS* 2010, S. 27–30.

- von *Freytag Löringhoff, Bruno*: Christoph Sigwart, Tübingen 1830–1904. Festvortrag zu seinem 150. Geburtstag, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 35 (1981), S. 247–259.
- Friedmann, Wolfgang*: *Legal Theory*, 5. Aufl. London 1967.
- Friedrich, Manfred*: Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, *AöR* 111 (1986), S. 197–218.
- : *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1997.
- von *Frisch, Hans*: Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung, in: *Handbuch der Politik*, Bd. 1, Berlin u. a. 1912, S. 46–65.
- Frommel, Monika*: Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, *Ebelsbach* 1981.
- Fuchs, Ernst*: Juristischer Kulturkampf (1912), in: Albert S. Foulkes (Hrsg.), *Ernst Fuchs. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Bd. 2, Aalen 1973, S. 13–196.
- : *Jhering und die Freirechtsbewegung* (1918), in: Albert S. Foulkes/Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe 1965, S. 181–192.
- Fuller, Lon L.*: *The Morality of Law*, New Haven 1969.
- Funke, Andreas*: Wollen müssen, in: Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 175–188.
- Gagnér, Sten*: *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm u. a. 1960.
- Gans, Salomon Philipp*: *Das Erbrecht des Napoleonischen Gesetzbuchs in Deutschland*, Hannover 1810.
- Garbe, Detlef*: Der Marburger Militärjurist Prof. Erich Schwinge. Kommentator, Vollstrecker und Apologet nationalsozialistischen Kriegsrechts, in: Albrecht Kirschner (Hrsg.), *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter. Marburger Zwischenbilanz zur NS-Militärjustiz vor und nach 1945*, Marburg 2010, S. 109–130.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: *Europäisches Planungsrecht. Grundstrukturen eines Referenzgebiets des europäischen Verwaltungsrechts*, Tübingen 2009.
- : „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, *NVwZ* 2009, S. 1005–1011.
- Gardner, John*: Legal Positivism: 5 1/2 Myths, *American Journal of Jurisprudence* 46 (2001), S. 199–227.
- : *Law’s Aim in Law’s Empire*, in: Scott Hershovitz (Hrsg.), *Exploring Law’s Empire*, Oxford 2006, S. 103–118.
- : *Some Types of Law*, in: Douglas E. Edlin (Hrsg.), *Common Law Theory*, Cambridge 2007, S. 51–78.
- Gaudemet, Jean*: *Organicisme et évolution dans la conception de l’histoire du droit chez Jhering*, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen 1970, S. 29.
- Geis, Max-Emanuel*: *Parlamentsausschüsse*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III: *Demokratie. Bundesorgane*, 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 54.
- von *Gerber, Carl Friedrich*: *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen 1852.
- : *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 1. Aufl. Leipzig 1865.
- : *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2. Aufl. Leipzig 1869.
- Gerber, Doris*: *Analytische Metaphysik der Geschichte. Handlungen, Geschichten und ihre Erklärung*, Berlin 2012.

- Ghosh, Peter*: Max Weber and Georg Jellinek: Two Divergent Conceptions of Law, *Saeculum* 59 (2008), S. 299–347.
- Giddens, Anthony*: Die Konstitution der Gesellschaft. Grundzüge einer Theorie der Strukturierung, Frankfurt u. a. 1997.
- von Gierke, Otto*: Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 30 (1874), S. 265–335.
- : Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, *SchmJb* 7 (1883), S. 1097–1195.
- Gilbert, Margaret*: On Social Facts, London u. a. 1989.
- : Walking Together, *Midwest Studies in Philosophy* 15 (1990), S. 1–14.
- : Social Rules as Plural Subject Phenomena, in: Eerik Lagerspetz/Heikki Ikaheimo/Jussi Kotkavirta (Hrsg.), On the nature of social institutional reality, Helsinki 2001, S. 39–69.
- Glüer, Kathrin/Wikforss, Åsa*: „The Normativity of Meaning and Content“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2010 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/meaning-normativity>.
- Goerlich, Helmut*: „Formenmißbrauch“ und Kompetenzverständnis. Eine exemplarische Studie zur geschriebenen Verfassung im Bundesstaat, Tübingen 1987.
- Goldsworthy, Jeffrey*: Dworkin as an Originalist, *Constitutional Commentary* 17 (2000), S. 49–78.
- von Gönner, Nikolaus Thaddäus*: Ueber die zweckmäßige Einrichtung der Hypothekenbuchs nach Grundsätzen und Erfahrung, München 1823.
- Goy, Ina*: Die Teleologie der organischen Natur (§§ 64–68), in: Otfried Höffe (Hrsg.), Immanuel Kant. Kritik der Urteilskraft, Berlin 2008, S. 223–239.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 54. Lfg., München 2014.
- Graf, Friedrich Wilhelm*: Die Positivität des Geistigen. Rudolf Euckens Programm neoidealistic Universalintegration, in: Gangolf Hübinger/Rüdiger vom Bruch/Friedrich Wilhelm Graf (Hrsg.), Kultur und Kulturwissenschaften um 1900, Bd. 2, Stuttgart 1997, S. 53–85.
- Gramm, Christof*: Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.
- Grawert, Rolf*: „Gesetz“, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 863–922.
- : Gesetzgebung im Wirkungszusammenhang konstitutioneller Regierung, in: Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung, Berlin Beiheft zu „Der Staat“ 7 (1983), S. 113–160.
- Green, Donald P./Shapiro, Ian*: Pathologies of Rational Choice Theory. A Critique of Applications in Political Science, New Haven 1994.
- Green, Leslie*: Law, Co-ordination, and the Common Good, *Oxford Journal of Legal Studies* 3 (1983), S. 299–324.
- : Law as a Means, in: Peter Cane (Hrsg.), The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century, Oxford 2010, S. 169–188.
- : „Legal Positivism“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Fall 2009 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism>.
- Grice, H. Paul*: Studies in the Way of Words, Cambridge (Mass.) 1989.
- Grimm, Dieter*: Recht und Politik, *JuS* 1969, S. 501–510.

- : Methode als Machtfaktor (1980) in: ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, S. 347–372.
- : *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866*, Frankfurt 1988.
- : Diskussionsbemerkung zu „Staatszwecke im Verfassungsstaat“, in: *VVDStRL* 48 (1990), S. 134–136.
- : *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main 1991.
- : Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S. 613–646.
- : Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, S. 139–159.
- Groh, Kathrin*: *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen 2010.
- Gromitsaris, Athanasios*: *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering*, Berlin 1989.
- Groß, Thomas*: Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 13.
- Günther, Klaus*: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main 1988.
- Günther, Klaus*: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 51–68.
- : Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiros Simitis (Hrsg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2005, S. 255–274.
- Gusy, Christoph*: „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, *JZ* 1991, S. 213–222.
- : Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe. Verfassungsfragen der ‚Staatsaufgabe Sicherheit‘, *DÖV* 1996, S. 573–583.

- Häberle, Peter*: „Gemeinwohlljudikatur“ und Bundesverfassungsgericht, *AöR* 95 (1970), S. 86–125, 260–298.
- : Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970.
- : Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VVDStRL* 30 (1972), S. 43–141.
- : Effizienz und Verfassung. Zu Walter Leisner: Effizienz als Rechtsprinzip, *AöR* 98 (1973), S. 625–635.
- : Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 257–284.
- : Verfassungsrechtliche Staatsaufgabenlehre, *AöR* 111 (1986), S. 595–611.
- : *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3. Aufl. Berlin 1998.
- Habermas, Jürgen*: *Technik und Wissenschaft als „Ideologie“*, Frankfurt am Main 1968.
- : *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt am Main 1973.
- : *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main 1985.
- : Entgegnung, in: Axel Honneth/Hans Joas (Hrsg.), *Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas’ »Theorie des kommunikativen Handelns«*, Frankfurt am Main 1986, S. 327–405.
- : *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1962), Frankfurt am Main 1990.

- : Nachmetaphysisches Denken, Frankfurt am Main 1992.
- : Erläuterungen zur Diskursethik, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1992.
- : Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, in: ders., Erläuterungen zur Diskursethik, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1992, S. 100–118.
- : Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl. Frankfurt am Main 1994.
- : Theorie des kommunikativen Handelns (1981), Bd. 1, Frankfurt am Main 1995.
- : Sprechakttheoretische Erläuterungen zum Begriff der kommunikativen Rationalität, Zeitschrift für philosophische Forschung 50 (1996), S. 65–91.
- : Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics, 3. Aufl. Cambridge (Mass.) 2001.
- Haferkamp, Hans-Peter*: Eingemauert in der Pyramide, Rechtsgeschichte 5 (2004), S. 259–261.
- : Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt am Main 2004.
- : Die sog. Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), Die Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee, Wiesbaden 2010, S. 79–99.
- : Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts, Göttingen 2010, S. 181–211.
- : Darwinrezeptionen in der Rechtsgeschichtswissenschaft, in: Ludwig Siep (Hrsg.), Evolution und Kultur, Paderborn u. a. 2011, S. 35–59.
- Hager, Günter*: Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009.
- Hager, Mark M.*: Bodies Politic. The Progressive History of Organizational Real Entity Theory Essay U. Pitt. L. Rev. 50 (1988–1989), S. 575–654.
- Hain, Karl-E.*: Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum – ein dogmatisches Problem rechtstheoretisch betrachtet, in: Rainer Grote/Ines Härtel et al. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen 2007, S. 35–54.
- Halbig, Christoph/Henning, Tim*: Die neue Kritik der instrumentellen Vernunft, in: dies. (Hrsg.), Die neue Kritik der instrumentellen Vernunft, Berlin 2012, S. 7–58.
- Halbig, Christoph/Henning, Tim (Hrsg.): Die neue Kritik der instrumentellen Vernunft, Berlin 2012.
- von Haller, Carl Ludwig*: Restauration der Staatswissenschaft, Bd. 1, 2. Aufl. Winterthur 1820.
- Haltern, Ulrich*: Finalität, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. Berlin u. a. 2009, S. 279–331.
- Hansmann, Klaus*: Harmonisierung unterschiedlicher Normstrukturen im europäischen und im deutschen Umweltrecht, NVwZ 2006, S. 51–54.
- Hart, H. L. A.*: Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 68–78.
- : Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983.
- : The Concept of Law, 2. Aufl. Oxford 1994.
- Hart, Henry Melvin/Sacks, Albert M. et al.*: The Legal Process. Basic problems in the making and application of law, Westbury (N.Y.) 1994.
- von Hartmann, Eduard*: Philosophie des Unbewussten (1869), 2. Aufl. Berlin 1870.
- : Kategorienlehre, Leipzig 1896.

- Hartmann, Gustav*: Die Obligation. Untersuchung über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875.
- Hartmann, Nicolai*: Teleologisches Denken, Berlin 1951.
- Hassemer, Winfried*: Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 213–219.
–: Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie 39 (2008), S. 1–22.
- Hassold, Gerhard*: Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes, ZZP 94 (1981), S. 192–210.
–: Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 211–240.
- Hattenhauer, Hans*: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. Heidelberg 1996.
- Haverkate, Görg*: Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977.
–: Rechtsfragen des Leistungsstaats, Tübingen 1983.
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1–318.
–: Rezension zu: Mayer, Rechtsphilosophie, AcP 121 (1923), S. 128–138.
–: Rezension zu: Binder, Philosophie des Rechts, AcP 128 (1928), S. 112–120.
–: Max v. Rümelin, AcP 134 (1931), S. 259–288.
–: Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. Tübingen 1932.
–: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
–: Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a.M., Tübingen 1933.
–: Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner (Teil I und II), AcP 142 (1936), S. 129–202 und 297–332.
–: Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, AcP 143 (1937), S. 129–196.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: Wissenschaft der Logik, Bd. 2, Nürnberg 1816.
–: Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (3. Aufl. 1830), Frankfurt am Main 1970.
- Hegenbarth, Rainer*: Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung, Königstein 1982.
- Heidegger, Martin*: Über den Humanismus, Frankfurt am Main 1949.
- Heidemann, Carsten*: Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Michael Stoll-eis/St Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 17–34.
- Heinig, Hans Michael*: Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008.
- Heintel, Erich*: „Eine (das), Einheit“, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel u. a. 1972, Sp. 377–384.
- Heldrich, Andreas*: Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts?, JuS 1974, S. 281–288.
- Helfer, Christian*: R. v. Jhering als Rechtssoziologe, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 20 (1968), S. 552–571.
–: Jherings Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 79–88.
- Heller, Hermann*: Die Krisis der Staatslehre, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289–316.
–: Staatslehre, 4. Aufl. Leiden 1970.
- Henke, Wilhelm*: Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968.

- Henne, Thomas/Kretschmann, Carsten*: Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion. Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885), *Ius Commune* 26 (1999), S. 211–237.
- Hensche, Martin*: Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik. Eine Untersuchung am Beispiel des Arbeitskämpfrechts, Baden-Baden 1998.
- Herberger, Maximilian*: „Recht“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 8, Basel 1992, Sp. 221–229.
- Herzberg, Rolf D.*: Kritik der teleologischen Auslegung, *NJW* 1990, S. 2525–2530.
- : Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, *JuS* 2005, S. 1–7.
- Herzog, Lisa/Wischmeyer, Thomas*: „Moral Luck“ in Moral und Recht. Ein induktiver Vergleich zweier normativer Ordnungen anhand des Umgangs mit dem Zufall, *ARSP* 99 (2013), S. 212–227.
- Hespe, Klaus*: Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln u. a. 1964.
- Hesse, Konrad*: Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959.
- : Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 71–95.
- : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995.
- Heun, Werner*: Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers, *AöR* 116 (1991), S. 185–209.
- Hiebaum, Christian*: Zur Unvermeidlichkeit von Zielsetzungen im juristischen Diskurs – Ein Argument gegen Dworkin, *ARSP* 88 (2002), S. 86–101.
- : Rechte und Ziele: Eine Dekonstruktion, in: ders./Peter Koller (Hrsg.), *Politische Ziele und juristische Argumentation (ARSP Beiheft 92)*, Stuttgart 2003, S. 27–45.
- Hilgendorf, Eric*: Das Problem der Wertfreiheit in der Jurisprudenz, in: ders./Lothar Kuhlen (Hrsg.), *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, Heidelberg 2000, S. 1–32.
- Hill, Hermann*: Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. München 2012, § 34.
- Hill, Hermann/Hof, Hagen (Hrsg.): *Wirkungsforschung zum Recht II: Verwaltung als Adressat und Akteur*, Baden-Baden 2000.
- : *Wirkungsforschung zum Recht III: Folgen von Gerichtsentscheidungen*, Baden-Baden 2001.
- Hillgruber, Christian*: Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, *JZ* 1996, S. 118–125.
- : Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg, § 201.
- Hilse, Carl*: *Civil- und Misch-Ehe*, Berlin 1869.
- von Hippel, Ernst*: Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der „reinen Rechtslehre“ Kelsens, *AöR* 44 (1923), S. 327–346.
- : Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924.
- : Über Objektivität im öffentlichen Recht, *AöR* 51 (1927), S. 393–419.
- : *Rechtsgesetz und Naturgesetz*, Halle (Saale) 1942.
- Hirschberg, Lothar*: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen 1981.
- Hoerster, Norbert*: Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, *NJW* 1986, S. 2480–2482.

- : Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, in: Ralf Dreier (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (ARSP BH Nr. 37), 1990, S. 24–32.
- Hof, Hagen/Lübbe-Wolff, Gertrude (Hrsg.): *Wirkungsforschung zum Recht I: Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen*, Baden-Baden 1999.
- Hofer, Sibylle*: *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001.
- Höffe, Otfried*: *Einführung in Kants Kritik der Urteilskraft*, in: ders. (Hrsg.), *Immanuel Kant. Kritik der Urteilskraft*, Berlin 2008, S. 1–23.
- : *Urteilskraft und Sittlichkeit. Ein moralischer Rückblick auf die dritte Kritik*, in: ders. (Hrsg.), *Immanuel Kant. Kritik der Urteilskraft*, Berlin 2008, S. 351–366.
- Hoffmann, Birgit*: *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG*, Berlin 2003.
- Hoffmann, Thomas Sören*: „Zweck; Ziel“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 12, Basel 2005, Sp. 1486–1510.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: *Bericht über die Jahrestagung 1975 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, AöR 101 (1976), S. 89–100.
- : *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Eine einleitende Problemskizze*, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 1998, S. 11–57.
- : *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 10.
- : *Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen*, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. München 2012, § 33.
- Hofmann, Ekkehard*: *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Tübingen 2007.
- Hofmann, Hasso*: *Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes*, in: Christian Starck (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen 1987, S. 9–48.
- : *Rechtspositivismus bei Jhering. Eine Diskussionsbemerkung*, in: Martin Avenarius/Rudolf Meyer-Pritzl/Cosima Möller (Hrsg.), *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, S. 217–222.
- : *Rechtsphilosophie nach 1945. Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 2012.
- Höger, Harro*: *Die Bedeutung von Zweckbestimmungen in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1976.
- Hollerbach, Alexander*: *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt am Main 1957.
- Holmes, Oliver Wendell*: *The Theory of Legal Interpretation*, Harvard L. Rev. 12 (1899), S. 417–420.
- Homann, Karl*: *Die Interdependenz von Zielen und Mitteln*, Tübingen 1980.
- Hong, Mathias*: *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte* (Manuskript), i. V.
- Honsell, Thomas*: *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach 1982.
- Höpfner, Clemens*: *Der Wortlaut ist tot, es lebe die Gesetzesbindung!*, NJW Heft 15/2012, Editorial.
- Hoppe, Werner*: *Der Fortbestand wirtschaftslenkender Maßnahmegesetze bei Änderung wirtschaftlicher Verhältnisse. Ein Beitrag zum Geltungsbegriff bei Maßnahmegesetzen*, DÖV 1965, S. 546–553.

- : Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl. 1974 S. 641–647.
- : Planung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 77.
- Hoppe, Werner/Bönker, Christian/Grotefels, Susan*: Öffentliches Baurecht. Raumordnungsrecht, Städtebaurecht, Bauordnungsrecht, 4. Aufl. München 2010.
- Hopt, Klaus*: Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung, JZ 1972, S. 65–75.
- Horkheimer, Max*: Eclipse of Reason, New York 1947.
- Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W.*: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente (1944), Frankfurt am Main 1988.
- Horn, Christoph/Löhrer, Guido*: Einleitung: Die Wiederentdeckung teleologischer Handlungserklärungen, in: dies. (Hrsg.), Gründe und Zwecke. Texte zur aktuellen Handlungstheorie, Berlin 2010, S. 7–45.
- Horn, Christoph/Löhrer, Guido (Hrsg.): Gründe und Zwecke. Texte zur aktuellen Handlungstheorie, Frankfurt am Main 2010.
- Horn, Norbert*: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. Heidelberg 2011.
- Hsieh, Nien-hê*: „Incommensurable Values“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Fall 2008 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/value-incommensurable>.
- Huber, Ernst Rudolf*: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (Teil 4), DÖV 1956, S. 200–207.
- Huber, Konrad*: Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff, Berlin 1961.
- Hübinger, Gangolf*: Staatstheorie und Politik als Wissenschaft im Kaiserreich: Georg Jellinek, Otto Hintze, Max Weber, in: Hans Maier (Hrsg.), Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988, S. 143–161.
- Hübner, Joachim Ludwig Gottlieb*: System des allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten, mit Ausschluß des peinlichen Rechts, Bd. 1,1, Hildesheim 1806.
- Hueber, Alfons*: Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin 1981.
- Hufeland, Gottlieb*: Ueber den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichen neuer Gesetzgebungen, Bd. 1, Giessen 1815.
- Hühn, Helmut*: „Zweckrationalität“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 12, Basel 2005, Sp. 1511–1514.
- Huneman, Philippe (Hrsg.): Understanding Purpose. Kant and the Philosophy of Biology, Rochester (NY) u. a. 2007.
- Hurwicz, Elias*: Die Stellung Rudolph von Jherings in der deutschen Rechtswissenschaft, Berlin 1911.
- Huster, Stefan*: Rechte und Ziele, Berlin 1993.
- : Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, JZ 1994, S. 541–549.
- : Die Ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2002.
- Ibler, Martin*: Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, Berlin 1988.
- : Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen vom Preußischen Oberverwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht, Tübingen 1999.

- Ipsen, Hans Peter*: Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, Hamburg 1937.
- : Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 17. April 1970, Berlin 1970.
 - : Rezension zu Stern, Staatsrecht Bd. 1, AöR 103 (1978), S. 413–424.
 - : Rezension zu Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, DVBl. 1998, S. 357.
- Ipsen, Jörn*: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.
- Isensee, Josef*: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin u. a. 1983.
- : Staat und Verfassung, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 1. Aufl. Heidelberg 1987, § 13.
 - : Staat und Verfassung, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Historische Grundlagen, 3. Aufl. Heidelberg 2003, § 15.
 - : Staatsaufgaben, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 73.
 - : Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 71.
 - : Die Staatlichkeit der Verfassung, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, S. 199–270.
- Itzcovich, Giulio*: The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice, German Law Journal 10 (2009), S. 537–560.
- Jacob, Pierre*: „Intentionality“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Fall 2010 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/intentionality>.
- Jakobs, Horst Heinrich*: Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhundert, Paderborn u. a. 1983.
- Janssen, Albert*: Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens, Göttingen 1975.
- : Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts. Untersuchungen zu den demokratischen und grundrechtlichen Schranken der gesetzgeberischen Befugnisse, Tübingen 1990.
- Jellinek, Camilla*: Ein Lebensbild, entworfen von seiner Witwe, in: Georg Jellinek, Ausgewählte Schriften und Reden (Neudruck), Berlin 1970, S. 5*–140*.
- Jellinek, Georg*: Die socialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878.
- : Die Beziehungen Goethe's zu Spinoza. Vortrag, gehalten im Verein der Literaturfreunde zu Wien, Wien 1878.
 - : Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, Wien 1885.
 - : Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887.
 - : System der öffentlichen Rechte, 1. Aufl. Freiburg 1892.
 - : Das Recht der Minoritäten, Wien 1898.
 - : System der öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905.
 - : Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, Heidelberg 1907.
 - : Die Weltanschauungen Leibniz' und Schopenhauers (1872), in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 1, Berlin 1911, S. 3–41.

- : Smith und Kant (1877), in: ebd., Bd. 1, S. 42–54.
- : Adam in der Staatslehre (1893), in: ebd., Bd. 2, S. 23–44.
- : An der Bahre Kuno Fischers (1907), in: ebd., Bd. 1, S. 362–367.
- : Aus einem Notizbuche, in: ebd., Bd. 1, S. 164–176.
- : Die Entstehung der modernen Staatsidee (1894), in: ebd., Bd. 2, S. 45–63.
- : Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Berlin 1914.
- Jellinek, Walter*: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931.
- Jellinghaus, Lorenz*: Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur. Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2006.
- Jenkins, Iredell*: Rudolf von Jhering, *Vanderbilt L. Rev.* 14 (1960–1961), S. 169–190.
- Jesch, Dietrich*: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, *AöR* 82 (1957), S. 163–249.
- : Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung *contra legem?*, *JZ* 1963, S. 241–245.
- Jestaedt, Matthias*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.
- : Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006.
- : „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, S. 241–281.
- : Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, Paderborn u. a. 2009.
- : Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. Berlin u. a. 2010, § 11.
- : Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Christian Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Tübingen 2012, S. 49–70.
- von Jhering, Rudolf*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I, 1. Aufl. Leipzig 1852.
- : Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II/1, 1. Aufl. Leipzig 1854.
- : Unsere Aufgabe, *JheringsJb* 1 (1857), S. 1–52.
- : Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II/2, 1. Aufl. Leipzig 1858.
- : Friedrich Karl von Savigny, *JheringsJb* 5 (1861), S. 354–376.
- : Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III, 1. Aufl. Leipzig 1865.
- : Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II/2, 2. Aufl. Leipzig 1869.
- : Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, *JheringsJb* 10 (1871), S. 245–354.
- : Kampf um's Recht, 1. Aufl. Wien 1872.
- : Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1. Aufl. Leipzig 1877.
- : Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, *JheringsJb* 18 (1880), S. 1–128.
- : Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik, *SchmJb* 6 (1882), S. 1–28.
- : Der Zweck im Recht, Bd. 2, 1. Aufl. Leipzig 1883.
- : Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl. Leipzig 1884.
- : Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, *JheringsJb* 23 (1885), S. 155–338.

- : Der Zweck im Recht, Bd. 2, 2. Aufl. Leipzig 1886.
- : Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, Jena 1889.
- : Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 5. Aufl. Leipzig 1892.
- : Der Besitz, JheringsJb 32 (1893), S. 41–98.
- : Vorgeschichte der Indoeuropäer, Leipzig 1894.
- : Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, Leipzig 1894.
- : Der Zweck im Recht, Bd. 2, 3. Aufl. Leipzig 1898.
- : Der Zweck im Recht, Bd. 1, 4. Aufl. Leipzig 1904.
- : Kampf um's Recht, 21. Aufl. Berlin 1925.
- : Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Neudruck der 13. Aufl. von 1924, Darmstadt 1964.
- : Über die Entstehung des Rechtsgefühls (1884), in: Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften, hrsg. von Christian Rusche, Nürnberg 1965, S. 275–302.
- : Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung (1894), in: ebd., S. 401–444.
- : Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, Aalen 1971.
- : Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, hrsg. von Okko Behrends, Göttingen 1998.
- Joas, Hans*: Die unglückliche Ehe von Hermeneutik und Funktionalismus, in: Axel Honneth/Hans Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas' »Theorie des kommunikativen Handelns«, Frankfurt am Main 1986, S. 144–176.
- Joerges, Christian*: Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process, *Comparative Sociology* 9 (2010), S. 65–85.
- : German Perspectives and Fantasies, *German Law Journal* 12 (2011), S. 10–27.
- Johns, Fleur* (Hrsg.): *International Legal Personality*, Farnham u. a. 2010.
- Jouanjan, Olivier*: *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800–1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris 2005.
- : Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft. Zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert, *ZRG GA* 125 (2008), S. 367–398.
- : Georg Jellinek als Philosoph, in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth (Hrsg.), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller*, Berlin 2008, S. 135–153.

- Kahl, Wolfgang*: *Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden*, Tübingen 2000.
- : What Is 'New' about the 'New Administrative Law Science' in Germany?, *European Public Law* 16, no. 1 (2010), S. 105–121.
- : Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. München 2013, § 47.
- Kahn, Paul W.*: *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago 1999.
- Kaiser, Anna-Bettina*: Ist die Begriffsgeschichte noch zu retten? Ein Wiederbelebungsversuch, *Rechtsgeschichte* 19 (2011), S. 142–151.
- Kant, Immanuel*: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in: *Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Kant. Gesammelte Schriften*, Bd. IV, 2. Aufl. 1911, Nachdruck 1973, S. 385–463.

- : Über den Gebrauch teleologischer Principien in der Philosophie (1788), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Bd. VIII, 2. Aufl. 1923, Nachdruck 1969, S. 157–184.
 - : Kritik der Urtheilskraft (1790), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Bd. V, 2. Aufl. 1913, Nachdruck 1962, S. 165–485.
 - : Preisschrift über die Fortschritte der Metaphysik (1791), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Bd. XX, 1942, Nachdruck 1962, S. 253–332.
 - : Zum ewigen Frieden (1795), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Bd. VIII, 2. Aufl. 1923, Nachdruck 1969, S. 341–386.
 - : Die Metaphysik der Sitten (1797), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Bd. VI, 2. Aufl. 1914, Nachdruck 1969, S. 203–493.
- Kantorowicz, Ernst*: The King's two bodies. A study in mediaeval political theology, 7. Aufl. Princeton u. a. 1997.
- Kantorowicz, Hermann*: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.
- : Rechtswissenschaft und Soziologie, Tübingen 1911.
 - : Die Epochen der Rechtswissenschaft, Die Tat 6 (1914), S. 345–361.
 - : Jherings Bekehrung, Deutsche Richterzeitung 1914, Sp. 84–87.
 - : Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, Mannheim u. a. 1925.
 - : Some Rationalism about Realism, Yale Law Journal 43 (1934), S. 1240–1253.
 - : Rechtshistorische Schriften, Karlsruhe 1970.
- Kaufhold, Ann-Katrin*: Systemaufsicht. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken im Finanzsystem als Ausprägung einer neuen Aufsichtsform, Die Verwaltung 46 (2013), S. 21–57.
- Kaufmann, Erich*: Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, Heidelberg 1908.
- : Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe, Tübingen 1911.
 - : Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921.
 - : Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2–24.
- Keller, Christian*: Biographische Ansichten. Georg Jellinek in seinen Briefen an Victor Ehrenberg, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 87–99.
- : Victor Ehrenberg und Georg Jellinek: Briefwechsel 1872–1911, Frankfurt am Main 2005.
- Kelsen, Hans*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1. Aufl. Tübingen 1911.
- : Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingens Philosophie des Als-ob, Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630–658.
 - : Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920.
 - : Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922.
 - : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. Tübingen 1923.
 - : Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.

- : Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl. Leipzig u. a. 1934.
- : General Theory of Law and State, Cambridge (Mass.) 1945.
- : Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960.
- : Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.
- : Die soziologische und die juristische Staatsidee (Übersetzung von: Sociologická a právnícká idea státní) (1913/1914), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 3, Tübingen 2010, S. 201–234.
- Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus (Hrsg.): Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012.
- Kempter, Klaus*: Die Jellineks 1820–1955. Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum, Düsseldorf 1998.
- : Judentum, Liberalismus, Nationalismus. Biographische Prägungen von Georg Jellineks politischer Persönlichkeit, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 53–65.
- Kennedy, Duncan*: Form and Substance in Private Law Adjudication, Harvard L. Rev. 89 (1975–1976), S. 1685–1778.
- Kersten, Jens*: Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Tübingen 2000.
- : Die Abwägung im Bauplanungsrecht, Jura 2013, S. 478–491.
- : Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung der Jahre 2004–2012, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87–121.
- Kierulff, Johann Friedrich Martin*: Theorie des gemeinen Civilrechts, Altona 1839.
- Kim, Alan*: „Wilhelm Maximilian Wundt“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Fall 2008 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/wilhelm-wundt>.
- Kirby, Michael*: Towards a Grand Theory of Interpretation. The Case of Statutes and Contracts, Statute L. Rev. 24 (2003), S. 95–111.
- Kirchheimer, Otto*: Changes in the Structure of Political Compromise, Studies in Philosophy and Social Science 9 (1941), S. 264–289.
- Kirchhof, Gregor*: Die Allgemeinheit des Gesetzes. Über einen notwendigen Garanten der Freiheit, der Gleichheit und der Demokratie, Tübingen 2009.
- Kirchhof, Paul*: Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, S. 965–974.
- : Die Identität der Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 21.
- von Kirchmann, Julius*: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848.
- Klatt, Matthias*: Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004.
- : Die Wortlautgrenze, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Bd. 2, Berlin 2005, S. 343–368.
- Klemann, Bernd*: Jherings Wandlung, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990), Frankfurt am Main 1991, S. 130–150.
- Klement, Jan Henrik*: Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.
- Klenner, Hermann*: Rechtsphilosophie im Deutschen Kaiserreich, ARSP Beiheft 43 (1991), S. 11–17.

- Klippel, Diethelm*: Juristischer Begriffshimmel und funktionale Rechtswelt. Rudolf von Jhering als Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, S. 116–135.
- Kloepfer, Michael*: Die europäische Herausforderung. Spannungslagen zwischen deutschem und europäischem Umweltrecht, *NVwZ* 2002, S. 645–657.
- Klug, Ulrich*: *Juristische Logik*, 3. Aufl. Berlin u. a. 1966.
- Klüsener, Robert*: Die Bedeutung der Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit in § 68 I 1 VwGO, *NVwZ* 2002, S. 816–821.
- Knapp, Ludwig*: *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen 1857.
- Knemeyer, Franz-Ludwig*: Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen, *DÖV* 1978, S. 11–17.
- Koch, Christian Friedrich*: *Das Preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt*, Berlin 1866.
- Koch, Hans-Joachim*: Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Wilfried Erbguth/Janbernd Oebbecke et al. (Hrsg.), *Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlass seiner Emeritierung*, Köln u. a. 1996, S. 9–24.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*: *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982.
- Köck, Wolfgang*: Pläne, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. München 2012, § 37.
- Koellreutter, Otto*: Die Krisis der deutschen Staatslehre, *Süddeutsche Monatshefte* 26 (1929), S. 307 ff.
- Kohler, Josef*: Über die Interpretation von Gesetzen, *GrünhutsZ* 13 (1886), S. 1–24.
- : *Rechtsphilosophie und Universalgeschichte*, in: Franz von Holtzendorff/Josef Kohler (Hrsg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Bd. 1, 7. Aufl. München u. a. 1915, S. 1.
- : *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin u. a. 1917.
- Köhnke, Klaus Christian*: *Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus*, Frankfurt am Main 1986.
- König, Klaus*: Zur Rationalität öffentlicher Verwaltung, in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, Berlin 2004, S. 87–103.
- Koppelman, Andrew*: Why Jack Balkin Is Disgusting, *Constitutional Commentary* 27 (2010), S. 177–188.
- Kori, August Siegmund*: *Die Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten*, Leipzig 1811.
- Korioth, Stefan*: Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, *AöR* 117 (1992), S. 212–238.
- : Die Staatszwecklehre Georg Jellineks, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, S. 117–132.
- Kornhauser, Lewis*: „The Economic Analysis of Law“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2011 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis>.
- Kornmeier, Claudia*: Rede zu Protokoll. Der Bundestag formalisiert ein lange praktiziertes Verfahren, *DÖV* 2010, S. 676–683.
- Korsgaard, Christine M.*: *The Sources of Normativity*, New York 1996.

- : The Normativity of Instrumental Reason (1997), in: dies., *The Constitution of Agency*, Oxford 2008, S. 26–68.
- Koselleck, Reinhart*: Einleitung, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, Stuttgart 1972, S. XIII–XXVII.
- : Über die Verfügbarkeit der Geschichte, in: ders., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt am Main 1989, S. 260–277.
- : *Vergangene Zukunft der frühen Neuzeit*, in: ebd., S. 17–37.
- : *Historia Magistra Vitae*, in: ebd., S. 38–66.
- : *Vergangene Zukunft*, Frankfurt am Main 1989.
- Kraatz, Stephan*: Die Zweckambivalenz des Gentechnikgesetzes. Der Schutz- und Förderzweck in § 1 GenTG, Baden-Baden 1993.
- Kramer, Ernst A.*: *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. Bern u. a. 2013.
- Krautzberger, Michael*: in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, *Baugesetzbuch*, 11. Aufl. München 2009, § 1.
- Krawietz, Werner*: *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlin 1967.
- : Zur Kritik am Begriff des Maßnahmegesetzes, *DÖV* 1969, S. 127–135.
- : „Freirechtslehre“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2, Basel 1972, Sp. 1098–1102.
- : Diskussionsbemerkung zu „Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung“, in: *VVDStRL* 34 (1976), S. 114–115.
- : „Interessenjurisprudenz“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4, Basel 1976, Sp. 494–514.
- : Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster, *Rechtstheorie* 18 (1987), S. 209–254.
- : Are There ‘Collective Agents’ in Modern Legal Systems? An Institutional and Systems Theoretical Puzzle in Recent Theories of Norms and Action, in: Georg Meggle (Hrsg.), *Actions, Norms, Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, Berlin u. a. 1999, S. 273–278.
- : Institutionelle öffentliche Planung als soziale Handlungs- und Entscheidungsform? Zeitgenössische Normen- und Handlungstheorien im Übergang, in: Wilfried Erbguth/Janbernd Oebbecke et al. (Hrsg.), *Planung. Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 97–110.
- Krebs, Walter*: Baurecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. Berlin 2008, S. 451–590.
- Kremer, Carsten*: *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, Frankfurt am Main 2008.
- Kriele, Martin*: *Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. Aufl. Berlin 1976.
- Kroeschell, Karl*: *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3 (seit 1650), 5. Aufl. Köln u. a. 2008.
- Krüger, Herbert*: *Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung*, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1952, S. 211–241.
- : *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964.
- Krüper, Julian*: *Gemeinwohl im Prozess. Elemente eines funktionalen subjektiven Rechts auf Umweltvorsorge*, Berlin 2009.

- : Lawfirm – legibus solutus? Legitimität und Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens beim „Outsourcing“ von Gesetzentwürfen, *JZ* 2010, S. 655–662.
- Kuntze, Johannes Emil*: Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, Leipzig 1856.
- Kunze, Michael*: Jherings Universalrechtsgeschichte. Zu einer unveröffentlichten Handschrift des Privatdozenten Dr. Rudolf Jhering, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990)*, Frankfurt am Main 1991, S. 151–186.
- Kuxenko, Michael*: Umweltverträgliche Energieversorgung. Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, Baden-Baden 2004.
- Kym, Ludwig*: Bewegung, Zweck und die Erkennbarkeit des Absoluten. Eine metaphysische Erörterung, Berlin 1847.
- Kymlicka, Will*: Rawls on Teleology and Deontology, *Philosophy and Public Affairs* 17, no. 3 (1988), S. 173–190.
- Laas, Ernst*: Über den teleologischen Criticismus, *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie und Sociologie* 8 (1884), S. 1–17.
- Laband, Paul*: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871.
- : Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1. Aufl. Tübingen 1876.
- : Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1. Aufl. Tübingen 1878.
- : Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 4, 1. Aufl. Tübingen 1882.
- : Rezension zu: Otto Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, *AöR* 2 (1887), S. 149–162.
- : Rezension zu: Siegfried Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, *AöR* 2 (1887), S. 311–320.
- : Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 3. Aufl. Freiburg und Leipzig 1895.
- : Unsere Ziele, *DJZ* 1 (1896), S. 1–3.
- : Rezension zu Giacomo Grasso, *I Presupposti giuridici del diritto costituzionale*, *AöR* 14 (1899), S. 569–573.
- : Rezension zu Alfredo Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza* (1903), *AöR* 19 (1905), S. 615–619.
- : Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts gehalten an der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg 1872–1918, bearb. und hrsg. von Bernd Schlüter, Berlin 2004.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Perspectives on a Post-Modern Theory of Law. A Critique of Niklas Luhmann, ‚The Unity of the Legal System‘, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin 1987, S. 242–282.
- : Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation. Zur Erzeugung von Sozialkapital durch gesellschaftliche Institutionen, Tübingen 2000.
- : Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* (2000), S. 60–103.
- Lahusen, Benjamin*: Rechtspositivismus und juristische Methode. Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftthe, Weilerswist 2011.
- Lammfromm, Julius*: Das Königlich Württembergische Gesetz vom 6. Mai 1852, betreffend die Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist für gewisse Forderungen, Stuttgart 1855.
- Landau, Peter*: Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, *Rättshistoriska Studier* XIX (1993), S. 69–89.

- : Rechtsgeltung bei Georg Jellinek, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 299–308.
- Landis, James M.*: A Note on Statutory Interpretation, Harvard L. Rev. 43 (1929–1930), S. 886–893.
- Landwehr, Achim*: Geburt der Gegenwart. Eine Geschichte der Zeit im 17. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2014.
- Langemeijer, G.E.*: Jherings „Zweck im Recht“ im Lichte der seitherigen Wertlehren, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 127–134.
- Langenbucher, Katja*: Das Dezionismusargument in der deutschen und in der US-amerikanischen Rechtstheorie, ARSP 88 (2002), S. 399–406.
- Larenz, Karl*: Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, AcP 143 (1937), S. 257–281.
- : Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1966.
- : Rudolf von Jhering und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 135–141.
- : Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, S. 291–309.
- : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin u. a. 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin u. a. 1995.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. München 1997.
- Lask, Emil*: Rechtsphilosophie (1905), in: ders., Gesammelte Schriften, Tübingen 1923, S. 275–331.
- Lassahn, Philipp*: Rationalität und Legitimität der Folgenberücksichtigung, ARSP 99 (2013), S. 323–357.
- Lasson, Adolf*: Rezension zu Zweck I, Philosophische Monatshefte 15 (1879), S. 146–155.
- : System der Rechtsphilosophie, Berlin u. a. 1882.
- : Rezension zu Zweck II, Philosophische Monatshefte 21 (1885), S. 128–144.
- Latour, Bruno*: The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat, Cambridge u. a. 2010.
- Laun, Rudolf*: Der Staatsrechtslehrer und die Politik, AöR 43 (1922), S. 145–199.
- Lehmann, Hartmut/Richter, Melvin (Hrsg.): The Meaning of Historical Terms and Concepts. New Studies on Begriffsgeschichte, Washington 1996.
- Leibholz, Gerhard*: Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, München u. a. 1933.
- : Der Zweck im Recht (1937), in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. Karlsruhe 1967, S. 282–293.
- : Zur Begriffsbildung im Öffentlichen Rechts (1931 mit späteren Ergänzungen), in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1967, S. 262–276.
- Leisner, Walter*: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971.
- Leisner, Walter Georg*: Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der Wille des Gesetzgebers in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, S. 689–706.
- Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg*: in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. München 2010, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.
- von Leonrod, Karl Ludwig*: Das Erbrecht, ein Versuch als Beitrag zum allgemeinen Zivil-Gesetzbuche für das Königreich Bayern, Nürnberg 1818.

- Lepsius, Oliver*: Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 309–343.
- : Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, Tübingen 2002.
 - : Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JZ 2005, S. 1–13.
 - : § 19 Ziele der Regulierung, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, S. 1055–1086.
- Lerche, Peter*: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln u. a. 1961.
- Leyens, Patrick C.*: Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board, Tübingen 2006.
- Liebermann, Bernhard*: Der Zweckbegriff bei Trendelenburg, Meiningen 1889.
- Liebert, Arthur*: Zur Logik der Gegenwart, Kant-Studien 31 (1926), S. 297–310.
- Lindenfeld, David F.*: The Decline of Polizeiwissenschaft, in: Erk V. Heyen (Hrsg.), Formation und Transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland, Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte 1, Baden-Baden 1989, S. 141–159.
- Lingg, Emil*: Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890.
- Link, Christoph*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 (1990), S. 5–55.
- List, Christian/Pettit, Philip*: Aggregating Sets of Judgments: Two Impossibility Results Compared, Synthese 140 (2004), S. 207–235.
- : Group Agency. The possibility, design, status of corporate agents, Oxford u. a. 2011.
- von Liszt, Franz*: Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1–47.
- Loening, Edgar*: Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, SchmJb 11 (1887), S. 541–569.
- : Der Staat (Allgemeine Staatslehre), in: Johannes Conrad/Ludwig Elster et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 7, 3. Aufl. Jena 1911, S. 692–727.
- Loos, Fritz*: Bemerkungen zur ‚historischen Auslegung‘, in: Christian Broda/Erwin Deutsch (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt u. a. 1985, S. 123–133.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*: Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996.
- Lorz, Ralph Alexander*: Die Gesetzesauslegung im Blick des Gesetzgebers?, in: Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 87–110.
- Losano, Mario G.*: Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, Bd. 1, Ebelsbach 1984.
- : Studien zu Jhering und Gerber, Bd. 2, Ebelsbach 1984.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg im Brsg. 1981.
- Ludwigs, Markus*: Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290–297.
- Luhmann, Niklas*: Lob der Routine, Verwaltungsarchiv 55 (1964), S. 1–33.
- : Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964.
 - : Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf, Köln u. a. 1966.
 - : Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin 1966.
 - : Positives Recht und Ideologie, ARSP 53 (1967), S. 531–569.

- : Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), S. 1–31.
- : Legitimation durch Verfahren, Darmstadt u. a. 1969.
- : Zweckbegriff und Systemrationalität (1968), Frankfurt am Main 1973.
- : Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u. a. 1974.
- : Zeit und Handlung – Eine vergessene Theorie, Zeitschrift für Soziologie 8 (1979), S. 63–81.
- : Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main 1987.
- : Die Zukunft kann nicht beginnen. Temporalstrukturen der modernen Gesellschaft, in: Peter Sloterdijk (Hrsg.), Vor der Jahrtausendwende. Berichte zur Lage der Zukunft, Bd. 1, Frankfurt am Main 1990, S. 119–150.
- : Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995.
- : Die Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft (1970), in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt 1999, S. 113–153.
- : Organisation und Entscheidung, Opladen u. a. 2000.
- : Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl. Stuttgart 2000.
- : Rechtssoziologie, 4. Aufl. Wiesbaden 2008.
- Luig, Klaus*: Jherings Evolutionstheorie des Werdens des Rechts durch Tun und der gesellschaftliche Charakter des Privatrechts, in: Okko Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, Köln 1993, S. 161–183.
- : Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in: Joachim Rückert/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, Tübingen 1995, S. 95–137.
- Lukas, Josef*: Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, in: Wilhelm van Calker (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktor-Promotion, Tübingen 1908, S. 397–427.

- MacCormick, Neil*: Legislative Deliberation. Notes from the European Parliament, in: Luc Wintgens (Hrsg.), The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence, Aldershot 2005, S. 285–296.
- MacCormick, Neil/Summers, Robert*: Interpretation and Justification, in: dies. (Hrsg.), Interpreting Statutes. A Comparative Study, Aldershot 1991, S. 511–544.
- Maier, Heinrich*: Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908.
- : Wahrheit und Wirklichkeit, Tübingen 1926.
- Maier, Hans*: Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft) (1966), 2. Aufl. München 1980.
- Maitland, Frederic William*: Prologue to a History of English Law, Law Quarterly Review 14 (1898), S. 13–33.
- Makkreel, Rudolf A.*: Zweckmäßigkeit in der Geschichte. Ihr Status bei Kant, Hegel, Dilthey und Habermas, Archiv für Begriffsgeschichte 39 (1996), S. 255–267.
- Mangold, Anna Katharina*: Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, Tübingen 2011.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II: Art. 20 – 82, 6. Aufl. München 2010.
- Manning, John F.*: Textualism as a Nondelegation Doctrine, Columbia L. Rev. 97 (1997), S. 673–739.
- : Textualism and Legislative Intent, Virginia L. Rev. 91 (2005), S. 419–450.
- March, James Gardner/Simon, Herbert Alexander*: Organizations, New York 1958.

- Marmor, Andrei*: Interpretation and Legal Theory, Oxford 1992.
- : The Pragmatics of Legal Language, *Ratio Juris* 21 (2008), S. 423–452.
 - : „The Nature of Law“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2011 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature>.
- Mashaw, Jerry L.*: The Economics of Politics and the Understanding of Public Law, *Chicago-Kent L. Rev.* 65 (1989), S. 123–160.
- : Norms, Practices, and the Paradox of Deference: A Preliminary Inquiry Into Agency Statutory Interpretation, *Admin. L. Rev.* 57 (2005), S. 501–542.
- Masing, Johannes*: Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 7.
- Matsumoto, Naoko*: Der Polizeibegriff im Umbruch. Staatszwecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik, Frankfurt am Main 1999.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein Hans H. (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar*, Stand: 71. Lfg., München 2014.
- Maurenbrecher, Romeo*: Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. Frankfurt 1843.
- Maurer, Hartmut*: Staatsrecht Bd. 1. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl. München 2010.
- Mayer, Ernst*: Rezension zu: Felix Stoerk, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, *KritV* 27 (1885), S. 273–279.
- Mayer, Otto*: Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886.
- : Rezension von Philipp Zorn, Lehrbuch des Kirchenrechts, *AöR* 3 (1888), S. 475–481.
 - : Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, *AöR* 3 (1888), S. 3–86.
 - : Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken?, in: Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. 2, Berlin 1889, S. 92 ff.
 - : Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.
 - : Rezension von Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, *AöR* 11 (1896), S. 157–160.
 - : Rezension von A. von Kirchheim, Kirchenrecht für deutsche Theologie und Juristen, *AöR* 16 (1901), S. 479–481.
 - : Eisenbahn und Wegerecht. Teil 2, *AöR* 16 (1901), S. 203–243.
 - : Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, *AöR* 18 (1903), S. 337–372.
 - : Rezension von Karl Goetz, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, *AöR* 19 (1905), S. 590–597.
 - : Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, *AöR* 21 (1907), S. 449–522.
 - : Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in: Wilhelm van Calker (Hrsg.), *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktor-Promotion*, Bd. 1, Tübingen 1908, S. 1–94.
 - : Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. München u. a. 1914.
 - : Die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg. Ihre Entstehung und Entwicklung, Berlin u. a. 1922.
- McCarthy, Thomas*: The Critical Theory of Jürgen Habermas, London 1978.
- McCubbins, Mathew*: Legislative Process and the Mirroring Principle, in: Claude Ménard/Mary M. Shirley (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, Amsterdam 2005, S. 123–147.

- McLaughlin, Brian*: Why Rationalization Is Not a Species of Causal Explanation, in: Giuseppina D'Oro/Constantine Sandis (Hrsg.), *Reasons and Causes. Causalism and Anti-Causalism in the Philosophy of Action*, London 2013, S. 97–123.
- McLaughlin, Peter*: *Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft*, Bonn 1989.
- McNollgast*: Legislative Intent. The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation, *Law and Contemporary Problems* 57 (1994), S. 3–38.
- Mecke, Christoph-Eric*: Objektivität in Recht und Rechtswissenschaft bei Georg Friedrich Puchta und Rudolf von Jhering, *ARSP* 94 (2008), S. 147–168.
- : Puchtas und Jherings Beiträge zur heutigen Theorie der Rechtswissenschaft, *ARSP* 95 (2009), S. 540–562.
- Meier, Helmut G.*: „Begriffsgeschichte“, in: Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 1, Basel u. a. 1971, Sp. 788–808.
- Meinel, Florian*: *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft: Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin 2011.
- Mejer, Otto*: *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 1. Aufl. Rostock 1861.
- : *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2. Aufl. Freiburg und Tübingen 1884.
- Melin, Patrick*: *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG)*, Tübingen 2005.
- Menger, Christian-Friedrich*: Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: *VVDStRL* 15 (1957), S. 3–34.
- Mennicken, Axel*: *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Bad Homburg u. a. 1970.
- Menzel, Adolf*: Begriff und Wesen des Staates, in: Paul Laband (Hrsg.), *Handbuch der Politik*, Bd. 1, 2. Aufl. Berlin u. a. 1914, S. 35–45.
- Merkel, Adolf*: Zum Interpretationsproblem (1916), in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, Bd. 1, Wien 1968, S. 1059–1078.
- Merten, Detlef*: Über Staatsziele, *DÖV* 1993, S. 368–377.
- Mertens, Hans-Georg*: Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB, *AcP* 174 (1974), S. 333–380.
- Meyer, Georg*: *Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland*, Jena 1875.
- Meyer, Stefan*: Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze, *Der Staat* 48 (2009), S. 278–303.
- : Fordert der Zweck im Recht wirklich eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“? Zugleich ein Vorschlag zur Dogmatik des Verwaltungsermessens, *VerwArch* 101 (2010), S. 351–376.
- Meyer-Pritzl, Rudolf*: Hermann Ulrich Kantorowicz, *Christiana Albertina* 65 (2007), S. 67–79, <http://www.uni-kiel.de/ps/cgi-bin/fo-bio.php?nid=kantorowicz>.
- Michel, Lutz H.*: *Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz*, Frankfurt am Main u. a. 1986.
- Miller, David*: *Deliberative Democracy and Social Choice*, *Political Studies* 40, Supplement 1 (1992), S. 54–67.
- Mitteis, Ludwig*: „Jhering, Rudolf“, in: *Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 50, Leipzig 1905, S. 652–664, http://daten.digital-e-sammlungen.de/bsb00008408/image_654.

- Mittenzwei, Ingo*: Teleologisches Rechtsverständnis. Wissenschaftstheoretische und geistesgeschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft, Berlin 1988.
- Mittermaier, Karl J. A.*: Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes, AcP 4 (1821), S. 305–369.
- von Mohl, Robert*: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 2 Bde., Tübingen 1832/33.
- : Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 3, Erlangen 1858.
 - : Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts, (Aegidis) Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte 1 (1867), S. 354–385.
- Mohnhaupt, Heinz*: Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, Ius Commune 4 (1972), S. 188–239.
- Möllers, Christoph*: Staat als Argument, München 2000.
- : Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
 - : Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main 2008.
 - : Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt, München 2009.
 - : Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 3.
- von Moltke, Heinrich*: Gesetzgebung der Europäischen Gemeinschaften. Das System der Folgenabschätzung, ZG 1993, S. 212–224
- Moore, Michael*: Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability, in: R. A. Duff/Stuart Green (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, Oxford 2010, S. 197–205.
- Morlok, Martin*: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, Berlin 1988.
- Mosiek, Marcus*: Effet utile und Rechtsgemeinschaft. Zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaft, Münster 2003.
- Müller, Claudius*: Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp, Tübingen 1994.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*: Juristische Methodik. Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. Berlin 2013.
- : Juristische Methodik. Band II: Europarecht, 3. Aufl. Berlin 2012.
- Müller, Paul*: Elemente der Rechtsbildung und des Rechts, Leipzig 1877.
- Murhard, Friedrich*: Der Zweck des Staates. Eine propolitische Untersuchung im Lichte unseres Jahrhunderts, Göttingen 1832.
- Murswiek, Dietrich*: Umweltschutz als Staatszweck. Die ökologischen Legitimitätsgrundlagen des Staates, Bonn 1995.
- : Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe. Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26.6.2002, NVwZ 2003, S. 1–8.
- Muscheler, Karlheinz*: Entstehungsgeschichte und Auslegung von Gesetzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm et al. (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 99–129.
- Nagel, Thomas*: Mind and Cosmos. Why the Materialist Neo-Darwinian Conception of Nature is Almost Certainly False, Oxford u. a. 2012.
- Nassehi, Armin*: Der soziologische Diskurs der Moderne, Frankfurt 2006.

- : Die Zeit der Gesellschaft, 2. Aufl. Wiesbaden 2008.
- Nelson, Leonard*: Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917.
- Neuhäuser, Christian*: Unternehmen als moralische Akteure, Berlin 2011.
- Neumann, Franz*: Funktionswandel des Gesetzes, Zeitschrift für Sozialforschung 6 (1937), S. 542–596.
- Neumann, Volker*: „Geronnenes verflüssigen“. Rechtskritik und politische Praxis der Basisgruppe Jura Heidelberg, KritV 92 (2009), S. 140–151.
- Neuner, Jörg*: Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. München 2005.
- Neupert, Michael*: Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit. Das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung, Tübingen 2011.
- Nietzsche, Friedrich*: Morgenröthe. Gedanken über die moralischen Vorurtheile, 2. Aufl. Leipzig 1887.
- Nörr, Kurt Wolfgang*: Eher Kant als Hegel. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert, Paderborn u. a. 1991.
- Nourse, Victoria F.*: A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules, Yale Law Journal 122 (2012), S. 70–152.
- Nussbaum, Arthur*: Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914.
- Oberndorfer, Peter*: Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Die Verwaltung 5 (1972), S. 257–272.
- von Oertzen, Peter*: Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre, in: Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 183–208.
- : Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1974.
- Offe, Claus*: Staat, Demokratie und Krieg, in: Hans Joas (Hrsg.), Lehrbuch der Soziologie, Bd. 2, 3. Aufl. Frankfurt am Main 2007, S. 505–540.
- Ogorek, Regina*: De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277–296.
- : Die erstaunliche Karriere des ›Subsumtionsmodells‹ oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, in: Cornelius Prittwitz/Michael Baurmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 127–140.
- : Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2008.
- Olivecrona, K.*: Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 165–176.
- Ortloff, Johann Andreas*: Das Recht der Handwerker, Erlangen 1803.
- Ortmann, Alexandra*: Vom ‚Motiv‘ zum ‚Zweck‘. Das Recht im täglichen Wandel – das Beispiel der Reichsstrafprozessordnung 1879, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, Baden-Baden 2010, S. 409–430.
- Ossenbühl, Fritz*: Gesetz und Recht. Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. Heidelberg 2007, § 100.

- : Verfahren der Gesetzgebung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. Heidelberg 2007, § 102.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001.
- Pachmann, Semen*: Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, Berlin 1882.
- Parfit, Derek*: On What Matters, Bd. 1, Oxford u. a. 2011.
- Parmentier, Miriam*: Die Verhandlung eines Rechtssetzungsvorschlags, BKR 2013, S. 133–141.
- Paulson, Stanley*: Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, AöR 124 (1999), S. 631–657.
- Paulson, Stanley/Schulte, Martin (Hrsg.): Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000.
- Pauly, Walter*: Paul Laband (1838–1918). Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Helmut Heinrichs/Hans-Harald Franzki/Klaus Schmalz (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 301–319.
- : Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, Tübingen 1993.
- : Art. Gerber, Carl Friedrich von (1832–1891), in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, S. 237–238.
- Penski, Ulrich*: Der Zweck des Rechts ist das Recht. Zur Teleologie und Selbstbezüglichkeit des Rechts, ARSP 90 (2004), S. 406–418.
- Pernice, Ingolf*: Zur Finalität Europas, in: Gunnar F. Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, S. 743–794.
- Petersen, Niels*: Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, Berlin u. a. 2009.
- : Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), S. 435–455.
- Pettit, Philip*: Collective Persons and Powers, Legal Theory 8 (2002), S. 443–470.
- Pfefferl, Jörg*: Die Dichotomie konditionaler und finaler Normen. Kritische Analyse der Dichotomie als Modell der Verwaltungssteuerung und Entwicklung eines materiellen Modells rechtlicher Determination, Baden-Baden 2014.
- Pfeiffer, Burkhard Wilhelm*: Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 3, Hannover 1831.
- von der Pfordten, Dietmar*: Normative Ethik, Berlin u. a. 2010.
- : Rechtsphilosophie. Eine Einführung, München 2013.
- Philippi, Klaus Juergen*: Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Köln u. a. 1971.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2001.

- Pitschas, Rainer*: Diskussionsbeitrag, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck., Baden-Baden 1998, S. 74–75.
- : Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. München 2012, § 42.
- Pleister, Wolfgang*: Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings, Ebelsbach 1982.
- Podlech, Adalbert*: Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), S. 185–223.
- : Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2 (1972), S. 491–502.
- Popper, Karl R.*: Utopie und Gewalt, in: ders., Vermutungen und Widerlegungen. Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis. Teilband II: Widerlegungen, Tübingen 1997, S. 515–527.
- Poppitz, Johannes*: Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Teil 1, AöR 33 (1943), S. 158–221.
- : Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Teil 2, AöR 33 (1944), S. 3–40.
- Poscher, Ralf*: The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, in: Jaap C. Hage/Dietmar von der Pfordten (Hrsg.), Concepts in Law, Dordrecht u. a. 2009, S. 99–116.
- : Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: Ivo Appel/Georg Hermes/Christoph Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 527–551.
- : Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation, in: Lawrence Solan/Peter Tiersma (Hrsg.), The Oxford Handbook of Language and Law, Oxford 2012, S. 128–144.
- : Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin. Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 203–219.
- Potacs, Michael*: Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465–487.
- Pound, Roscoe*: The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence [*Continued*], Harvard L. Rev. 25 (1911–1912), S. 140–168.
- Preu, Peter*: Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts, Göttingen 1983.
- Preuss, Hugo*: Die Persönlichkeit des Staates, organisch und individualistisch betrachtet, AöR 4 (1889), S. 62–100.
- : Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889.
- : Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in: Wilhelm van Calker (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktor-Promotion, Bd. 2, Tübingen 1908, S. 199–245.
- : Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie (1902), in: ders., Gesammelte Schriften. Zweiter Band: Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich. Hrsg. von Dian Schefold, Bd. 2, 2009, S. 131–162.
- Prinz, Wolfgang*: Selbst im Spiegel. Die soziale Konstruktion von Subjektivität, Berlin 2013.
- Proelß, Alexander*: Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 136 (2011), S. 402–427.
- Puchta, Wolfgang Heinrich*: Über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen, Nürnberg 1819.

- : Ueber die S. g. Administrativ-Justiz, in: Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens, Erlangen 1822.
- Puppe, Ingeborg*: Juristische Methodenlehre für die Strafrechtshausarbeit, JA 1989, S. 345–364.
- : in: Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. Baden-Baden 2010, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff.
- Quine, William Van Orman*: Word and Object, Cambridge (Mass.) 1960.
- Quinton, Anthony*: Social Objects, Proceedings of the Aristotelian Society 75 (1975–1976), S. 1–27.
- Radbruch, Gustav*: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl. Leipzig 1914.
- : Rechtsphilosophie, 3. Aufl. Leipzig 1932.
- : Der Zweck des Rechts (1935), in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gesamtausgabe: Rechtsphilosophie III, Heidelberg 1990, S. 39–50.
- : Vorschule der Rechtsphilosophie (1948), in: ebd., S. 121–228.
- : Gerechtigkeit und Gnade (1949), in: ebd., S. 259–265.
- Radin, Max*: Statutory Interpretation, Harvard L. Rev. 43 (1930), S. 863–885.
- Raiser, Thomas*: Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubesinnung, AcP 199 (1999), S. 104–144.
- Raphael, Lutz/Tenorth, Heinz E. (Hrsg.): Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskraft im Europa der Neuzeit. Beiträge für eine erneuerte Geistesgeschichte, München 2006.
- Rawls, John*: Gerechtigkeit als Fairneß: politisch und nicht metaphysisch, in: ders., Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978–1989, Frankfurt am Main 1992, S. 255–292.
- : Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsenses, in: ebd., S. 333–363.
- Raz, Joseph*: The Authority of Law. Essays on Law and Morality, Oxford u. a. 1979.
- : The Morality of Freedom, Oxford 1988.
- : Practical Reason and Norms, 2. Aufl. Oxford 1990.
- : Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford 1996.
- : Engaging Reason. On the Theory of Value and Action, Oxford 2001.
- : The Myth of Instrumental Rationality, Journal of Ethics and Social Philosophy 1, no. 1 (2005), S. 1–28.
- : Praktische Gründe und Normen (1975/1990), Frankfurt am Main 2006.
- : Between Authority and Interpretation, Oxford 2009.
- Regelsberger, Ferdinand*: Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
- Reichel, Hans*: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.
- Reichelt, Muna*: Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Berlin 2011.
- Reimer, Franz*: Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin 2001.
- : Ziele und Zuständigkeiten. Die Funktionen der Unionszielbestimmungen, EuR 2003, S. 992–1012.
- : Das Parliamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 9.
- Reinhard, Wolfgang*: Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, München 1999.

- Reinhardt, Jörn*: Der Überschuss der Gerechtigkeit. Perspektiven der Kritik unter Bedingungen modernen Rechts, Weilerswist 2009.
- Rengeling, Hans-Werner*: Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, in: VVDStRL 53 (1994), S. 202–239.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001.
- Ress, Georg*: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 (1990), S. 56–118.
- Reulecke, Martin*: Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, Tübingen 2007.
- Reuter, Dieter*: in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. München 2012, Vorbemerkung zu §§ 21 ff.
- Rieble, Volker*: Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, S. 819–822.
- Rieschläger, Klaus*: Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Berlin 1967.
- Riegner, Michael/Wischmeyer, Thomas*: „Rechtliche Zusammenarbeit“ mit Transformations- und Entwicklungsländern als Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung, Der Staat 50 (2011), S. 436–467.
- Rikus, Annedore*: § 1 Abs. 1 BNatSchG. Eine naturschutzrechtliche Zielvorschrift und ihr Gebrauch in der Rechtsprechung 1977–1997, Frankfurt am Main u. a. 2000.
- Robbers, Gerhard*: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1980.
- Röder, Karl David August*: Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts, Leipzig 1855.
- Rodriguez, Daniel B./Weingast, Barry R.*: The Positive Political Theory of Legislative History. New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation, University of Pennsylvania L. Rev. 151 (2003), S. 1417–1542.
- : The Paradox of Expansionist Statutory Interpretations, Northwestern University L. Rev. 101 (2007), S. 1207–1255.
- Roellecke, Gerd*: Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969.
- : Diskussionsbemerkung zu „Staatszwecke im Verfassungsstaat“, in: VVDStRL 48 (1990), S. 162–163.
- Röhl, Hans Christian*: Legislator’s Intent. Limits of a Concept, in: Gottfried Seebaß/Michael Schmitz/Peter M. Gollwitzer (Hrsg.), Acting Intentionally and Its Limits: Individuals, Groups, Institutions, Berlin u. a. 2013, S. 121–132.
- Röhl, Klaus F.*: Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch, Köln u. a. 1987.
- : Auflösung des Rechts, in: Stephan Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1161–1176.
- : Rechtssoziologie-online.de, Stand: 2015.
- : „Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik“, in: Michael Anderheiden/Marietta Auer et al. (Hrsg.), Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, Stand: 2015, <http://enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/78-methodenlehre1>.
- : „Grundlagen der Methodenlehre II: Rechtspraxis, Auslegungsmethoden, Kontext des Rechts“, in: ebd., <http://enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2>.
- : Die Rechtstheorie ist schlecht vernetzt, vom 28. April 2012, abrufbar unter: <http://www.rsozblog.de/die-rechtstheorie-ist-schlecht-vernetzt>.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*: Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. Köln u. a. 2008.

- Ronzoni, Miriam*: Teleology, Deontology, and the Priority of the Right: On Some Unappreciated Distinctions, *Ethical Theory and Moral Practice* 13 (2010), S. 453–472.
- Rosa, Hartmut*: Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, Frankfurt am Main 2005.
- Rosin, Heinrich*: Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, *Hirth's Annalen* 1883, S. 265–322.
- : Das Recht der oeffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886.
- Ross, Alf*: Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig u. a. 1929.
- Roßhirt, Conrad Franz*: Gemeines deutsches Civilrecht, Bd. 1, Heidelberg 1840.
- Roth, Abraham Sesshu*: „Shared Agency“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2011 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/shared-agency>.
- Rothacker, Erich* (Hrsg.): Briefwechsel zwischen Wilhelm Dilthey und dem Grafen Paul Yorck von Wartenburg 1877–1897, Halle (Saale) 1923.
- Rottleuthner, Hubert*: Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt am Main 1973.
- : Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Hans Joachim Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg 1976, S. 7–30.
- : Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, *ARSP BH* 13 (1980), S. 97–118.
- Rubel, Rüdiger*: Planungsermessen. Norm- und Begründungsstruktur, Frankfurt am Main 1982.
- Rückert, Joachim*: Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988.
- : Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Karl Acham/Knut Wolfgang Nörr/Betram Schefold (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart 1998, S. 113–165.
- : Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“. Teil 1, *Rechtsgeschichte* 5 (2004), S. 128–149.
- : Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“. Teil 2, *Rechtsgeschichte* 6 (2005), S. 122–142.
- : „Große“ Erzählungen, Theorien und Fesseln in der Rechtsgeschichte, in: Tiziana J. Chiusi/Thomas Gergen/Heike Jung (Hrsg.), *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag*, Berlin 2008, S. 963–986.
- : Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, *ZSGerm* 125 (2008), S. 199–255.
- Ruffert, Matthias*: in: Christian Callies/Matthias Ruffert, *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 4. Aufl. München 2011, Art. 288 AEUV.
- : in: ebd., Art. 3 EUV.
- Rümelin, Gustav*: Juristische Begriffsbildung, Leipzig 1878.
- : Über Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Freiburg im Brsg. 1891.
- Rümelin, Max*: Rudolf von Ihering, Tübingen 1922.
- Runciman, David*: *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge 1997.
- Rupp, Hans Heinrich*: Die Bindung des Richters an das Gesetz, *NJW* 1973, S. 1769–1774.
- Rüthers, Bernd*: Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, *JZ* 2006, S. 53–60.

- : Klartext zu den Grenzen des Richterrecht, NJW 2011, S. 1856–1858.
- : Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl. Tübingen 2012.
- : Methodenfragen als Verfassungsfragen?, Rechtstheorie 40 (2009), S. 253–283.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 6. Aufl. München 2011.

- Säcker, Franz Jürgen*: in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. München 2012, Einleitung.
- Sambuc, Thomas*: Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977.
- von Savigny, Friedrich Carl*: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840.
- Scalia, Antonin/Gutmann, Amy*: A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, Princeton 1997.
- Scanlon, Thomas M.*: What We Owe to Each Other, Cambridge (Mass.) 1998.
- Schärdel, Florian*: Die Bücherkodifikation. Untersuchung einer Gesetzgebungstechnik, Baden-Baden 2012.
- Scharpf, Fritz W.*: Komplexität als Schranke der politischen Planung, PVS, Sonderheft 4 (1972), S. 168–192.
- Schechter, Darrow*: The Critique of Instrumental Reason from Weber to Habermas, New York 2010.
- : The Critique of Instrumental Reason. Between Normative and Sociological Approaches to Legitimate Law, in: Chris Thornhill (Hrsg.), Legality and Legitimacy. Normative and Sociological Approaches, Baden-Baden 2010, S. 125–145.
- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph*: Ideen zu einer Philosophie der Natur (1797), 2. Aufl. Landshut 1803.
- Schelsky, Helmut*: Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht (1972), in: Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Bd. 3, Opladen 1980, S. 147–186.
- Schenke, Ralf Peter*: Die Rechtsfindung im Steuerrecht. Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung, Tübingen 2007.
- Scherer, Philipp Carl*: Die verworrene Lehre der ehelichen Güter-Gemeinschaft, Bd. 1, Mannheim 1799.
- Scherzberg, Arno*: Rationalität – staatswissenschaftlich betrachtet. Prolegomena zu einer Theorie juristischer Rationalität, in: Walter Krebs (Hrsg.), Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen, Köln u. a. 2004, S. 177–206.
- Scheuerle, Wilhelm*: Finale Subsumtionen AcP 167 (1967), S. 305–349.
- Scheuner, Ulrich*: Diskussionsbemerkung zu „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: VVDStRL 15 (1957), S. 69–76.
- : Staatszielbestimmungen, in: Roman Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1972, S. 325–346.
- : Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts, in: Gerd Kleinheyer/Paul Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Paderborn u. a. 1979, S. 467–490.
- : Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, in: Jörg Paul Müller (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 127–142.

- Schlehofer, Horst*: Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, JuS 1992, S. 572–578.
- Schlink, Bernhard*: Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, Rechtstheorie 7 (1975), S. 94–102.
- : Bemerkungen zum Stand der juristischen Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 19 (1980), S. 73–107.
- : Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982.
- : Laband als Politiker, Der Staat 31 (1992), S. 553–569.
- Schlink, Bernhard/Pieroth, Bodo/Kniesel, Michael*: Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 7. Aufl. München 2012.
- Schloßmann, Ernst*: Der Vertrag, Leipzig 1876.
- Schlözer, August Ludwig*: Allgemeines Statsrecht und StatsVerfassungsLere, Göttingen 1793.
- Schlumbohm, Jürgen*: Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), S. 647–663.
- Schmalz, Dieter*: Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. Baden-Baden 1998.
- Schmid, Hans Bernhard/Schweikard, David P.*: Einleitung: Kollektive Intentionalität. Begriff, Geschichte, Probleme, in: dies. (Hrsg.), Kollektive Intentionalität. Eine Debatte über die Grundlagen des Sozialen, Frankfurt am Main 2009, S. 11–65.
- Schmid, Hans Bernhard/Schweikard, David P. (Hrsg.): Kollektive Intentionalität. Eine Debatte über die Grundlagen des Sozialen, Frankfurt am Main 2009.
- Schmidt, Karsten*: Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung, in: Okko Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, Köln 1993, S. 77–109.
- Schmidt, Richard*: Allgemeine Staatslehre, Bd. 1 (Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens), Leipzig 1901.
- Schmidt, Walter*: Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), S. 321–354.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S. 221–274.
- : Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924–936.
- : Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. Berlin u. a. 2006.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Dagron, Stéphanie*: Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen. Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, ZaöRV 67 (2007), S. 395–468.
- Schmidt-Radefeldt, Susanne*: Carl Friedrich von Gerber (1823–1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, Berlin 2003.
- Schmitt, Carl*: Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912.
- : Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 1 (1924), S. 63–104.
- : Verfassungslehre, München u. a. 1928.
- : Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, Tübingen 1930.
- : Legalität und Legitimität, München u. a. 1932.
- Schmitt, Carl Adolf*: Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, Rostock u. a. 1853.

- Schmitt Glaeser, Alexander*: Vorverständnis als Methode. Eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens, Berlin 2004.
- Schmitt, Jochem*: in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. München 2012, § 1.
- Schmoeckel, Mathias (Hrsg.): Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs, 2009.
- Schnädelbach, Herbert*: Philosophie in Deutschland 1831–1933, Frankfurt am Main 1983.
- Schneider, Hans*: Gesetzgebung, 3. Aufl. Heidelberg 2002.
- Schneider, Hans-Peter*: Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung. Zur Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DÖV 1975, S. 443–452.
- Schneider, Peter*: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 1–52.
- Schober, Katharina*: Der Zweck im Verwaltungsrecht, Tübingen 2007.
- Schober, Reinhold*: Politische Jurisprudenz. Eine Würdigung ihres Wegbereiters Jhering, Berlin 1933.
- Schoch, Friedrich*: Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit. Das Urteil des BVerwG vom 18.10.1990 (3 C 2/88) im Spiegel der Rechtsordnung, DVBl. 1991, S. 667–674.
- : Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Kap., in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. Berlin 2005, S. 121–276.
- : Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gerichtliche Kontrollmaßstäbe, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß et al. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 543–574.
- : Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. München 2013, § 50.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 26. Aufl. München 2014.
- Schoenbrod, David*: Goals Statutes or Rules Statutes. The Case of the Clean Air Act, UCLA L. Rev. 30 (1983), S. 740–828.
- Schöllgen, Gregor*: Handlungsfreiheit und Zweckrationalität. Max Weber und die Tradition praktischer Philosophie, Tübingen 1984.
- Scholz*: Die polizeirechtliche Gefahr. Begriff, Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung besonders bei Polizeiverordnungen, VerwArch 27 (1919), S. 1–84.
- Scholz, Rupert*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S. 145–220.
- : Strafbarkeit juristischer Personen?, ZRP 2000, S. 435–440.
- Schönberger, Christoph*: Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), Frankfurt am Main 1997.
- : Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille. Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 3–32.
- : Der Vorrang der Verfassung, in: Ivo Appel/Georg Hermes/Christoph Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 385–403.
- Schopenhauer, Arthur*: Über die Grundlage der Moral (1839), in: Wolfgang von Löhneyen (Hrsg.), Sämtliche Werke. Kleinere Schriften, Bd. 3, Stuttgart 1962, S. 629–813.

- Schoppmeyer, Heinrich*: Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001.
- Schröder, Jan*: Zur Entwicklung des Rechtsbegriffs in der Neuzeit, in: Andreas Hoyer/Hans Hattenhauer et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, Baden-Baden 2008, S. 835–845.
- : Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, RG 13 (2008), S. 160–175.
- : Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert, Anmerkungen zum Streit zwischen „objektiver“ und „subjektiver“ Interpretationstheorie, in: ders., Rechtswissenschaft in der Neuzeit, Tübingen 2010, S. 585–598.
- : Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933), 2. Aufl. München 2012.
- Schröder, Rainer*: Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende, Rechtstheorie 19 (1988), S. 323–367.
- Schroth, Ulrich*: Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, Berlin 1983.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), Berlin 1988.
- : Staatszwecke im Verfassungsstaat – 40 Jahre Grundgesetz. Eine Nachbetrachtung zur Staatsrechtslehrertagung 1989, StWStP 1 (1990), S. 223–240.
- : Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11–47.
- : Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: Paul Kirchhof/Moris Lehner et al. (Hrsg.), Staaten und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 311–330.
- : Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 291–323.
- : Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 12.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Richterrecht und Verfassung. Einige Bemerkungen zur gleichnamigen Schrift Jörn Ipsens, Der Staat 15 (1976), S. 114–122.
- : Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, 1998, S. 105–156.
- : Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 16.
- Schweikard, David P./Schmid, Hans Bernhard*: „Collective Intentionality“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Summer 2013 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/collective-intentionality>.
- Schwind, Joachim*: Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht. Eine rechtsverbindende Untersuchung zu den deutschen Staatszwecken, Staatszielen und Staatsaufgaben sowie den europäischen Unionszielen, Querschnittsaufgaben, Bereichszielen und Unionsaufgaben, Berlin 2008.
- Schwinge, Erich*: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Bonn 1930.

- : Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, Bonn 1930.
- Seagle, William*: Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End, University of Chicago L. Rev. 13 (1945), S. 71–89.
- Searle, John*: Collective Intentions and Actions, in: Philip Cohen/Jerry Morgan/Martha E. Pollack (Hrsg.), Intentions in Communication, Cambridge (Mass.) 1990, S. 401–415.
- : The Construction of Social Reality, New York 1995.
- : How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’, Philosophical Review 73 (1964), S. 43–58.
- Seinecke, Ralf*: Rudolf von Jhering anno 1858, ZRG GA 130 (2013), S. 238–280.
- Sendler, Horst*: Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Deziision?, in: Burkhardt Ziemse/Theo Langheid et al. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele, München 1997, S. 457–484.
- von Seydel, Max*: Der Bundesstaatsbegriff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 185–256.
- : Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffs, Hirth’s Annalen 1876, S. 641–655.
- : Bayerisches Staatsrecht, Bd. 2, auf Grundlage der 2. Aufl. neu bearb. von Josef von Grassmann, Tübingen 1913.
- Seyr, Sibylle*: Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008.
- Shapiro, Scott J.*: Law, Plans, and Practical Reason, Legal Theory 8 (2002), S. 387–441.
- : Legality, Cambridge (Mass.) u. a. 2011.
- Shepsle, Kenneth A.*: Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models, American Journal of Political Science 23 (1979), S. 27–59.
- : Commentary. Congress Is a “They,” Not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron, International Review of Law and Economics 12, no. 2 (1992), S. 239–256.
- von Sigwart, Christoph*: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache, Tübingen 1879.
- : Der Kampf gegen den Zweck (1881), in: ders., Kleine Schriften, 2. Aufl. Freiburg im Breisgau 1889, S. 24–67.
- : Logik (1878), Bd. 2 (Methodenlehre), 3. Aufl. Tübingen 1904.
- Simmons, Courtney*: Unmasking the Rhetoric of Purpose: The Supreme Court and Legislative Compromise, Emory Law Journal 44 (1995), S. 117–172.
- Simon, Eric*: Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin 2005.
- Simon, Josef*: Teleologisches Reflektieren und kausales Bestimmen, Zeitschrift für philosophische Forschung 30 (1976), S. 369–388.
- Sinnott-Armstrong, Walter*: „Consequentialism“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2012 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/consequentialism>.
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand*: Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836.
- : Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 1, Leipzig 1844.
- Smend, Rudolf*: Verfassung und Verfassungsrecht, München u. a. 1928.
- : Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert (1943), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. Berlin 1994, S. 346–362.
- : Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung (1939), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. Berlin 1994, S. 326–345.
- Smith, Munroe*: Four German Jurists. Bruns, Windscheid, Jhering, Gneist, Political Science Quarterly 11 (1896), S. 278.

- Söfker, Wilhelm*: in: Werner Ernst/Willy Zinkahn et al., Baugesetzbuch. Kommentar, Bd. 1, Stand: 114. Lfg., München 2013, § 1.
- Solan, Lawrence*: Private Language, Public Law. The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation, *Georgetown Law Journal* 93 (2005), S. 427–486.
- Somek, Alexander*: Die Kaserne des Egoismus. Jherings Genealogie der Moralität, in: Gerhard Luf (Hrsg.), *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, Berlin 1995, S. 57–93.
- Somek, Alexander/Forgó, Nikolaus*: Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts, Wien 1996.
- Sommermann, Karl-Peter*: Die Diskussion über die Normierung von Staatszielen, *Der Staat* 32 (1993), S. 430–447.
- : Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997.
- : Folgenforschung und Recht, in: ders. (Hrsg.), *Folgen der Folgenforschung. Forschungssymposium anlässlich der Emeritierung von Universitätsprofessor Dr. Carl Böhret*, Speyer 2002, S. 39–53.
- Spaemann, Robert/Löw, Reinhard*: Die Frage Wozu? Geschichte und Wiederentdeckung des teleologischen Denkens, 3. Aufl. München u. a. 1991.
- Sprau, Hartwig*: in: Palandt, BGB, 73. Aufl. München 2014, Einleitung.
- Stahl, Friedrich Julius*: Philosophie des Rechts, Bd. II/1, Heidelberg 1833.
- Stammler, Rudolf*: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung, Leipzig 1896.
- : Die Lehre von dem richtigen Recht, Berlin 1902.
- : Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911.
- Starck, Christian*: Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Baden-Baden 1970.
- : Empirie in der Rechtsdogmatik, *JZ* 1972, S. 609–614.
- Stegmüller, Wolfgang*: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 1, 2. Aufl. Berlin u. a. 1983.
- Steff, Jakob*: Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen – verfassungsrechtliche Konditionierung – verwaltungs- und planungsdogmatische Entfaltung, Baden-Baden 2006.
- von Stein, Lorenz*: Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.
- Steinberg, Rudolf*: Evaluation als neue Form der Kontrolle final programmierter Verwaltungshandeln, *Der Staat* 15 (1976), S. 185–210.
- Steinhoff, Uwe*: The Philosophy of Jürgen Habermas. A Critical Introduction, Oxford 2009.
- Steinmetz, Willibald*: Neue Wege einer historischen Semantik des Politischen, in: ders. (Hrsg.), „Politik“. Situationen eines Wortgebrauchs im Europa der Neuzeit, 2007, S. 9–40.
- : 40 Jahre Begriffsgeschichte. The State of the Art, in: Heidrun Kämper/Ludwig M. Eichinger (Hrsg.), *Sprache – Kognition – Kultur*, Berlin 2008, S. 174–197.
- Stengel, Karl*: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886.
- Stoerk, Felix*: Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885.
- : Studien zur sociologischen Rechtslehre, *AöR* 1 (1886), S. 541–586.
- : Noch ein Wort zur Methodik des öffentlichen Rechts, *AöR* 11 (1897), S. 457–462.
- Stoll, Heinrich*: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Schmidt*, AcP Beiheft zum 13. Band der Neuen Folge, Tübingen 1931, S. 60–117.

- Stollberg-Rilinger, Barbara*: Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaates Berlin 1986.
- Stolleis, Michael*: Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.
- : Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München 1992.
- : „Staatszweck“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, Basel 1998, Sp. 81–84.
- : Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 3. Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur 1914 bis 1945, München 1999.
- : Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 2.
- : Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 4. Staats- und Verwaltungswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München 2012.
- Streinz, Rudolf*: Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1–28.
- Struck, Gerhard*: Rechtssoziologie. Grundlagen und Strukturen, Baden-Baden 2011.
- Stumpf, Cordula*: Aufgabe und Befugnis. Das wirtschaftsverfassungsrechtliche System der europäischen Gemeinschaftsziele, dargestellt in seinen Auswirkungen auf die Freistellung vom Kartellverbot, Frankfurt am Main 1999.
- Sullivan, Kathleen M.*: Foreword: The Justices of Rules and Standards, Harvard L. Rev. 106 (1992–1993), S. 22–123.
- Suppé, Rüdiger*: Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts, Berlin 2004.
- Süskind, Gustav Adolph/Werner, Gustav*: Handbuch der württembergischen Ehe-Gesetze nach dem protestantischen und katholischen Recht, Bd. 3, Darmsheim u. a. 1860.
- Tamanaha, Brian Z.*: Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law, New York u. a. 2006.
- Taylor, Charles*: Hegel, Frankfurt am Main 1983.
- Teles, Steven M.*: The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law, Princeton 2008.
- Teubner, Gunther*: Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 6 (1975), S. 179–204.
- : Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das „Wesen“ der Juristischen Person, KritV 1987, S. 61–85.
- : Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989.
- : Die vielköpfige Hydra: Netzwerke als kollektive Akteure höherer Ordnung, in: Wolfgang Krohn/Günter Küppers (Hrsg.), Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung, Frankfurt 1992, S. 189–216.
- : Folgenorientierung, in: ders. (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, S. 9–16.
- : Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, S. 199–211.
- : “And if I by Beelzebub cast out Devils, ...”: An Essay on the Diabolics of Network Failure, German Law Journal (2009), S. 395–416.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus*: System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, Jena 1803.
- : Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl. Altona 1806.
- Thon, August*: Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878.

- Thurn, John Philipp*: Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949–1990, Tübingen 2013.
- Toepfer, Georg*: Zweckbegriff und Organismus. Über die teleologische Beurteilung biologischer Systeme, Würzburg 2004.
- Tomasello, Michael*: Why We Cooperate, Cambridge (Mass.) 2009.
- Tönnies, Ferdinand*: Zweck und Mittel im sozialen Leben, in: Melchior Palyi (Hrsg.), Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber, Bd. 1, München u. a. 1923, S. 235–270.
- Treitschke, Georg Carl*: Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbesellschaft und von Commanditen, 2. durchaus umgearb. u. verm. Aufl. der Schrift ‚Die Lehre von der Erwerbsgesellschaft‘, Leipzig 1844.
- Trendelenburg, Friedrich Adolf*: Historische Beiträge zur Philosophie, Bd. 1, Berlin 1864.
- : Naturrecht und der Grund der Ethik, 2. Aufl. Leipzig 1868.
- : Logische Untersuchungen, Bd. 2 (1840), 3. Aufl. Leipzig 1870.
- Triepel, Heinrich*: Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926, Berlin 1926.
- Troeltsch, Ernst*: Der Historismus und seine Probleme. Erstes Buch: Das logische Problem der Geschichtsphilosophie, Tübingen 1922.
- : Rezension von Otto Ritschl: Die Causalbetrachtung in den Geisteswissenschaften (1902), in: Friedrich Wilhelm Graf (Hrsg.), Rezensionen und Kritiken 1901–1914 (Ernst Troeltsch Kritische Gesamtausgabe), Bd. 4, Berlin u. a. 2004, S. 213–216.
- : Rezension von Georg Jellinek: Ausgewählte Schriften und Reden (1912), in: ebd., S. 637–645.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994.
- Tschentscher, Axel*: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- Tuomela, Raimo*: The Importance of Us, Stanford 1995.
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel*: Rational Choice and the Framing of Decisions, Journal of Business 59 (1986), S. 251–278.
- Übelacker, Michael*: Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1993.
- von Vangerow, Karl Adolph*: Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. 1, 3. Aufl. Marburg u. a. 1845.
- : Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl. Marburg u. a. 1869.
- Vermeule, Adrian*: Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation, Cambridge (Mass.) u. a. 2006.
- Vesting, Thomas*: Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, Jura 2001, S. 299–305.
- Viehweg, Theodor*: Rechtsdogmatik und Rechtszersetzung bei Jhering, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 211–216.
- Vogel, Klaus*: Diskussionsbemerkung zu „Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung“, in: VVDStRL 34 (1976), S. 94–95.
- Vogenauer, Stefan*: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Tübingen 2001.

- Volkman, Uwe*: Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013.
- Volokh, Alexander*: Choosing Interpretive Methods. A Positive Theory of Judges and Everyone Else, N.Y.U. L. Rev. 83 (2008), S. 769–846.
- Voßkuhle, Andreas*: Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), S. 35–60.
- : Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung. Eine Problemskizze, VerwArch 85 (1994), S. 567–585.
 - : Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung, Tübingen 1999.
 - : Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177–201.
 - : Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka et al. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft, Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 171–196.
 - : Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266–335.
 - : Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004), S. 450–459.
 - : Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, § 1.
 - : § 86 Rechtsprechen, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinshoff et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Heidelberg 2013, S. 931–938.
- Voßkuhle, Andreas/Lange, Moritz*: Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Baden-Baden 2013, § 6.
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*: Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673–682.
- Wagner, Gerhard*: Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, AcP 193 (1993), S. 319–347.
- : Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 352–476.
- Wahl, Rainer*: Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung. Band 1: Das Planungssystem der Landesplanung, Berlin 1978.
- : Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaates, Die Verwaltung 13 (1980), S. 273–296.
 - : Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485–516.
 - : Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften – Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 29–53.
 - : Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht – Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 177–218.

- : Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005 2008, S. 29–48.
- Wälde, Thomas W.*: Juristische Folgenorientierung. „Policy analysis“ und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein 1979.
- Walder, Rudolf*: Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus, Diss. Kiel, 1943.
- Waldhoff, Christian*: „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen et al. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 325–343.
- : Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Holger Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 77–95.
- Waldron, Jeremy*: Law and Disagreement, Oxford u. a. 1999.
- : The Dignity of Legislation, Cambridge u. a. 1999.
- : Legislation by Assembly, Loyola L. Rev. 46 (2000), S. 507–534.
- Waluchow, Wilfrid J.*: Inclusive Legal Positivism, Oxford 1994.
- Wank, Rolf*: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.
- : Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. Köln u. a. 2008.
- Warner, Michael*: Publics and Counterpublics, Cambridge (Mass.) 2002.
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. Besorgt von Johannes Winckelmann. Studienausgabe, 5. Aufl. Tübingen 1980.
- : Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie (1903/1905/1906), in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (hrsg. von Johannes Winckelmann), 7. Aufl. Tübingen 1988, S. 1–145.
- : Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: ebd., S. 146–214.
- : R. Stammers »Überwindung« der materialistischen Geschichtsauffassung (1907), in: ebd., S. 291–359.
- : Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie (1913), in: ebd., S. 427–474.
- : Soziologische Grundbegriffe (1921), in: ebd., S. 541–581.
- Wedel, Thomas*: Die Rolle entstehungszeitlicher Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Bremen 1987.
- Wehler, Hans-Ulrich*: Vom Feudalismus des alten Reiches bis zur Defensiven Modernisierung der Reformära. 1700–1815. Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1, 4. Aufl. München 2006.
- Weiß, Wolfgang*: Privatisierung und Staatsaufgaben. Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.
- Wenn, Matthias*: Juristische Erkenntniskritik. Zur Rechts- und Sozialphilosophie Rudolf Stammers, Baden-Baden 2003.
- Werhahn, Herbert*: Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957), S. 35–64.
- Wesseling, Klaus-Gunther*: „Friedrich Adolf Trendelenburg“, in: Traugott Bautz (Hrsg.), Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon, Hamm 1997, <http://www.bbkl.de/>.

- Weyreuther, Felix*: Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, *BauR* 1977, S. 293–309.
- Wieacker, Franz*: Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Göttingen 1959.
- : Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. Göttingen 1967.
- : Rudolph von Jhering, *ZRG RA* 86 (1969), S. 1–36.
- : Bemerkung, in: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1971, S. 122.
- : Jhering und der „Darwinismus“, in: Gotthard Paulus/Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973, S. 63–92.
- Wiegand, Bodo*: Das Prinzip Verantwortung und die Präambel des Grundgesetzes, *JöR* 43 n. F. (1995), S. 31–54.
- Wilhelm, Walter*: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1958.
- : Zur Theorie des abstrakten Privatrechts. Die Lehre Jherings, in: ders. (Hrsg.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1972, S. 265–287.
- Willoweit, Dietmar*: Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6. Aufl. München 2009.
- Wilson, George/Shpall, Samuel*: „Action“, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2012 Edition, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/action>.
- Windelband, Wilhelm*: Die Lehren vom Zufall, Berlin 1870.
- : Zum Geleit, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Bd. 1, Berlin 1911, S. I–XII.
- Windoffer, Alexander*: Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Tübingen 2011.
- Windscheid, Bernhard*: Die Singularsuccession in Obligationen, *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1 (1853), S. 27–46.
- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Düsseldorf 1862.
- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, Düsseldorf 1866.
- Winkel, Harald*: Grundlagen nationalökonomischen Denkens um die Jahrhundertwende, *ARSP Beiheft* 43 (1991), S. 18–28.
- Winkler, Markus*: Die normative Kraft des Praktischen. Robert Brandom und die Rechtstheorie, *JZ* 2009, S. 821–829.
- Wischmeyer, Thomas*: Die Kosten der Freiheit. Grundrechtsschutz und Haushaltsautonomie, Tübingen 2015 (i. E.).
- Wolf, Erik*: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte (1939), 2. Aufl. Tübingen 1944.
- : Große Rechtsdenker, 4. Aufl. Tübingen 1963.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: § 77 Planung, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff et al. (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Heidelberg 2013, S. 831–844.
- Wolff, Hans Julius*: Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, Bd. 1 Juristische Person und Staatsperson (Kritik, Theorie und Konstruktion), Berlin 1933.
- von Wright, Georg Henrik*: Norm and Action. A Logical Enquiry, London 1963.
- : Erklären und Verstehen, Frankfurt 1974.

- : Intentionalität und teleologische Erklärung, in: ders. (Hrsg.), Erklären und Verstehen, 3. Aufl. Frankfurt am Main 1991, S. 83–121.
- Wundt, Wilhelm*: Logik, Bd. 1, 2. Aufl. Stuttgart 1893.
- : Über psychische Kausalität und das Prinzip des psychophysischen Parallelismus, Philosophische Studien 10 (1894), S. 1–124.
- : System der Philosophie, Bd. 1, 3. Aufl. Leipzig 1907.
- : System der Philosophie, Bd. 2, 3. Aufl. Leipzig 1907.
- Württemberg, Thomas*: Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, Berlin 1979.
- : Die Planungsidee in der verfassungsrechtlichen Entwicklung, in: Ivo Appel/Georg Hermes/Christoph Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 262–282.

- Zeh, Wolfgang*: Die Beratung von Gesetzen im Deutschen Bundestag, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Theorie und Methoden der Gesetzgebung, Frankfurt am Main 1983, S. 57–78.
- : Wille und Wirkung der Gesetze. Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes, Bundesimmissionsschutzgesetzes, Fluglärmsgesetzes und Bundesausbildungsförderungsgesetzes, Heidelberg 1984.
- : Gliederung und Organe des Bundestages, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III: Demokratie. Bundesorgane, 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 52.
- : Parlamentarisches Verfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III: Demokratie. Bundesorgane, 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 53.
- Zeidler, Karl*: Bundesverfassungsgericht und „Maßnahmegesetz“, JZ 1960, S. 391–394.
- : Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, Karlsruhe 1961.
- Zippelius, Reinhold*: Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl. München 1974.
- Zitelmann, Ernst*: Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879.
- : Rudolf von Jhering, in: Beilage 234 zur Allgemeinen Zeitung, Nr. 278, 1892, S. 1.
- Zoepfl, Heinrich*: Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Theil 2, 5. Aufl. Leipzig u. a. 1863.
- Zweigert, Konrad*: Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode, in: Franz Wieacker/Christian Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttingen 1970, S. 240–251.

Sach- und Personenregister

- Administrativjustiz 23
Alexy, Robert 332, 346, 361, 367, 369
Aristoteles 37, 39, 47, 75, 136
Arrow-Theorem 232
Auslegung
– historische, *siehe* Gesetzgebungsmaterialien
– Mittel der 339 f.
– teleologische, *siehe* teleologische Auslegung
– Ziel der 317, 338 f., 348
– *siehe* Methodenregeln *sowie* Rechtsanwendung
- Bähr, Otto 24, 34
Begriffsgeschichte 11 f., 36
Begriffsjurisprudenz 20, 55, 63, 160–162, 169
Bentham, Jeremy 17, 71, 172
Berg, Günther Heinrich von 26
Bestimmtheit/Unbestimmtheit 4, 85, 107, 112, 221, 253 f., 275, 284, 290 f., 299–301, 314, 326, 329, 343, 365–367
– und Bestimmbarkeit 326
– *siehe* Vagheit
Binder, Julius 173 f.
Bratman, Michael 205, 238
Brie, Siegfried 103
- causa finalis legis 18 f.
Cohen, Hermann 37, 119, 156
Condorcet-Paradox 232
constitutional moment 352
- Davidson, Donald 48
- Demokratie/demokratisch 53, 177, 186, 191, 193, 217, 222, 226, 234, 244, 246, 268, 276, 371 f.
– *siehe* Verfassungsstaat, demokratischer
Deontologie 48, 203
Diskursgeschichte 12
Dworkin, Ronald 188, 230, 235, 304, 377
- effet utile 2, 298–300, 309, 355–357, 405
Effizienz 220, 304
Empirismus 42, 122
Entrechtlichung, *siehe* Finalisierung der Rechtsordnung
Entscheidungsfolgen, *siehe* Folgenberücksichtigung
Entscheidungszwang 331
Ermessen, *siehe unter* Verwaltung, administrative Gestaltungsspielräume
Europa/Europarecht 2, 297, 309, 355
– als Rechtsgemeinschaft 2, 298, 357, 407
– Richtlinienrecht 299
– *siehe* Finalität
- Fichte, Johann Gottlieb 32, 35
Fiktion 131, 142, 228, 333
– Staat als Fiktion 141
– *siehe* Gesetzgeber
finale Subsumtion 363 f., 403
Finalisierung der Rechtsordnung 310 ff.
Finalität
– der Europäischen Union 405–407
– im Europarecht 2, 298, 300, 405

- Finalprogramm 280 ff.
 Finalursache, *siehe* Zweck und Kausalität
 Fish, Stanley 321
 Folgenberücksichtigung 21, 23, 80, 162, 217 ff., 366
 Forsthoff, Ernst 271 ff., 311, 328
 Freirechtsschule 55, 58, 79, 92, 160, 168 ff., 230
 Funktionalismus, *siehe unter* Zweck
- Geisteswissenschaften 36, 44, 122 f., 146, 163, 173 ff.
- Gemeinschaft, *siehe* Individuum
 Gemeinwohl 185 ff., 201
 Genealogie 7, 11 ff., 177
 Generalklauseln 292 f., 312–314, 326
 Gerber, Carl Friedrich von 34, 101 ff.
 – juristische Person 34, 96, 102
 Geschichtsphilosophie, *siehe unter* Zweck und Zeitbegriff
 Gesetz
 – Allgemeinheit 165, 270
 – als Kompromiss 231, 233, 248 f., 382, 387, 391 f.
 – als Maßnahme/Maßnahmegesetz 165, 272 ff.
 – formell und materiell 192, 270, 301
 – parlamentarisches 191 f., 323, 351
 – Rechtsgesetz (Forsthoff) 272
 – und Recht 197 ff.
 – Wandel des Gesetzesbegriffs 164
 Gesetzesbindung 2, 21, 171, 315, 323 ff., 335, 343 ff., 354, 358, 363, 367 ff., 395
 Gesetzgeber
 – als kollektiv intentionaler Akteur 230, 242 ff., 371 ff., 382
 – Handlungsfähigkeit 211
 – Regelungsabsicht des Gesetzgebers 2, 219, 227, 229, 244, 248, 370 f., 383
 – Willen als Fiktion 228, 241 ff., 248, 333, 373, 380
 – Willen des Gesetzgebers 22, 102, 158, 170 ff., 177, 226 ff., 243 f., 248 f., 270, 336, 340, 344 f., 359, 371 ff., 390, 396 f.
 Gesetzgebungsmaterialien 22, 225, 234, 329, 336 f., 357, 361, 371, 374 f., 377 ff.
- Einwände gegen Berücksichtigung 22, 379, 385 ff.
 – in der Praxis 378, 384, 394 ff.
 – Stellungnahmen Einzelner 386, 392 ff.
 Gesetzgebungsverfahren 231, 246, 248, 379, 382, 389 ff.
 – als Willensbildung 371, 375, 391
 Gewaltenteilung 277 f., 302, 306, 314, 321 ff., 363
 Gierke, Otto von 34, 65, 93, 105
- Habermas, Jürgen 50, 236, 257 ff., 310
 Handlung 49, 180, 236
 – als Ausgangspunkt der Zwecksetzung 43, 49, 179
 – als elementare sozialwissenschaftliche Kategorie 126, 209, 210
 – Handlungsfähigkeit 210 ff., 226
 – in einer teleologischen Ordnung 38, 47 ff.
 – kommunikative 259 ff.
 – und Struktur 211, 227
 – *siehe* Intentionalität/intentionale Handlung *sowie* Recht als Handlungsordnung
 Heck, Philipp 169 ff., 326
 – Rechtsanwendungstheorie 172
 – Rolle des Gesetzes 170
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 30, 32, 35, 65, 74, 77, 84, 96
 Heller, Hermann 154, 175
 Hermeneutik 19, 21, 230, 330 ff.
 Hippel, Ernst von 173 ff.
 Historische Rechtsschule 93, 165 f.
- Idealismus, deutscher 29, 35, 56
 Ideengeschichte 12
 Individualismus, methodischer 69, 71, 133 f.
 Individuum und Gemeinschaft 65 f., 138, 149, 227, 236
 Instrumentalismus, *siehe* Zweckrationalität
 Intentionalität/intentionale Handlung
 – individuelle 47 f., 66, 222, 235, 374
 – kollektive 48, 222, 225 ff., 373 ff.
 – Kritik an kollektiver Intentionalität 230, 371

- und Interpretationstheorie 321, 370
- und Verantwortlichkeit 240, 245
- *siehe* Recht als kollektiv intentionale Handlung
- Interesse 14, 17, 62, 82, 170 ff., 214 f.
- Interessenaggregation 231, 233 ff., 245, 248, 265, 267
- Interessenjurisprudenz 55, 92, 169 ff., 215
- Ipsen, Hans Peter 194
- Isensee, Josef 201

- Jellinek, Georg 34, 43, 95 ff., 189
 - Drei-Elemente-Lehre 118
 - Faktizität und Normativität 127 ff.
 - Handlung 117 ff., 124, 126 ff.
 - juristische Methode 128 ff.
 - Methodenbewusstsein 96, 121, 126, 133
 - Psychologie bei 123 ff., 132, 143, 149
 - Rechtfertigung des Staates 148 ff.
 - Rechtsanwendungstheorie 132
 - Rechtsgeltung 119, 125, 128, 131
 - Rolle des Gesetzes 126
 - Staat als juristische Person 134, 145 ff.
 - Staat als sittliche Notwendigkeit 152
 - Staat als Zweckseinheit 132, 138, 142 ff., 226
 - Staatszwecke 98, 129, 147 ff.
 - Symphonie-Beispiel 122, 124
 - teleologische Konstruktion 129
 - Zwei-Seiten-Theorie 118 ff.
- Jhering, Rudolf von 14 f., 22, 55 ff., 100, 108, 126, 160, 169 f.
 - als Dualist 67
 - als liberaler Skeptiker 76
 - als Monist 67, 74, 76
 - Arbeitstechnik 63
 - Bekehrung 61 ff., 87
 - Darwinismus 59 f., 75
 - Interesse 62, 79, 82, 85
 - Materialismus, Positivismus 59
 - naturhistorische Phase 60, 83, 174
 - Organismus 74
 - Rechtsanwendungstheorie 78 ff.
 - Rechtskritik 90 ff.
 - rechtswissenschaftliche Begriffsbildung 82 ff.
 - Rezeption 58 ff., 91 ff.
 - Rolle der Gesellschaft 69 ff.
 - Rolle der Rechtswissenschaft 82 ff.
 - Rolle des Gesetzes 81, 87, 93
 - Rolle des Individuums 66 ff.
 - Rolle Gottes 72 f.
 - sociale Mechanik 73 ff.
 - und Jellinek 95 f.
- juristische Argumentation 198, 213, 332, 346 ff., 357 ff.
- juristische Person 2, 31 ff., 50, 102, 134, 144, 226 f., 242, 375
 - *siehe* Staat als juristische Person
- Justizstaat 23 ff., 104

- Kant, Immanuel 32, 39 ff., 46, 65, 136, 204
- Kantorowicz, Hermann 2, 14, 53, 159 ff., 168
- Kaufmann, Erich 29, 148, 173 f.
- Kelsen, Hans 157 f., 162, 174
 - und Jellinek 98, 118 ff., 146
- Kierulff, Johann F. M. 19
- Kollektive Intentionalität, *siehe* Intentionalität/intentionale Handlung
- Konditionalprogramm 280 ff.
- Konkretisierung 199, 320
- Konsequentialismus 48, 203, 368
- Koselleck, Reinhart 12, 46

- Laband, Paul 15, 19, 34, 86, 96, 103 ff., 112, 114, 116, 174
 - und Jellinek 97, 129
 - Zweckkritik 106 ff.
- Lask, Emil 174
- Lebenswelt 261, 310
- legal realism, *siehe* Rechtsrealismus
- legislative intent 231 ff., 249, 354, 383, 387
- Leibniz, Gottfried Wilhelm 39, 98, 136
- Leitvorschriften 1, 191, 219, 221, 312 f., 362 f.
- List, Christian 238 f., 245
- living originalism 353
- Loening, Edgar 111
- logische Auslegung 18 ff., 24
- Luhmann, Niklas 3, 6, 46, 50, 59, 188, 280 ff., 297, 307, 370

- Maßnahme, *siehe* Gesetz
- Mayer, Otto 27, 107, 110 ff., 307
- Merkl, Adolf 319, 330
- Methode, juristische 26, 28, 99 ff., 114, 129
- Methodenehrlichkeit 347
- Methodenlehre, *siehe* Rechtsanwendungstheorie
- Methodenregeln
- Canones 327 ff., 336, 361 f.
 - Kontrafaktizität 327
 - Sinnzusammenhang 344
 - Wortlaut 21, 215, 225, 230, 344, 347, 358, 361
 - *siehe auch* Auslegung
- Methodensynkretismus 3, 100, 122
- Methodenwahl 328, 336 f.
- Mittermaier, Karl J. A. 23 ff.
- Moderne 1, 46 f., 50, 189, 211 f., 255 f., 285, 310, 357
- Mohl, Robert von 27
- Monismus 56, 67, 156
- Müller, Adam 33, 148
- Nachpositivistische Rechtstheorie 332
- Nagel, Thomas 46
- Naturrecht 19, 92, 185, 197
- Neoaristotelismus 12, 37
- Neuhegelianismus 58, 173
- Neukantianismus 42, 67, 119 ff., 156 f., 175
- new textualism 231
- Nietzsche, Friedrich 1, 68
- Normativität 4, 48, 53 f., 154, 182 ff., 251
- des Rechts 183, 193, 207
 - im Verfassungsstaat 215
 - latente (Luhmann) 288
 - und Faktizität 125 ff.
 - und Wille 227, 383
 - von Gründen 204, 214
 - von Zwecken 193, 204 f.
- objektive Theorie 22, 319, 340 ff., 358, 372, 379
- offene Normen 292
- Ordnung 45, 51 ff., 163, 254, 322
- im Verfassungsstaat 179, 189, 193, 200, 224, 277, 343
 - legitime 197
 - objektive/teleologische 24, 28, 35, 38, 45, 49, 51, 179, 354
 - subjektive/gestaltbare 32, 35, 45, 50 f., 179, 354, 357
 - und Handlung 166
- Organismus, biologischer 38, 40
- Organismustheorie, *siehe* Staat als Organismus
- originalism 351, 353, 378
- Paktentheorie 380
- Parlamentsrecht 248
- Pettit, Philip 238 f., 245
- Planung, Planungsrecht 281, 288, 294
- Pluralismus 187, 226, 234, 335
- policy, *siehe* Zweckmäßigkeit
- Politik, das Politische, *siehe unter* Recht und Politik
- Polizeistaat 27, 307 f.
- Polizeiwissenschaft 26, 104, 114 f.
- Positivismus
- Gesetzespositivismus 100
 - im 19. Jahrhundert 60
 - inklusiver und exklusiver 197
 - Positivität des Rechts 4, 57, 168, 172, 174, 180, 183, 191 ff., 196, 200, 207, 208, 211, 214, 224, 253, 332
 - staatsrechtlicher 100 ff., 161
 - überpositive Werte 195, 197 ff.
 - Vollpositivierung der Rechtsordnung 181, 191, 200, 331, 352
 - wissenschaftlicher 159
- Präjudizien 361 f.
- Preuss, Hugo 138 ff., 145
- Programm (Luhmann) 282
- progressives Rechtsdenken 56 f., 92 f., 97, 160 ff., 166, 168
- Psychologie, *siehe* Jellinek, Psychologie *sowie* Wundt
- Public Choice-Theorie 231 ff., 238
- purposivism 231, 250, 388
- Radbruch, Gustav 156, 303
- ratio iuris, *siehe* ratio legis
- ratio legis 19 f., 84, 339
- Rationalisierung, *siehe* Moderne
- Rationalität 257 ff.

- des Rechts 255, 317, 332 f., 346, 358, 365
- Irrationalität 33 f., 37, 176
- kommunikative 259 ff.
- strategische 259
- Wertrationalität 257
- Zweckrationalität, *siehe* Zweckrationalität
- Raz, Joseph 205, 214, 243 ff., 257
- Recht
 - als Handlungsordnung 1, 4, 15, 180, 211, 225, 253, 321
 - als kollektiv intentionale Handlung 5, 182, 213 ff., 222, 254
 - als teleologische Ordnung 3, 16, 184
 - Natur des Rechts 3, 8, 174, 181, 183, 214, 225, 254, 351
 - Positivierungskrise des Rechts 13, 22, 54, 57, 166 f.
 - Rationalität, *siehe* Rationalität des Rechts
 - und Moral 195 ff., 207 f., 332, 368
 - und Politik 2, 22, 27, 86, 99, 101, 103, 105, 110, 176, 179, 212, 278, 286
 - Wertbezogenheit 3, 20, 126, 174, 176, 196, 202, 206, 360
 - Wirksamkeitsorientierung 1, 211, 217 ff., 315, 356
- Rechtmäßigkeit, *siehe* Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit
- Rechtsanwendung 24, 213 f., 317 ff.
 - durch das Parlament 319
 - durch die Verwaltung 319
 - richterliche 18, 21, 319
 - und Rechtssetzung 319
- Rechtsanwendungstheorie 317, 320
 - bei Gerber 102
 - bei Heck 172
 - bei Jellinek 132
 - bei Jhering 78, 81, 85
 - bei Laband 108
 - bei Luhmann 287
 - bei Merkl 319
 - entstehungs- oder geltungszeitlich 350, 382
 - gerichts- oder parlamentszentriert 349, 382
 - Geschichte der 18 ff.
 - im 19. Jahrhundert 78
 - Konstitutionalisierung 334 ff.
 - statisch oder dynamisch 350
- Rechtsbegriff 163 f.
 - *siehe unter* Recht, Positivierungskrise
- Rechtserzeugung 2, 52, 154, 179, 192 ff., 199, 222, 317, 363
 - dezentrale 372
- Rechtsfähigkeit 210, 242
- Rechtsfortbildung 350 f., 356, 395
- Rechtsgut 175, 214, 360
- Rechtspolitik 271
 - *siehe* Recht und Politik
- Rechtsrealismus 55, 116, 160 ff., 230 f.
- Rechtssicherheit, *siehe* Vagheit
- Rechtsstaat 2, 314, 323, 407
 - bei Forsthoff 273
 - bei Jhering 88
 - formaler und materialer 30, 285
 - liberaler 285
 - und Rationalität 256
 - und Sozialstaat 285
- Rechtssubjekt, *siehe* Subjekt
- Rechtstheorie
 - Entstehung 55, 65
 - rechtsimmanente 7 f., 181, 404 f.
- Rechtswirklichkeit 3, 161, 342
- Reduktionismus 36, 38 f., 41, 48, 238, 240
- Regelungsabsicht, *siehe unter* Gesetzgeber
- Richterrecht 193, 351
- Rickert, Heinrich 36, 119 f., 123, 174 f.
- Romantik, politische 29, 33, 37
- Rotteck, Carl von 25, 114
- Savigny, Friedrich Carl von 19, 21, 32 f., 87
 - und Jhering 16, 60, 63, 84, 86 f.
- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph 33, 35
- Schleiermacher, Friedrich 19
- Schmitt, Carl 228, 272, 276 f.
- Schopenhauer, Arthur 41, 47, 98
- Schwinge, Erich 173
- Searle, John 224, 237 f.
- semantische Grenze, *siehe* Wortlautgrenze

- Sigwart, Christoph von 42 f., 46, 49, 134, 136 ff.
- Sinn und Zweck, *siehe* teleologische Auslegung
- Sozialwissenschaften, empirische 29
- Sprache 321, 324 ff., 330, 359, 376
- Staat
- als juristische Person 31, 34, 226
 - als Maschine 31 f.
 - als Organismus 31 ff., 137 ff., 226
 - als zwecksetzender Akteur 31
 - Wandel der Staatlichkeit 311
- Staatsaufgaben 152, 194
- Staatsmetaphorik 31
- Staatswillen 88, 102, 110, 112, 134 f., 143, 228, 234, 340
- Staatswissenschaften 3, 99, 110, 140, 147, 155
- Staatsziele 193 ff., 201, 406
- Staatszwecke 28 ff., 50 f., 184 ff., 190, 193, 195, 200 f., 406
- limitierende/Grenzen der Staatsgewalt 30, 91, 103, 108, 113, 116, 148, 189
 - positive/kompetenzbegründende 30
 - und Rechtfertigung des Staates 148, 189
- Stammler, Rudolf 156, 162
- Stegmüller, Wolfgang 45, 51, 222
- Steuerung durch Recht 88, 165, 192 f., 213, 218, 248, 271, 283, 288, 311, 366
- Steuerungskrise 192, 211
- Stoerk, Felix 113 ff.
- Strukturierende Rechtslehre 324, 330, 333
- Subjekt 47 f., 52 ff., 210,
- *siehe auch* Zwecksobjekt
- subjektive Theorie 22, 319, 340 ff., 358, 372, 379
- Teleologie 4, 38, 179 f.
- als heuristisches Prinzip 41 ff., 136 f., 303
 - teleologische Epoche 2, 11, 14, 17, 35, 54, 159 ff.
 - und Naturwissenschaften 36, 41 f., 44, 46, 136, 174
- Teleo-Logik 175
- teleologische Auslegung 22
- objektive 346, 358
 - subjektive 358
 - und Folgenberücksichtigung, *siehe* Folgendiskussion
 - und Leitvorschriften, *siehe* Leitvorschriften
 - und Präjudizien, *siehe* Präjudizien
 - und systematische Auslegung 361 f.
 - und Wortlautauslegung 361
- Teubner, Gunther 211
- Thibaut, Anton F. J. 20 f., 339
- Thomas von Aquin 39, 73
- Trendelenburg, Friedrich Adolf 37 ff., 49, 67 f., 74
- Troeltsch, Ernst 95, 97 f., 117, 121, 132
- überpositiv, *siehe* Positivismus
- unbestimmter Rechtsbegriff 293, 312, 314, 326
- unscharfe Grenzen, *siehe* Vagheit
- Vagheit 2, 292, 325,
- *siehe auch* Bestimmtheit/Unbestimmtheit
- Verfassung 192
- als Rahmenordnung 199
 - verfassunggebende Gewalt 185
 - Vorrang der Verfassung 185
- Verfassungskultur 330, 333
- Verfassungsstaat, demokratischer 3, 179 f., 183, 186 f., 189 ff., 196, 208, 214, 219, 248, 268, 323, 398
- Verfassungstheorie 201, 334 ff., 359
- Verfassungswandel 193, 351
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 1, 220, 309 f., 313
- Verrechtlichung, *siehe* Finalisierung
- Verwaltung
- administrative Gestaltungsspielräume 280, 293 ff., 299 ff., 305, 349
 - Handlungs- und Kontrollperspektive 296
- Vitalismus 41, 56, 68
- Waldron, Jeremy 212, 231 f., 248, 373
- Weber, Max 30, 36, 46 f., 50, 97, 126, 138, 152, 236, 255, 262, 268 f., 310
- und Jellinek 97, 120, 133, 153
 - und Stammler 157

- Wert, Werte 49, 150, 171, 173 ff.,
195 ff., 214, 269, 292, 360,
- Inkommensurabilität 292
 - Transitivität 292
 - Wertbehauptung und
Wertbegründung 214 ff., 305, 356,
360
 - *siehe* Recht, Wertbezogenheit
- Wertungsjurisprudenz 3, 59, 177, 215
- Wille 43, 67, 124 f., 128, 132, 134, 137,
142, 144, 166, 242, 247
- des Gesetzgebers, *siehe* Gesetzgeber
 - freier 47
 - staatlicher, *siehe* Staatswillen
 - tatsächlicher und vernünftiger 20
 - überindividueller 70, 72, 226
 - *siehe* Intentionalität/intentionale
Handlung
- Windscheid, Bernhard 14, 16, 20 f., 63,
80 f.
- Wissen 218
- Wortlautgrenze 322, 326 ff.
- Wundt, Wilhelm 43, 46, 49, 123, 138,
142
- Zweck
- als abhängige Variable 53
 - als Argument/Grund 183, 213, 357
 - als Chiffre 3, 25, 27, 116, 177, 189,
202 f., 207, 253, 269, 281, 301, 304,
307, 310, 345, 350, 399, 403
 - als Konstruktionsmodell 209
 - Bestimmtheit, *siehe* Bestimmtheit/
Unbestimmtheit
 - Definitionsbemühungen 5
 - empirische Dimension 217 ff., 366 ff.
 - intentionale Dimension 222 ff.,
370 ff., *siehe* Intentionalität/
intentionale Handlung
 - nachmetaphysisches Verständnis 179
 - Naturzweck 32, 39 ff., 136
 - normative Dimension 48, 53, 182,
184, 190, 195, 204, 213 ff., 360 ff.
 - objektiver 49, 179, 183, 185, 186,
siehe objektive Theorie
 - Ordnungsdimension 45, 51, 217, 366
 - Schluss vom Zweck auf die Mittel
27, 112, 204, 307
 - Subjektdimension 47, 52, 222, 370
 - subjektiver 50, 179, 183, *siehe*
subjektive Theorie
 - und Funktionalismus 41
 - und Kausalität 38 f., 41 f., 44 ff., 67,
121, 217, 303
 - und Zeitbegriff 38, 46, 164, 180
- Zweckseinheit, *siehe* unter Jellinek
- Zweckgesetz
- als Gegensatz zum Ordnungsgesetz
290, 312
 - als teleologisches Prinzip 44 f., 67,
74, 140
- Zweckmäßigkeit 24, 26 f., 38, 42, 51,
113, 165, 219 f., 302 ff., 311
- als Gerechtigkeitsprinzip (Radbruch)
157
 - des Staates 152
 - und Rechtmäßigkeit 2, 23 f., 99, 102,
104, 253, 302 ff.
 - Verrechtlichung der 313
- Zweck-Mittel-Relation 1, 53, 179, 188,
204, 209, 213, 220, 222 f., 254, 269,
275, 277
- Zweckrationalität 204, 255, 259, 267,
275
- instrumentelle Vernunft 2, 204,
256 ff.
- Zwecksobjekt 50, 52 f., 222, 225
- bei Jellinek 123, 132, 151
 - bei Jhering 66, 68, 70, 72