

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg20>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 20 (2012)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg20/451-453>

Rg **20** 2012 451–453

Walter Pauly

Sprache, die für uns dichtet und denkt

wenig durchdacht erscheint, aber in den Trend zur Versubjektivierung passt. Die Sicherungsverwahrung, die mit der Strafe kombinierbar sein sollte, erinnert an aktuelle Diskussionen, ist damals aber klar auf den Einfluss v. Liszts zurückzuführen. Die in diesem Zusammenhang maßgebliche Kategorie bildet der Gewohnheitsverbrecher, der durch den Rückfall identifiziert werden sollte.

Die Verfasserin betont stärker die Diskontinuität in Radbruchs Vorhaben und begründet dies nachvollziehbar mit der Zusammenarbeit mit Österreich, inhaltlich sei ein Bruch mit herkömmlichen Vorstellungen bei der mangelnden Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie bei den Beteiligungsformen zu beobachten. Grundsätzlich zeige sich ein größeres Vertrauen gegenüber dem Richter und eine Begrenzung der Erfolgshaftung. Im Besonderen Teil seien dagegen die Kontinuitäten dominanter. Zu Recht wird in der Aussonderung der Übertretungen keine Entkriminalisierung gesehen, weil die Obergrenze der Inhaftierung ja sogar verdoppelt wurde. In der Straftheorie verfolge der Entwurf eine vermittelnde Lösung, tendenziell sei er allerdings eher der soziologischen Schule zuzurechnen, was sich insbesondere bei unbestimmten Strafurteilen zeige.

Was »bringt« die Beschäftigung mit einem Entwurf, der neben anderen in der damaligen Epoche steht und wie diese ebenfalls nicht Gesetz geworden ist? Vor allem – und so liest sich das Buch auch

über weite Strecken – geht es um einen Beitrag zur Person des Strafrechtspolitikers Radbruch. Darüber hinaus lassen sich aber auch Züge des Strafrechtsdenkens in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erkennen, die in den vergleichenden Passagen mitunter unmittelbar angesprochen werden. Was die Kontinuitäten angeht, vor allem hinsichtlich eines Blicks in die Zukunft, hätte die Analyse noch etwas konkreter werden können: Zu denken wäre an den Umgang mit den Gewohnheitsverbrechern oder dem – fatalen – Hang zu unbestimmten Tatbestandsbildungen, wofür das Delikt der Lebensgefährdung nur ein Beispiel ist.

Was den Gegensatz zwischen dem – positiv besetzten – Reformwerk auf der einen Seite und dem eher anrühigen Kompromissprodukt auf der anderen angeht, ist vielleicht eine gewisse Relativierung nötig: Der Radbruch-Entwurf enthält eine Reihe von Aspekten, die den Weg zu einem modernen Strafrecht weisen – etwa die begrüßenswerte Entkriminalisierung bei den Sittlichkeitsdelikten. Andererseits hat er genauso wie das heutige Strafrecht eine verhängnisvolle Tendenz dazu, durch Differenzierung, beispielsweise durch täterbezogene Lösungen, Strafrechtsbegrenzungen beiseite zu schieben. Diese beiden Seiten aufgezeigt zu haben, ist ein Verdienst des vorliegenden Buches.



Walter Pauly

Sprache, die für uns dichtet und denkt*

Mit Schillers Wort von Sprache, die selbst dichtet und denkt, rekurrierte Ernst Forsthoff¹ zeitweise auf einen unverfügbaren Eigenwert der Rechtssprache jenseits positivistischer Legalitätsmanöver, auswechselbarer Naturrechtsideologien, aber auch eines mehr oder weniger beliebigen,

bestimmte Gegebenheiten akzentuierenden oder idealisierenden konkreten Ordnungsdenkens. Gegenüber solcher Funktionalisierung und – nahe Heidegger'schem Jargon – »technischer Zurichtung« bei ständiger »Veränderung der Wertskala der Zwecke« wollte Forsthoff die Wissenschaft der

* FLORIAN MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*. Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin: Akademie Verlag 2011, 557 S., ISBN 978-3-05-005101-7

1 FORSTHOFF, ERNST (1940), *Recht und Sprache*, Halle (Saale), 9. Zitat Forsthoff wie in Überschrift unter Abwandlung von Schillers Distichon (»Sprache, die für Dich dichtet und denkt«).

»Belehrung durch die Sprache selbst überlassen«. Er plädierte für eine »Wiederherstellung der juristischen Hermeneutik als Disziplin von eigener logischer Struktur«,² stark angelehnt an Savigny und, wie Florian Meinel betont, »seiner Zeit um zwanzig Jahre voraus« (262). Angesichts der Missbrauchsanfälligkeit der selbst ideologischen Vorstellung einer wahren Sprache kann man mit dem Brieffreund Fritz von Hippel eine weitere Steigerung der Sprachverwirrung monieren und Forsthoffs Appell an die hermeneutische Tugend mit Meinel als »juristische Durchhalteparole im Weltbürgerkrieg der Ideologien« auffassen (263 f.). Tiefschichtiger interpretiert Meinel sodann aber die von Forsthoff gesuchte Anlehnung an die Sprachphilosophie von Hamann und Herder im Sinne einer theologischen Rechtsbegründung, die die göttlich gestiftete und nicht menschlich gemachte Sprache wie Ordnung dem instrumentalistischen Zugriff des Exegeten entrücken soll (264). Übrigens hat Forsthoff dieses rechtstheologische Moment in seiner unveröffentlichten rechtsphilosophischen und ebenfalls an Savigny orientierten Studie »Die Institutionen als Rechtsbegriff« (1944/47) fortgeschrieben, bezugnehmend jetzt vornehmlich auf vorgeordnete organische Ordnungszusammenhänge, wie sie auch schon in »Recht und Sprache« aufgeschienen waren. Jede Institution sollte neben einem sachlichen ein personales Element in Form eines bestimmten Menschenbildes aufweisen, das der evangelische Pfarrerssohn nach der Lehre Martin Luthers durch Fehlsamkeit und Erlösungsbedürftigkeit bestimmte und von da aus die Einordnung individueller Willensautonomie in Strukturen objektiver, überindividueller, gleichwohl geschichtlich wandelbarer Bindungen anthropologisch rechtfertigte (291). Den alles ins Provisorische und Diskutable schiebenden »modernen Massendemokratien«, einschließlich der auf »Herrenkult« aufbauenden »massendemokratischen Diktaturstaaten«, schrieb Forsthoff eine geradezu antiinstitutionelle Verschleißkraft zu (292 f.). Dass auch dieser Versuch, dem juristischen Denken einen neutralen, ideologiefreien Raum zu vindizieren, nicht gelingen konnte, weil sich hinter dem institutionellen Rechtsdenken ebenfalls ein eigenes geschichtliches Legitimitätskonzept versteckte (298), leuchtet theoretisch ein und unterstreicht den Standort im Zeitalter der Ideologien.

Auf der Linie seiner institutionellen Rechtslehre entstand in Forsthoff ein vehementer Kritiker des Grundgesetzes und seines Schöpfers, der »Bonner Pädagogischen Akademie«, da man »politische Wunschzettel« ausgefüllt habe statt die Verfassung der Wirklichkeit abzuzuschleifen, d. h. mit der Verfassungsgebung »die innere, den Verhältnissen bereits innewohnende Ordnung oder Ordnungstendenz« zu treffen und in Normen und Institutionen zu befestigen (324, 326). Meinel zeigt, wie Forsthoff sukzessive seine Kritik abschwächte, ja sich auf das Grundgesetz einließ und es mit seinem spezifischen Rechtsstaatsverständnis ernst zu nehmen und gegenüber sozialstaatlichen Gefährdungen zu stabilisieren versuchte. Entgegen einem verbreiteten Missverständnis habe Forsthoff dabei keine »Höherwertigkeit« des Rechtsstaats gegenüber dem Sozialstaatsprinzip angenommen, sondern beide explizit auf »verschiedenen Ebenen rechtlicher Formgebung« angesiedelt, hier der Eingriffs-, dort der Teilhabelogik folgend, und deswegen beide als voneinander zu trennende Teilordnungen behandelt (375). Anders als die künstlich Staat und Gesellschaft sphärisch scheidende rechtsstaatliche Verfassung verharre das Sozialstaatsprinzip nicht im status quo, ja unterlaufe geradezu verfassungsrechtliche Grenzziehungen und ergebe als Verfassungsgarantie eines Plans oder Programms kaum Sinn (377 f.). Sein Entfaltungsraum lag für Forsthoff im Verwaltungsrecht und seine legitimatorische Potenz, die mit dem alle versorgenden Teilhabeparadigma die Legitimität der politischen Verfassung aussteche, wollte er nicht noch verfassungsrechtlich überhöhen, nein im Gegenteil durch das Rechtsstaatsprinzip parieren. So blieb die Eigentumsordnung unantastbar und die Güterverteilung allein über die Steuerhoheit korrigierbar (392). Forsthoffs »System rechtstechnischer Kunstgriffe« entbirgt also doch mehr als reinen »juristischen Ästhetizismus«, unbeschadet der Benn'schen »Steigerung des Konstruktiven zur gezüchteten Absolutheit der Form« (385). Im Siegeszug der materialen Verfassungstheorie musste Forsthoff zwangsläufig eine von der Smend-Schule inspirierte »Umbildung des Verfassungsgesetzes« unter Zerstörung juristischer Formalstrukturen und »Diskreditierung der Legalität« im Geiste des »massendemokratischen Sozialstaats« erkennen, getragen von einer Karlsruher »Situationsjurisprudenz« mit

2 Ebd. 5, 10 f. und 18.

letztlich aus- und vertauschbaren Werthierarchien (410 ff.). Meinel rekonstruiert nicht nur die bereits im Tonfall heftige Auseinandersetzung umfassend unter Einbeziehung u. a. auch der sowohl von Martin Heidegger wie Jürgen Habermas gespeisten Kritik der Wertphilosophie, sondern er zeigt auch, wie Forsthoff selbst pessimistisch das Ende der überkommenen Stellung des Juristen alten Schlages im der Abhängigkeit verfallenen Staat der Industriegesellschaft dämmerte. Bemerkenswert erscheint seine Rekonstruktion der Forsthoff'schen Position als »Mythologie des Juristen und des juristischen Denkens« (469), wobei Forsthoff schwermütig den Fall des Juristen in die sinnlose Existenz eines bloßen Rechtsfachmanns in einer Welt ohne Ruhelagen, getrieben von nunmehr eher technischen als sozialen Realisationsschüben, registrierte. Auch insoweit belegt Meinel Forsthoffs Nähe zum vielfach kongenialen Arnold Gehlen und markiert eine immer wieder anzutreffende beachtliche Distanz zu Carl Schmitt, mit dem sich der Kontakt in der Nachkriegszeit nicht zuletzt über die 1972 jedoch mangels Teilnehmern zum Erliegen gekommenen Ebracher Seminare intensiviert hatte.

Noch ganz im Banne der Weimarer Lehren seines Doktorvaters Schmitt hatte der Heidelberger Privatdozent wohl im Mai 1933 auf Herrenchiemsee die ungeachtet späterer Distanzierungen bis heute fest mit seinem Namen verbundene Broschüre »Der totale Staat« aus jungkonservativer Perspektive niedergeschrieben, durchsetzt mit etatistischen Vorbehalten, die nach massiver Kritik auch aus Parteikreisen in der zweiten Fassung von 1934 im Wege weitgehender Anpassung abgeschmolzen wurden (87 ff.). Seine zeitgleichen Angriffe auf formalrechtliche Strukturen bürgerlicher Provenienz verbunden mit dem Plädoyer für eine art- und seismäßige Rückbindung des Richters im totalen Staat führten das juristische Selbstverständnis auf einen »toten Punkt« (97), von dem sich Forsthoff dann Mitte der dreißiger Jahre innovativ absetzte, einhergehend mit einer Distanzierung von Schmitt sowie einer schwierig zu beurteilenden Abstandnahme vom NS-System, die in

lose Verbindungen zur Verschwörung des 20. Juli 1944 (228 f., 238 ff.) mündete. Zu den bahnbrechenden Neuorientierungen gehörte namentlich Forsthoffs zunächst eher deskriptives Konzept der Daseinsvorsorge, das Meinel bereits bei Léon Duguit angedacht findet (114) und das ursprünglich seine verwaltungsrechtliche Ausformung in der Figur der »Daseinsverantwortung« erhalten hatte (154). Gründlich rekonstruiert die auch insoweit ausgesprochen gedanken-, bezüge- und materialreiche Berliner Dissertation die Entwicklungsstufen von Forsthoffs Verwaltungsrechtsdenken, ausgehend von einem eher konventionell gehaltenen Manuskript der Verwaltungsrechtsvorlesung aus dem Freiburger Sommersemester 1931 über einen im Nachlass befindlichen, auf das Jahr 1942 datierten Entwurf einer Monographie zum Thema »Aufgabe und Methode der Verwaltungswissenschaft« hin zum 1950 in erster, 1973 in zehnter Auflage erschienenen »Lehrbuch des Verwaltungsrechts«. Präsentiert wird die Geschichte des Scheiterns einer Neusystematisierung des Verwaltungsrechts ausgehend vom Schlüsselbegriff der Daseinsvorsorge (142), weshalb Forsthoff schließlich zu Otto Mayers Rechtsformenansatz zurückkehrte, womit zwar die Gliederung des formalen rechtsstaatlichen, nicht aber die Beherrschung des »unformalen« sozialstaatlichen Verwaltungsrechts gelingen konnte. Als der Staat, unfähig eine eigene Ordnungsidee zu artikulieren, seinen Platz von der Industriegesellschaft angewiesen bekam, bedurfte es einer Umschreibung der Daseinsvorsorge, die nun auch die Eigenvorkehrungen der Industriegesellschaft umfasste (220 f.), wobei Forsthoff der Sache nach den nachsorgenden Gewährleistungsstaat voraussah (195). Bestechend bei der nahezu fünfhundertseitigen Entfaltung der einzelnen, in stetem Wandel begriffenen Theoriegeflechte wirkt die enorme Begriffs- und Beschreibungskraft Forsthoffs, wodurch die Staats- und Verwaltungsrechtslehre als beständiges Sprachspiel erscheint, das die Illusion einer selbst dichtenden und denkenden Sprache hervorzurufen vermag.

■