

# Ein Versuch zur Kategorisierung der Lehren über ›Natur der Sache‹

— Vorstudie zur Überwindung des Gegensatzes  
von rechtlichem Faktum und Wert —  
(Teil A)

Shuji KANAZAWA

**Teil A:**

**Einleitung**

I . Natur der Sache als Rechtentstehungs- bzw. Rechtsgestaltungsquelle

Teil B:

II . Natur der Sache als Rechtserkenntnisgrund

III . Die Natur der Sache als ›Entsprechung‹ oder ›dialektische Einheit‹  
von Sein und Sollen

Teil C:

Schlußbetrachtung

— Möglichkeiten und Grenzen der Lehre über Natur der Sache

## Einleitung

Im vorherigen Beitrag<sup>(1)</sup> wies der Verfasser nachdrücklich auf etwas hin, was in der Ära der Naturrechtsrenaissance erstmals wieder aufkam und was bis heute wohl nicht völlig in Vergessenheit geriet, auch wenn es sich nunmehr kaum noch irgendeiner Popularität erfreut, nämlich: die Diskussion über die ›Natur der Sache‹. Im folgenden werde ich versuchen aufzuzeigen, ob sie in der gegenwärtigen

Rechtswelt noch von Bedeutung ist, diese geheimnisvolle Natur der Sache, und wenn ja, von welcher.

Wie es in allgemeinen Lehren und damit auch in der Naturrechtslehre eben so ist, haben auch die Lehren über die Natur der Sache (früher auch ›Natur der Dinge‹ genannt) eine lange (Begriffs-) Geschichte.<sup>(2)</sup> Bevor wir diese wieder aufrollen, fangen wir doch einmal am Ende dieser Geschichte an, bei unserem Verständnis heute, man sagt dem allgemeinen Sprachgebrauch nach oft: „Das liegt (ganz einfach) in der ›Natur der Sache!‹“ und man will dabei aus einer Verlegenheit heraus, alles bis ins Letzte erklären und begründen zu können, man will auf etwas sehr Offensichtliches, angeblich für alle doch leicht Einsehbares hinweisen, etwas Naturgegebenes und Zwingendes, das in seiner Selbstverständlichkeit wie eine Binsenweisheit für jedermann zu Füßen liegt und das so leicht zu begreifen ist, daß es keiner weiteren Begründung mehr bedarf. Diese allgemeine Sprach- und Begründungsgewohnheit im Deutschen ist offensichtlich schon so tief sitzend im Denken und Handeln des deutschen Volkes geworden, daß sogar das BVerfG in seinen Entscheidungsbegründungen diese ›Natur der Sache‹ unhinterfragt als Synonym für „vernünftig“ oder „sachlich einleuchtend“ benutzt.<sup>(3)</sup> Und ebenso in der Literatur und im Schrifttum wird sie häufig unhinterfragt mit dem „natürlichen Verlauf der Dinge“,<sup>(4)</sup> dem „gewöhnliche[n] Ablauf der Dinge“,<sup>(5)</sup> den „vorgegebene[n] Geschehensabläufe[n]“<sup>(6)</sup> oder mit einer „gesollten objektiven Ordnung der Dinge“<sup>(7)</sup> gleichgesetzt. Nicht nur im allgemeinen Sprachgebrauch, sondern bis hinauf zu wissenschaftlichen oder verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Definitionen meint man mit ›Natur der Sache‹ „stillschweigende“ bzw. „ungeschriebene“ Kompetenzen oder

Zuständigkeiten.<sup>(8)</sup> Die angelsächsische Rechtswelt nennt sie schließlich die „implied powers“, zu deutsch in etwa: die „implizierten, mit einhergehenden, höheren Gewalten“, besonders dann, wenn von „Kompetenzen kraft ›Natur der Sache‹“ die Rede ist.

Den Schleier um dieses „Keiner-weiß-woher-eigentlich?“ zu lüften, wäre aber zuallererst die Aufgabe jeder ernstzunehmenden rechtsphilosophischen Lehre, meine ich. Von einer Rechtslehre wird doch zumindest verlangt, jede oberflächliche Wahrnehmung auf ihre eigentlichen Hintergründe zu hinterfragen und empiristische Analysen mit Wissenschaftlichkeitsanspruch nochmals einer philosophischen Reflexion über die Voraussetzungen der gemachten Aussagen zu unterziehen. Erst das Feststellen der eigentlichen Ursachen, tieferen Ursprünge oder gemeinsamen/jeweiligen Gründe bringt doch das hervor, was Natur der Sache und damit auch Natur des Rechts heißt, also ein scharfes Bewußtsein davon, was Recht und was Unrecht, was unbestreitbares Rechtsfaktum und was nur flexibel interpretierbare Rechtsbewertung ist. Erst wenn Juristen klar unterscheiden können zwischen Rechtsidee und Rechtsstoff, können Juristen auch entscheiden, ob und wann eine rechte oder eine un(ge)rechte Handlung, Tatsache, Wertung, usw. vorliegt. Darüber hinaus schlägt ein schärferes Bewußtsein über die eigentlich Natur der Sache durch bis auf das gesamte Gebiet der Rechtsstaatlichkeit und wie ein Staat seine Rechte definiert bzw. Staatsbürger ihre Rechte definieren. Ein genaueres Wissen um die wahre Natur der Sache im Großen und Ganzen wie im Kleinen und konkreten Teil wirkt sich bis auf alle Details in der Gesetzgebung und Rechtsprechung aus, die dann weiter alle Spielarten der Gesellschaft beeinflussen bis definieren können.<sup>(9)</sup> Der exakte Be-

griff von der Natur der Sache darf nicht vernachlässigt werden, weil er die Substanz dafür liefert, den Gestaltungsverlauf des Rechtlichen genau nachzuvollziehen, womit die Bewertungs- und Auslegungsspielräume des Rechts erst erkennbar werden. Wir wollen festhalten: die Lehren über die Natur der Sache seit der Nachkriegszeit<sup>(10)</sup> sind *cum grano salis* in folgende 3 Kategorien einzuteilen (wenngleich in ihnen auch wieder einige Vermischungen oder eklektizistische Architekturen vorliegen):

Natur der Sache als Rechtsentstehungs- bzw. Rechtsgestaltungsquelle (I),

Natur der Sache als Rechtserkenntnisgrund (II) und

Natur der Sache als ›Entsprechung‹ oder ›dialektische Einheit‹ von Sein und Sollen (III).

## I. Natur der Sache als Rechtsentstehungs- bzw. Rechtsgestaltungsquelle:

### 1. NdS als ›objektive Ordnungsstruktur‹ (Rommen und Messner)

Untersucht werden zunächst einmal diejenigen Lehren der 1. Kategorie, bei den die Natur der Sache als Wertmoment zweifelsfrei feststeht und aus den tatsächlichen Gegebenheiten direkt abgeleitet wurde. Dabei wurde die Natur der Sache oft mit religiösen oder metaphysischen bzw. idealistischen Motiven kombiniert und in eine enge Beziehung mit dem Naturrecht gesetzt.

Innerhalb seines katholischen Denkens fordert *Rommen* dazu auf, neben dem positiven Willen des Gesetzgebers auch die Natur der Sache als Rechtsquelle zu erachten, weil sie gleichsam „der *ordo rerum*“ bzw. „die Wesensordnung des Seins“ seien.<sup>(11)</sup> Ebenso sei nach *Messner* zuvörderst die „Seinsordnung“ mit einzubeziehen, weil sie mitsamt dem sittlich-rechtlichen Vernunftsapriori einen maßgeblichsten Einfluß auf Verhaltensweisen des Menschen übten und in dieser Hinsicht als „die Sachnatur der Naturrechtsordnung“ zu erkennen seien.<sup>(12)</sup> Während er annimmt, das Sittliche folge der „*Sachrichtigkeit*“ und es sei „das Kriterium für die Einrichtung der gesellschaftlichen Lebensordnungen“, hält er es für „das in der ‚*Natur der Sache*‘ Gelegene“.<sup>(13)</sup> Es ist klar, daß auf diese Weise die Natur der Sache nicht nur ein bloßes Mittel für die Jurisprudenz darstellt, welches dieser bei der „Sachverhaltserkenntnis“<sup>(14)</sup> hilft, sondern daß sie ganz offensichtlich mit der Idee des Naturrechts kombiniert wird. Indem „der Begriff der ‚*Natur der Sache*‘“ „wieder seine Schlüsselstellung für die konkrete Naturrechtslehre“ erhält,<sup>(15)</sup> erschließe er die „*objektive Seite*“ des Naturrechts.<sup>(16)</sup>

## 2. NdS als ›ontologische/sachlogische Struktur

(Welzel, Maihofer, Wieacker, Schambeck, Ballweg,

Coing, Weischedel, Marcic und Weinberger)

Noch bestimmter in dieser Hinsicht ist die Argumentationsweise *Welzels*, er zitiert „die bleibenden Ergebnisse des Naturrechts“ und deutet zugleich auf „bestimmte ontologische Grundgegebenheiten“ hin, „an die jede denkbare Wertung gebunden ist und die darum jeder Wertung feste Grenzen setzen“. Für solche Wesensstrukturen gelten z. B. „die ontologische Struktur der Handlung“ oder „die sachlogische

Struktur der Schuld“,<sup>(17)</sup> die „ewige Wahrheiten“ in sich enthalten würden:

„Diese ewigen Wahrheiten der sachlogischen Sphäre können den Gesetzgeber gewiß nur ‚relativ‘ binden, nämlich bedingt dadurch, welche er von ihnen als Grundsatz wählt, binden ihn dann aber nicht minder streng als jede sonstige sachlogische Notwendigkeit und zwingen ihn überdies, Farbe zu bekennen, eine von ihnen zu wählen! In ihnen hat die Rechtswissenschaft das bleibende Objekt, das sie von jeder gesetzgeberischen ‚Willkür‘ unabhängig stellt. Sie bilden zwar kein geschlossenes System, wie das Naturrecht meinte, sondern durchsetzen punktförmig den ganzen Rechtsstoff und geben ihm den bleibenden Halt innerhalb der nur im Hier und Jetzt zu treffenden Entscheidungen.“<sup>(18)</sup>

Erforderlich zur Überwindung des Positivismus‘ sei deswegen nicht die Erforschung des Geartetseins des Naturrechts,<sup>(19)</sup> sondern „Herausarbeitung der sachlogischen Strukturen, die im ganzen Rechtsstoff stecken und die jeder positiven Regelung vorgegeben sind.“<sup>(20)</sup> Für *Maihofers* stellt die Natur der Sache die sich geschichtlich gestaltete Ordnung des Seienden in seiner konkreten Fülle dar. Im Denken der Natur der Sache sei die „Brücke“ zwischen „Sein und Sollen, d. h. dem *vom Sein geforderten Sollen* und dem vom Bewußtsein geforderten Sollen“ geschlagen,<sup>(21)</sup> indem die Natur der Sache in ihrer Dialektik mit der Bestimmung des Menschen die konkrete Existenz des Menschen in der Welt als „*Produkt eines Vorgegebenen und Aufgegebenen* zugleich“ erschließe.<sup>(22)</sup> Außerdem sieht er die ontologischen Voraussetzungen ferner so, daß „in der jeweiligen typischen Konstellation wie-

derkehrender Situationen“ die sachgesetzliche/sachlogische Struktur liege,<sup>(23)</sup> so daß mit dieser „*sachgesetzliche[n] Struktur der sozialen Lebensrollen und Lebenslagen*“<sup>(24)</sup> die sog. Natur der Sache identisch sei. Sie zeige unser menschliches Dasein als ›In-der-Welt-sein‹ oder als soziales ›Alssein‹<sup>(25)</sup> auf, das zusammen mit dem individuellen ›Selbstsein‹ und dem allgemeinen ›Menschsein überhaupt‹ ein ursprüngliches Existenzial sowie eine fundamentale Struktur der Person ausmache.<sup>(26)</sup> Ausgehend von dieser Perspektive folgert er weiter, daß die Natur der Sache „zu einer neben dem Gesetz stehenden *außergesetzlichen Rechtsquelle*“ und „zum *außerpositiven Maßstab der sachlichen Richtigkeit und menschlichen Gerechtigkeit allen materialen positiven Rechts*“ geworden sei bzw. dies schon immer gewesen sei. Und weil sie in dieser Interpretation wieder „zum *konkreten Naturrechtsdenken*“ führe, gelange die an ihr orientierende Rechtsphilosophie endlich „zum *konkreten Naturrecht*“.<sup>(27)</sup> Ein derartiges „bescheidende konkrete und relative ‚Naturrecht‘“ bilde nunmehr *Wieacker* zufolge „einen nicht zu unterschätzenden Orientierungs- und Stabilisierungsfaktor bei zweifelhaften Bewertungen.“<sup>(28)</sup> So trete die Natur der Sache als ›konkretes Naturrecht‹ in den positivrechtlichen Bereich vor und damit auch als elementares Kriterium für materiale Gerechtigkeit in Erscheinung, an das sich sowohl Gesetzgeber wie auch Richter binden sollten.<sup>(29)</sup> Der *Schambeck*’schen Meinung nach ist Natur der Sache „*der Wesensgrund (die ‚Natur‘) einer Gegebenheit (der ‚Sache‘) mit Relevanz für eine positive Rechtsnorm.*“<sup>(30)</sup> und somit „Ausdruck der kosmischen Ordnung im Recht“.<sup>(31)</sup> Daraus folge, daß sie „in gleicher Weise Ausdruck der Faktizität wie der Idealität“ sei: „Sie weist gleichzeitig auf ein vorhandenes Sein und auf den in diesem angelegten sinnhaften Gehalt hin, der einen im Sein selbst begründeten Zweck

(τέλος) offenbart.“<sup>(32)</sup> Im Wege der Forschung der Natur der Sache soll sich also die Möglichkeit ergeben, ›natürliches Recht‹ zu erkennen.<sup>(33)</sup> Noch lakonischer legt *Ballweg* fest: „*Natur der Sache ist die objektiv feststellbare, sachlogische Strukturiertheit der Wirklichkeit, deren seinsmäßiger Ordnungscharakter das Recht maßgebend konstituiert.*“<sup>(34)</sup> *Koller* weist darauf hin, daß im Gegensatz zum Typus, der „— wie der Allgemeinbegriff — als ens rationale vom menschlichen Verstand abhängt, der ihn erkennt“, die Natur der Sache ›vorbegrifflich‹ und demgemäß „Wirklichkeit schlechthin“ sei, die von „der typologisch erfaßten Wirklichkeit (= Typus)“ unterschieden werde.<sup>(35)</sup> Im gleichen Tenor sieht das *Coing*:

„Die Natur der Sache bietet uns also Ordnungselemente, aber keine Ordnung selbst. Ihre Betrachtung führt zu der Erkenntnis, daß der Stoff, mit dem es die Rechtsordnung zu tun hat, das soziale Leben, keine völlig ungeformte Masse ist, sondern schon gewisse Strukturen aufweist, an welche die rechtliche Ordnung anknüpfen kann und muß. Aber die Feststellung dieser Strukturen enthebt uns nicht der Aufgabe, selbst wertend und ordnend einzugreifen. Sie macht die ordnende Tat der Rechtssetzung nicht unnötig. Ja im Gegenteil, erst wenn wir wertend an die Sachverhalte herantreten, treten die Strukturen, die mit der Natur der Sache gemeint sind, deutlich hervor und erhalten ihre Relevanz.“<sup>(36)</sup>

Während der Begriff der Natur der Sache „die Natur des Menschen“ umschließe, begreife er zugleich „die eigenartige Sachgesetzlichkeit in sich, die den einzelnen Tätigkeitsbereichen und Gemeinschaften des Menschen eigen ist.“<sup>(37)</sup> Auf *Welzel* und *Coing* verweisend erkennt



*Weischedel*: „[...] kein Gesetzgeber und kein Richter wird Entscheidungen treffen wollen, die mit der Natur des Menschen und seiner Welt sowie mit den Sachgesetzmäßigkeiten und ontologischen Grundgegebenheiten in Widerspruch stehen.“<sup>(38)</sup>

Des weiteren: *Marcic* bietet dem Richter mit der Natur der Sache als ein „Objektivelement“ zusammen mit den „allgemeinen und logischen Denkgesetzen“ als dem „Subjektivelement“ das Mittel zur Hand, „wodurch der Richter das präpositive Recht heranzieht, wenn die positive Rechtsordnung nicht befriedigt“.<sup>(39)</sup> Ähnlich spendabel ist *Weinberger*: „Manchmal bildet die Natur der Sache (dh die Struktur des Normierungsfeldes) Grenzen der möglichen Gestaltung von Institutionen.“<sup>(40)</sup>

### 3. Zwischenbilanz

Durchgehen lassen wollen wir den Verfechtern der Lehren dieser 1. Kategorie den Versuch, das Gefüge des existierenden Rechtlichen überhaupt und somit der ganzen Rechtswelt, welches nach ihrer Meinung eo ipso apodiktisch irgendwelche materiellen Werte innehat, ontologisch zu erkennen,<sup>(41)</sup> wenngleich ihr Erkenntnisprozeß noch manchmal im Ontischen stecken bleibt. Obzwar ihre Lehren den traditionellen Naturrechtslehrern nicht im geringsten gleichen — einige lehnen diese auch rundweg ab —,<sup>(42)</sup> neigen sie in ihrer Denkrichtung sich doch diesen Naturrechtslehren zu insofern sie die These, das Sollen sei aus Sein abzuleiten, mehr oder weniger gutheißen und billigen.<sup>(43)</sup> *Rommen*, *Messner* und *Maihofer* wollen mit ihrem Begriff der Natur der Sache sogar unverhohlen eine neue Naturrechtslehre begründen,<sup>(44)</sup> wobei sie diese aber stets in Verbindung mit der konkreten Gesell-

schaftssituation auszubrüten versuchen.<sup>(45)</sup> In der Summe reduziert der Gesamtbau dieser Lehren der 1. Kategorie doch tendentiell die Natur der Sache zu einem Monismus, zu etwas Statischem, Unverrückbarem. Zu oft setzen die Verfechter dann die Natur der Sache mit der Entstehungsquelle bzw. der „*Erzeugungsquelle des positiven Rechtes*“ gleich.<sup>(46)</sup>

#### 4. NdS als ›wertfreie Seinswirklichkeit (Stratenwerth und Armin Kaufmann)

Jedoch geht der Schüler Welzels *Stratenwerth*,<sup>(47)</sup> der die Natur der Sache als sachlogische Struktur anerkennt, noch einen Schritt weiter: „Sachlogische Strukturen sind – abschließend gesagt – *ontische Gegebenheiten, die sich unter einem bestimmten Gesichtspunkt als wesentlich herausheben*.“<sup>(48)</sup> Hervorzuheben ist hier von ihm der Wertungsakt des Subjekts, durch den erst der Sinn der ›Natur‹ als das Wesen der Verhalte der Vorgegebenen ›sach‹gemäß entdeckt werden könne, und dies bedeutet, daß der Feststellung der sachlogischen Struktur der Interpretation über Sachzusammenhänge vorangeht, die notwendig von dem Unterschied der Blickrichtung abhängt und je nach ihm verschieden kann. Was die sog. sachlogischen Strukturen für die Schaffung und Auslegung des positiven Rechts verbindlich erscheinen läßt, ist so gesehen nichts anderes als eine Menge irgendwelcher Wertungsgesichtspunkte, die von vornherein als maßgeblich ausgegeben wurden. Mit dieser Einsicht über die Wertungsbezüglichkeit der Natur der Sache und damit über den relativen Charakter derselben warnt Stratenwerth alle diejenigen, die der ontologischen Strukturiertheit zuliebe jeder Wertung feste Grenzen zu

setzen und dadurch die Natur der Sache mit dem Naturrecht gleichzusetzen pflegen:

„Diese Konsequenzen der ‚Relativität‘ der Natur der Sache auf leitende Gesichtspunkte stehen jedem Versuch entgegen, die sachlogischen Zusammenhänge kraft ihrer immanenten Evidenz mit naturrechtlichem Rang auszustatten. Das Problem des Naturrechts liegt auf einer anderen Ebene: es stellt sich erst mit der Frage nach der Verbindlichkeit der Wertgesichtspunkte, auf die die sachlogischen Strukturen ihrerseits verweisen und deren Maßgeblichkeit in der Hinwendung zur Natur der Sache immer schon vorausgesetzt wird.“<sup>(49)</sup>

Ebenfalls hebt *Armin Kaufmann* die Notwendigkeit der prinzipiellen Unterscheidung von ontologischer Struktur und der ihr zugeordneten Wertung hervor:

„Die Sachlogik ist nicht mit der Seinsstruktur identisch; ebensowenig ist sie Ausfluß der Wertung als solcher. Die Sachlogik liegt vielmehr in der Notwendigkeit der Beziehung zwischen der Seinsstruktur und der Wertung. ‚Vorgegeben‘ ist ein ontischer Sachverhalt deswegen, weil er eine Wertung notwendig herausfordert. Oder, mit Blick von der Wertungsseite her: Eine bestimmte Wertschicht tendiert notwendig auf eine Art von Seinssachverhalten, die ihr deshalb vorgegeben sind.“<sup>(51)</sup>

Indem Stratenwerth und Armin Kaufmann<sup>(52)</sup> nun ihren Blick eher auf „die Zweck- und Sinngehalte, auf die solches Verhalten sich richtet“, als auf „sachlogische Eigenheiten des zweck- und sinngerichteten

menschlichen Verhaltens selbst<sup>(53)</sup> werfen, nähert sich ihr Denken dem Standpunkt der nächsten Kategorie an.

(Fortsetzung folgt)

### Anmerkungen

- (1) The Chuo-Gakuin University Review of Faculty of Law, Vol. 26, No. 1/2 (2013), 193-227, 209ff..
- (2) Näheres bei Walter Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie* (1940), 9., unveränd. Aufl., Berlin/Heldelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong, 1989, 239; Wilhelm A. Scheuerle, *Rechtsanwendung*, Nürnberg/Düsseldorf, 1952, 138, Fn. 466; Eberhard Schmidt, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, 5ff.; Werner Maihofer, *Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*, in: *Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse* (éd.), *Droit et Nature des Choses. Travaux du colloque de philosophie du droit comparé* (Toulouse, 16-21 septembre 1964), Paris, 1965, 103-120, 103 seqq.; Michel Villey, *La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*, in: id., 69-88, 69 seqq. = Villey, *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, 1969, 38-59; id., *Il concetto «classico» di natura delle cose*, *Jus: Rivista di scienze giuridiche*, XVIII (1967), 28-46, 31 seqq., 37 seqq.; Bernhard Rehfeldt, *Einführung in die Rechtswissenschaft. Grundfragen, Grundgedanken und Zusammenhänge*, 2., erg. Aufl., Berlin, 1966, 117ff. (§ 26); Heinrich Marx, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde* (Diss.), Göttingen, 1967, 5f., 9ff. et passim; Reinhold Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München, 1962, 154f.; dems., *Art.: Rechtsphilosophie*, in: Hermann Kunst/Siegfried Grundmann (Hgg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart/Berlin, 1966, Sp. 1666-1711, 1689ff. (ebenfalls Roman Herzog/Hermann Kunst/Klaus Schlaich/Wilhelm Schneemelcher [Hgg.], *EvStL*, Bd. II: N-Z, 3., neu bearb. u. erw. Aufl., Stuttgart, 1987, Sp. 2719-2773, 2746ff.); dems., *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2., neubearb. u. erw.

Aufl., München, 1969, 54 ff. u. 76f.; Ralf Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin, 1965; dems., Art.: Natur der Sache, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hgg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6: Mo-O, Darmstadt, 1984, Sp. 478-482; Heinz Jürgen Wirz, Die ‚Natur der Sache‘ als dynamisches Erkenntnisprinzip kanonistischer Rechtsfortbildung. Eine rechtsphilosophische Untersuchung (Diss.), Bd. 1, Münster, 1975, 128 ff. (§ 10); Rolf Gröschner, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, Tübingen, 1982, 118ff. mit Anm. 72ff. (zu Jhering); Theo Mayer-Maly, Art.: Natur der Sache, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hgg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III: List-Protonotar, Berlin, 1984, Sp. 917-922; Vladimír Kubeš, *Ontologie des Rechts*, Berlin, 1986, 237ff.; Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (FaM 1986), 2., unveränd. Aufl. [Aufklärung über Justiz: 2. Halbbd.], FaM, 2008, 69ff., 83f. mit Anm. 29, 127 (Anm. 4), 137f. (Anm. 47), 152 mit Anm. 35, 160, 217ff. u. 242f.; dems., *Gesucht: Rechtsethik, westlicher Typ* (1990), jetzt in: Ogorek, *Aufklärung über Justiz*, 1. Halbbd: *Abhandlungen und Rezensionen*, FaM, 2008, 488-512, 489; dems., *Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?* (1993), jetzt in: ebd., 121-134, 124; Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft. Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts*, 7., neubearb. Aufl., Berlin/New York, 1991, 175ff. (§ 23); Panajotis Kondylis, *Montesquieu: Naturrecht und Gesetz. Der Staat* 33 (1994), 351-372, 362f.; Dietmar Willoweit, *Die Revisio Monitorum des Carl Gottlieb Svarez*, in: Günter Birtsch/Dietmar Willoweit (Hgg.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, Berlin, 1998, 91-112, 95ff.; Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden*, Tübingen, 2000, 43 (Fn. 29), 108 u. 132; Marcel Kaufmann, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 2002, 44ff.; Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, 2004, 54f.; Peter Krause, *Warum und mit welchem Recht sprechen wir von vernunftrechtlichen Gesetz-*

büchern der Aufklärung?, in: Jörg Wolff (Hg.), Kultur und rechtshistorische Wurzeln Europas. Arbeitsbuch, Mönchengladbach, 2005, 297-340, 299, 301 u. 310; Hinrich Rüping/Günter Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5., völlig überarb. Aufl., München, 2007, 86f. (Rn. 183); Martin Reulecke, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, Tübingen, 2007, 32, 36, 140f., 168, 170f., 181 u. 332 (Anm. 338); Frank Ludwig Schäfer, Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht, FaM, 2008, 155ff.; Jan Schröder, Topik und Jurisprudenz in der Frühen Neuzeit, in: Wolfgang Dickhut/Stefan Manns/Norbert Winkler (Hgg.), Muster im Wandel. Zur Dynamik topischer Wissensordnungen in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, Göttingen, 2008, 33-48, 45; Dieter Schwab, Das Geistige Eigentum zwischen Naturrecht und Positivierung. Zugleich einige Anmerkungen zu Pütters Schrift gegen den Büchernachdruck, in: Louis Pahlow/Jens Eisfeld (Hgg.), Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, Tübingen, 2008, 35-49, 40ff.; Heinz Barta, »Graeca non leguntur«? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. I, Wiesbaden, 2010, 294, 353, 363 (Fn. 1737) u. 441. Siehe auch Alexander Achilles/Albert Gebhard/Peter Spahn (bearb.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I (Berlin 1897), Nachdr., FaM, 1983, 69 (Prot. 12 IX); Benno Mugdan (Hg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil (Berlin 1899), Nachdr., Stockstadt a. M., 2005, 685 (§ 74 I).

Als Klassiker und Befürworter der Lehre der Natur der Sache können Cicero, Lukrez, Th. v. Aquin, C. Wolff, Montesquieu, J. S. Pütter, J. F. Runde, C. G. Svarez, K. L. W. v. Grolman, B. W. Leist, H. Dernburg, F. Regelsberger, ferner auch Aristoteles, Rousseau, Kant, J. G. H. Feder, Schiller, C. L. v. Haller, Hegel, Thibaut, Savigny, J. H. Thöl, K. A. v. Vangerow, R. v. Jhering, Dilthey, P. Laband, F. Adickes, E. Huber, M. Proebst, F. Géný, E. Ehrlich, W. Jellinek usf. genannt werden (auch in der naturgeschichtlichen Forschungen wie etwa von Isidor von Sevilla, Beda Venerabilis, Hrabanus Maurus, Alexander Neckam, Bartholomaeus Anglicus usw., wurden die Formulierung „Natur“ bzw. „Ordnung“ der Dinge oft

verwendet).

Nach Jhering, *Unsere Ausgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. I (1857), 1-52, 8 u. 17: „was man die Deduction aus der Natur der Sache genannt hat, man könnte sie auch die juristische Spekulation nennen“; „Wie manche Lehren gibt es, die rein ein Produkt der römischen Jurisprudenz sind, wo die Jurisprudenz von jedem gesetzlichen Anhaltspunkt verlassen, lediglich auf sich selbst, d. h. auf die naturhistorische Methode, die Erschließung der inneren Nothwendigkeit, die Erforschung der Natur der Sache angewiesen war.“ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Wieacker, *Rudolf von Jhering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*, Leipzig, 1942, 44ff..

Adickes zufolge: „Verbindliche Norm ist lediglich, was als solche gewollt und ausgesprochen ist. Ihre Anwendung auf nicht gewollte Punkte kann nie durch das Gesetz, sondern stets nur durch die Natur der Sache gerechtfertigt werden.“ So Franz Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*, Cassel/Göttingen, 1872, 27 (§ 2). Siehe auch 17ff. (§ 1) u. 67ff. (§ 6).

Reichel meint: „Das Gesetz hat Lücken: das Recht ist lückenlos. Das Gespenst des rechtsfreien Raumes existiert nicht.“ Und aus diesem Bedenken schließt er, „im letzten Zweifelsfalle entscheidet der Richter nach den objektiven Normen, die sich aus der ‚Natur der Sache‘ ergeben. Soll nun aber dieser Begriff mehr als Schlagwort, mehr als blosser Verlegenheitsausdruck sein, so muss er mit objektiv-normativem Gehalte erfüllt sein. Und in der Tat: die ‚Natur der Sache‘ ist nichts anderes, als das ‚nach Sachlage Natürliche‘, d. h. das derzeit Richtige, Gerechte, Kulturgemässe, Heilsame.“ Dabei setzt Reichel den Begriff der Natur der Sache mit demselben von ›Rechtsanalogie‹, ›Zeitgeist‹ bei W. Jellinek, ›Wertungen der Allgemeinheit‹ bei A. Wehli, ›necessitas iuris‹ bei K. H. F. v. Gareis, ›Gerechtigkeit‹ bei Ehrlich, ›Grundsätzen des richtigen Rechts in besonderer Lage‹ bei Stammler und ›règles de l'humanité‹ oder ›équité naturelle‹ gleich. Siehe Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, 1915, 106 (Anm. 2), 108 u. 110.

Auch in den Werken von Triepel können wir den Terminus „Natur der Sache“ herausfinden. Z. B. Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches* (Berlin 1917), unveränd. Nachdr. Darmstadt, 1964, 1; ders., *Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung*, Tübingen, 1908, 276 u. 324; ders., *Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien. Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über sogenannte schuldverschreibungsähnliche Aktien in der Durchführungsbestimmung zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften. Ein Rechtsgutachten*, Berlin/Leipzig, 1924, 26ff.

Erich Kaufmann, Otto Mayer, *VerwArch* 30 (1925), 377-402, 401, stellt fest: „Die überpositiven, aus der Natur der Sache und aus dem Wesen des Rechts fließenden, wenn man will: die naturrechtlichen Wahrheiten über die einzelnen Disziplinen der Rechtswissenschaft zu finden, bleibt die vornehmste Aufgabe der Jurisprudenz.“

Heinrich Stoll, *Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit (Rückblick und Ausblick)*, in: Otto Schreiber (Hg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (I. Oktober 1929)*, Zweiter Band: *Zivil- und Handelsrecht*, Berlin/Leipzig, 1929, 49-81, 49f., nimmt an: „[...] Aber wenn der Gesetzgeber die Natur der Dinge übersieht oder verachtet und glaubt die Welt nach seinem Wunsche gestalten zu dürfen, so muß er bald die Wahrheit der horazischen Lebensweisheit verspüren: naturam expellas furca tamen usque recurret.“

Gerhard Anschütz spricht vom „Wesen der Dinge“. Hierfür Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen, 1930, 367. Ebenfalls Ludwig Gebhard, *Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, München/Berlin/Leipzig, 1932, 88f. (Vorb. zu den Art. 6-14), 92 (zu Art. 6), 118 (zu Art. 10), 121 (zu Art. 11) u. 124 (zu Art. 12). Siehe auch Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997, 236.

Hans Sachsse, *Naturrecht in der Sicht der Naturwissenschaft*, *ARSP* 54 (1968), 499-522, 501, weist Natur der Sache als „das sachlich Angemessene, *pacta sunt servanda*“ auf, während „Naturrecht als Sachbe-



dingtheit, ‚sachlich-sein‘ als Forderung eines ‚Sachethos‘“ zu erachten seien. Zur weiteren Forschung ist immer noch sehr hilfreich: Winfried Hassemer, Bibliographie, in: Arthur Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung XXII), Darmstadt, 1965, 664-742.

Hinsichtlich der sprachwissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Terminus ›Natur der Sache‹ siehe Klaus Grotzsch, Von der „Natur der Sache“ zur Geschichte der Sprache. Der Übergang von der Sprachforschung zur Sprachwissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts, Berichte zur Wissenschaftsgeschichte 8 (1985), 205-217, 211f.

Zur marxistischen Kritik an dem Begriff der Natur der Sache vgl. Hermann Klenner, Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, Berlin (Ost), 1984, 175ff.. Wie Klenner dort (176) erwähnt, spricht auch der junge Marx von der „rechtliche[n] Natur der Dinge“. Hierfür Karl Marx, Verhandlungen des 6. Rheinischen Landtags. Dritter Artikel: Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz, Oktober 1842, in: IML beim ZK der KP dSU/ IML beim ZK der SED (Hgg.), MEGA, Erste Abt., Bd. 1, Berlin (Ost), 1975, 199-236, 202: „Das Gesetz ist nicht von der allgemeinen Verpflichtung entbunden, die Wahrheit zu sagen. Es hat sie doppelt, denn es ist der allgemeine und authentische Sprecher über die rechtliche Natur der Dinge. Die rechtliche Natur der Dinge kann sich daher nicht nach dem Gesetz, sondern das Gesetz muß sich nach der rechtlichen Natur der Dinge richten.“

Ferner vgl. Hasso Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Christian Starck (Hg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes (2. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 14. u. 15. Nov. 1986), Göttingen, 1987, 948, 34ff.. Auf ihn verweisend Klaus Günther, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Dieter Grimm (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben — sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 51-68, 57f.: „Mit der sachlichen Abstraktion von den konkreten Umständen der Situation und mit der sozialen Generalisierung des Kreises der Betroffenen sollte die ‚Wahrheit‘, die in der Natur der Sache selbst und in den Interessen der Betroffenen steckt, im Gesetz verkörpert werden“. Breidbach faßt auf, daß die Natur uns von menschlichen

Handlungen und von der Kultur vermittelt als ein Produkt erscheint. Hierzu Olaf Breidbach, *Neue Natürlichkeit*, in: Olaf Breidbach/Werner Loppert (Hgg.), *Die Natur der Dinge. Neue Natürlichkeit?*, Wien/New York, 2000, 6-28, 7.

- (3) Maßgeblich und richtungweisend BVerfG-Urt. v. 23. Okt. 1951 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (16 u. 52). Die Entscheidungen des BVerfG, die ausdrücklich auf dieses Urteil verweisend oder ihm indirekt folgend ›Natur der Sache‹ gleichartig verstehen, sind etwa: BVerfGE 1, 208 (247f.); 9, 334 (337); 11, 245 (253); 12, 341 (348); 13, 181 (203), 290 (302f. u. 317), 356 (362); 14, 142 (150); 15, 126 (129), 313 (320); 17, 319 (330); 18, 38 (46), 121 (124); 20, 31 (33); 21, 6 (9); 23, 50 (60), 135 (143), 258 (263); 24, 203 (215), 220 (228), 300 (357); 25, 101 (105), 269 (292f.); 27, 1 (10), 142 (149), 375 (386); 28, 324 (347); 29, 283 (298), 413 (429); 30, 409 (413); 31, 212 (218f.); 32, 346 (360); 33, 367 (384); 34, 103 (109); 35, 263 (272); 36, 174 (187), 383 (388); 38, 1 (17), 128 (134), 154 (166), 241 (257); 39, 156 (162); 40, 109 (115f.); 41, 121 (124f.); 42, 374 (388); 43, 58 (70); 44, 70 (90); 45, 376 (388); 46, 55 (62); 47, 85 (94 u. 99), 109 (124f.); 48, 281 (290); 49, 192 (209), 260 (271, 276f. u. 279), 280 (283), 382 (396); 50, 57 (77), 142 (162); 51, 1 (23f. u. 37), 43 (59), 60 (76), 295 (300); 52, 256 (262); 55, 114 (128); 60, 101 (108); 61, 138 (147); 64, 158 (168f.); 65, 141 (148); 68, 237 (250); 71, 39 (58f.), 255 (271); 75, 108 (157); 76, 256 (329); 78, 104 (121), 249 (278); 79, 223 (236); 82, 126 (142); 83, 89 (107f.); 89, 132 (141); 99, 129 (140); 101, 254 (299 u. 302), 275 (291); 103, 310 (318 u. 329); 105, 73 (110); 106, 201 (206); 107, 27 (46), 218 (244), 257 (270); 110, 412 (431f.); 113, 167 (214); 114, 258 (297f.); 117, 302 (311). Siehe auch BVerfGE 4, 352 (356), 8, 174 (180 u. 183); 14, 30 (34); 22, 28 (34); 24, 75 (100); 25, 371 (402f.). Ebenfalls BFHE 58, 109 (111ff.); 61, 441 (443); 73, 387 (392). Auch Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts v. 16. Nov. 1964 I B 182/64, GewArch 1965, 30 (31). Ähnlich schon bei BayVerfGH: Entscheidung v. 15. Okt. 1948 Vf. 2, 24-VII-48, BayVGHE (II. Teil) I, 64 (66 u. 79) = VerwRspr 1, 253 (254 u. 265).

Hinsichtens der Berufung auf die Natur der Sache u. ä. (vor allem bei der Erklärung von Gleichheitssatz und Willkürverbot) in der frühen Rechtsprechung siehe Gerhard Leibholz, *Gleichheit und Allgemeinheit der Verhältniswahl nach der Reichsverfassung und die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, JW 1929, 3042-3044, 3033; Ernst Rudolf Huber, *Die Beschäftigung bekenntnisloser Lehrer nach der Reichsverfassung*, AöR

N. F. 22 (1932), 99-109, 103 („Der Gleichheitssatz des Art. 109 Abs. 1 RV, wie der Art. 128 Abs. 1 verlangen nun nicht nur, daß ungerechtfertigte Unterscheidungen nicht gemacht werden, sondern sie gebieten auch, die notwendigen und im Wesen der Sache liegenden Unterscheidungen vorzunehmen.“ Vgl. in diesem Zusammenhang dens., Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, Breslau, 1930, 163; dens., Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung. Zwei Abhandlungen zum Problem der Auseinandersetzung von Staat und Kirche, Tübingen, 1927, 1 (Anm. I); Julius Federer, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, JöR N. F. 3 (1954), 15-66, 28; Otto Bachof/Dietrich Jesch, Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland, JöR N. F. 6 (1957), 47-108, 77, 94 u. 99; Bernhard Wolff, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1954 bis 1957, JöR N. F. 7 (1958), 107-153, 116ff.; Konrad Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), 174-198, 186ff.; Paul Kirchhof, Die Verschiedenheit der Menschen und die Gleichheit vor dem Gesetz [erw. Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 26. Febr. 1996], München, 1996, 34ff.; Hans Peter Bull, Absage an den Staat? Warum Deutschland besser ist als sein Ruf, Berlin, 2005, 172f.; Werner Heun, Die Rezeption des Gleichheitssatzes und seine Weiterentwicklung unter dem Grundgesetz, in: Jörg-Martin Jehle/Volker Lipp/Keiichi Yamanaka (Hgg.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Zweites Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen-Kansai, Göttingen, 2008, 125-139, 132.

In bezug auf Willkürverbot hat der erste Senat des BVerfG in seinem Beschluß v. 7. Okt. 1980, BVerfGE 55, 72 (88) die sog. ›Neue Formel‹ entwickelt. Hinsichtlich ›Neue Formel‹ vgl. Hans-Michael Kallina, Willkürverbot und neue Formel. Der Wandel der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG, Tübingen, 2001, 73ff. et passim; Herbert Wiedemann, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, Tübingen, 2001, 53f.; Werner Heun, Kommentar zu Art. 3 GG [Gleichheit], in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar [Dreier-GGK], Bd. I: Präambel, Artikel 1-19, 2. Aufl., Tübingen, 2004, 398-483, 416f. (Rn. 21); dens., Die Rezeption

des Gleichheitssatzes und seine Weiterentwicklung unter dem Grundgesetz, 136ff.; Arndt Schmehl, Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, Tübingen, 2004, 109f.; Jörg Ipsen, Staatsrecht II. Grundrechte, 10., überarb. Aufl., Köln, 2007, 208ff. (§ 19 I 3; Rn. 759ff.); Gabriele Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen, 2008, 149ff.; Heinrich Wilms, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Auszug). Vom 23. 5. 1949, BGBl I 1, BGBl III 100-1, in: Klaus Hümmerich/Winfried Boecken/Franz Josef Düwell (Hgg.), Anwalt-Kommentar Arbeitsrecht, Bd. 2, Bonn, 2008, 3086-3121, 3086f. (Rn. 21 ff.); Uwe Kischel, Kommentar zu Art. 3 GG [Gleichheit vor dem Gesetz], in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hgg.), Grundgesetz. Kommentar, München, 2009, 53-115, 64f. (Rn. 28ff.); Johannes Arnade, Kostendruck und Standard. Zu den Auswirkungen finanzieller Zwänge auf den Standard sozialversicherungsrechtlicher Leistungen und den haftungsrechtlichen Behandlungsstandard, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2010, 122f.; Mathis Bader, Organmangel und Organverteilung. Das Allokationsdilemma der Transplantationsmedizin aus juristischer Sicht, Tübingen, 2010, 302ff.; Michael Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerrecht, Tübingen, 2010, 399ff.; Alfred Katz, Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht, 18. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010, 361f. (Rn. 709); Daniela Winkler, Grundrechte in der Fallprüfung. Schutzbereich – Eingriff – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010, 135ff..

Zu beachten ist allerdings, daß der auf der Natur der Sache beruhende Prüfungsmaßstab des Willkürverbots mit der Adaptierung der ›Neuen Formel‹ nicht aufgehoben ist. Sondern dieses Maßstab wirkt nach wie vor als Voraussetzung für gerichtliche Urteile, sodaß die Kontinuität der bisherigen Rechtsprechung gewährt bleibt. Wohl ist in der Praxis auch die strengere Formel als ein Auslegungsmittel für weitere Konkretisierung und Präzisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes nützlich, es ist aber nicht zu leugnen, daß sie begrifflich betrachtet extentional kleiner ist, sodaß sich der herkömmliche Maßstab durch sie nicht ersetzen läßt. Vielmehr müssen beide Kriterien so miteinander kombiniert

verwendet werden, daß bei der Abwägung von Ungleichbehandlung und notwendigen Rechtfertigungsgründen die Anwendung der ›neuen‹ Formel stets im Rückgriff auf den wesentlichen Inhalt und die Tragweite der ›alten‹ gesucht wird. Dies gilt auch für die sog. ›neueste‹ Formel, die die ›neue‹ verfeinert haben soll. Vgl. dazu BVerfGE 88, 87 (96f.). In der Literatur Kischel, a. a. O.. Mit Recht stellt Kischel (Rn. 29.1) fest: „Die Formeln haben einander auch nicht etwa abgelöst, sondern bestehen nebeneinander fort.“

- (4) Armin Spitaler, Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung. Keine Feststellung des Begriffs in den gesetzlichen Bestimmungen, DB I (1948), 148.
- (5) Josef Kaiser, Auslegungsgrundsätze im Steuerrecht unter besonderer Würdigung der prinzipiellen Funktion der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Göttingen, 1970, 27.
- (6) Jürgen Danzer, Die Steuerumgehung, Köln, 1981, 61.
- (7) Hermann Weinkauff, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland, Tübingen, 1952, 15.
- (8) Wimmer sieht die Natur der Sache als „schweigsam“ an und meint: „Ihre ‚Gerechtigkeit‘ ist eine Forderung, aber kein Maßstab.“ Hierfür Norbert Wimmer, Dynamische Verwaltungslehre. Ein Handbuch der Verwaltungsreform, Wien/New York, 2004, 146. Vgl. auch dens., Materiales Verfassungsverständnis. Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation, Wien/New York, 1971, 91: „Die gefährliche Täuschung, in der ein Teil der modernen Hermeneutik befangen ist, besteht darin, daß sie ihre Interpretationsmaßstäbe einseitig einer schillernden ‚Natur der Sache‘ entnimmt, jede darüber hinausgehende Sinnorientierung aber als Ideologisierung verdammt. Die Angst vor dem Vorwurf einer doktrinären naturrechtlichen Betrachtungsweise führt heute zu einer Überbetonung des Gedankens der Sachgerechtigkeit als Leitbildes des Rechts und damit zu dessen Auslieferung an konkrete Lebensoder Sachordnungen, an Institutionen, Interessen und Faktizitäten; die Grenzen zu einer an reiner Zweckmäßigkeit oder Opportunität orientierten Rechtshandhabung verschwinden hier.“ Ebenfalls kritisch gegen Argumentierung aus der Natur der Sache auf 92ff.
- (9) Nach meiner Ansicht bietet nur Diederichsen einen solchen Versuch.

- Vgl. Uwe Diederichsen, Innere Grenzen des Rechtsstaates, in: Hans-Martin Pawlowski/Gerd Roellecke (Hgg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts (ARSP Beih. 65), Stuttgart, 1996, 129-149, v. a. 135ff.
- (10) Zum Überblick über die Lehren der Natur der Sache seit 19. Jahrhundert bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts vgl. Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung (Berlin 1929), Neudr. Aalen, 1970, 78ff.
- (11) Heinrich Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, Leipzig, 1936, 159; 2. Aufl., München, 157.
- (12) Johannes Messner, Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik (Innsbruck 1950), 7., unveränd. Aufl. (unveränd. Nachdr. d. 6. Aufl.), Berlin, 1984, 46.
- (13) Ebd., 88.
- (14) Ebd., 383. Auch in seinem Beitrag Naturrecht ist Existenzordnung, ARSP 43 (1957), 187-210, 195 u. 197 = Werner Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus? (Wege der Forschung XVI), Darmstadt, 1962, 527-553, 536 u. 538f., spricht Messner von der Notwendigkeit der „Einsicht in die Natur der Sache“ als der „*Einsicht in die Seinsordnung*“. Zu diesem Punkt siehe aber auch Dieter Waldemar Lerner, Die Verbindung von Sein und Sollen als Grundproblem der normativen Kraft der „Natur der Sache“, ARSP 50 (1964), 405-417, 417.
- (15) Messner, Das Naturrecht, 46.
- (16) Ebd., 305. Siehe auch dens., Modernes und Zeitbedingtes in der Rechtslehre des Hl. Thomas, in: Pontificia Accademia Romana di S. Tommaso d'Aquino (ed.), San Tommaso e la filosofia del diritto oggi. Saggi (Studi Tomistici 4), Vatikan, 1973, 169-190, 177 seq., 181, 184 seq.. In dieser Richtung auch Adolf Susterhenn, Das Naturrecht, Die Kirche in der Welt 1 (1947), 55-62, 59 = Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 11-26, 19, der setzt die Natur der Sache mit „der immanenten Ordnung und Gesetzmäßigkeit“ der „menschlichen Lebensverhältnisse selbst“ gleich. Zur Lehre Messners vgl. Friedrich August Freiherr von der Heydte, Vom Wesen des Naturrechts ARSP 43 (1957), 211-233, 224ff.; dens., Johannes Messner und das Naturrecht, ÖzöR N. F. 10 (1959/60), 78-88, insbes. 84.

- (17) Dazu Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 2. durchges. Aufl., Göttingen, 1955, 197. Ebenfalls 4., neu bearb. u. erw. Aufl., Göttingen, 1962, 243f.: „[...] Aber nicht nur vom Charakter des Sollensrufes her, sondern auch von den zu deutenden Seinsstrukturen aus sind den Sinnerntwürfen immanente Grenzen gesetzt. Denn die Seins Sachverhalte sind den Sinndeutungen vorgegeben; darum sind diese an jene gebunden.“ Er fährt fort: „Die Struktur der menschlichen Handlung ist die Möglichkeitsvoraussetzung für Wertungen, die sinnvollerweise nur *Handlungswertungen* sein können (wie Rechtswidrigkeit und Schuld).“ Siehe auch dens., *Wahrheit und Grenze des Naturrechts. Rede zum Antritt des Rektorates der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 10. November 1962*, Bonn, 1963, 24. Für diesen Strafrechtler ist „jede Handlung – im Unterschied zum bloßen Naturvorgang – ein Sinngebilde“, „dessen Rückgrat der sie gestaltende und formende Handlungswille ist.“ So Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, 9. Vgl. dens., *Kausalität und Handlung*, ZStrW 51 (1931), 703-720, 718ff. In seinem Beitrag, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: *Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen (Hg.), Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, 30. November 1953, Göttingen, 1953, 279-294, 292f. = Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 322-338, 337, sagt er: „In den sachlogischen Strukturen stecken die materialen Bindungen des Gesetzgebers, die die Naturrechtslehren meist vergeblich gesucht hatten. Naturrecht ist nicht außerhalb des positiven Rechts oder über ihm zu finden, sondern steckt als immanente Grenze in ihm selbst darin, wir müssen nur den Blick dafür öffnen. Nicht indem wir unsere Wünsche in ein ideales Reich projizieren, kommen wir zu einem legitimen Naturrecht, sondern indem wir in mühseliger Arbeit den sachlogischen Gesetzlichkeiten nachspüren, die gewebeartig das ganze positive Recht durchziehen und ihm einen festen, jeder Willkür entzogenen Halt geben.“ Vgl. in diesem Zusammenhang ferner dens., *Studien zum System des Strafrechts*, ZStrW 58 (1939), 491-566, 497ff., 502ff. u. 516ff.; dens., *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1947, 73f.; dens., *Vom irrenden*

Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie, Tübingen, 1949, 26; dens., Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 4. Aufl., Berlin, 1954, insbes. 117ff.; dens., Das Recht als Gemeinschaftsordnung. Einleitung zur Rechtsphilosophie, in: Claus Roxin (Hg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, Berlin/New York, 1974, 11-18, 11 u. 13f..

- Hinsichtlich des Terminus 'sachlogische Strukturen' statt 'Natur der Sache' drückt Jørgensen Zuneigung zur Hegel'schen Philosophie aus: „Die idealistische Erkenntnistheorie setzte voraus, daß die Bewußtheit und die Wirklichkeit in derselben logischen Weise strukturiert waren, weshalb es keine prinzipielle Schwierigkeit für die Erkenntnis und damit für die Wissenschaft gab. Immanuel Kant und die Romantik betrachteten die Welt als vom Bewußtsein konstituiert, während HEGEL die Wirklichkeit selbst als vernünftig strukturiert ansah. Eine kantianische Erkenntnistheorie betrachtete damit die Wirklichkeit als eine ‚Projektion‘ des Bewußtseins in die Umwelt, während eine hegelianische Theorie die Funktion der Erkenntnis als eine Reflexion ‚logischer Strukturen‘ auffaßte. Deswegen verwenden neukantianische – oder kantianisch inspirierte – Rechtstheorien auch ‚die Natur der Sache‘, während neuhegelianische Theorien ‚sachlogische Strukturen‘ benutzen, um eine Entscheidung mit Hilfe der Voraussetzung zu legitimieren, daß es zwischen Sprache und Wirklichkeit, zwischen Norm und Wirklichkeit die ‚rapports necessaires‘ gibt, von denen Montesquieu gesprochen hat.“ Hierfür Stig Jørgensen, Fragment und Ganzheit in der juristischen Methode, in: Okko Behrends/Malte DieBelhorst/Ralf Dreier (Hgg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen, 1990, 5768, 59f.. Dagegen meint Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, 1990, 41: „[...] beide Begriffsformen sind schlechthin identisch.“
- (18) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. Aufl., 198. Siehe auch von dems., Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 24: „An die Strukturgesetzlichkeit der menschlichen Handlung ist der Gesetzgeber schlechthin gebunden, über sie kann er nicht hinaus, sie weder ändern noch verkürzen.“ Ähnlich bereits



ders., Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, Tübingen, 1949, 10f.: „[...] ihm [dem Gesetzgeber: d. Verf.] sind die ontologischen Strukturen des Seins vorgegeben; er schafft sie nicht und darum kann er sie nicht ändern oder aufheben; er ist an sie gebunden; (relativ) frei ist er allein in der Wertung dieser Strukturen. [...] Gewiß kann der Gesetzgeber die ontologischen Gegebenheiten anders *werten* als ‚philosophische Einsicht‘, aber die Gegebenheiten selbst kann er nicht ändern. Sie unterstehen der einen ungeteilten Wahrheit, von der juristisch nichts richtig sein kann, was philosophisch falsch ist (und umgekehrt).“ Ferner vgl. dens., Strafrecht und Philosophie (1930), jetzt aufgenommen in: ders., Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 27-31, 30; dens., Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, SJZ II (1947), Sp. 409-415, 411; dens., Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen, 1951, 8; dens., Naturrecht und Rechtspositivismus, 293f. = Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 337f..

Zustimmend Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit JuS 1967, 145-152, 149 (auch aufgenommen in: Kaufmann, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, 99-116, 108).

Kritisch zu Welzel: Erik Wolf, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, Freiburg i. Br., 1953, 32, Anm. 62 (zu 26); Thomas Würtenberger, Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, JZ 1955, 1-5, 3 = Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 429-443, 437ff.; ders., Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe, 1957, 14ff. = 2., unveränd., durch e. um Vorwort sowie e. Personen- u. Sachverzeichnis vermehrte Aufl., Karlsruhe, 1959, 14ff.; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 2., völl. neubearb. Aufl., München, 1977, 301ff. (§ 26).

- (19) Gewiß weist Welzel die herkömmliche Taktik der Naturrechtslehre entschieden zurück: „Was die Naturrechtler an Wertvorstellungen in die Dinge hineingelegt haben, das holen sie hinterher als das ‚Natürliche‘ oder das ‚Unnatürliche‘ aus ihnen wieder heraus.“ Hierfür Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 241. Ihm zufolge sind alle Naturrechtslehre „ideologisch“, sie gehören „in die Reihe jener

Glaubenslehren, die die Immanenz überspringen und das Transzendent unmittelbar erfassen zu können wännen“. „Die Berufung auf die Natur“ in dieser Art stelle also nur „ein *Kampfmittel*, eine *Waffe* zum Angriff oder zur Verteidigung“ dar. Ebd., 243. Siehe auch 242: „Jeder Berufung auf das ‚Naturgemäße‘ und jeder Verwerfung des ‚Naturwidrigen‘ geht eine ursprüngliche und unableitbare Wertentscheidung voraus. Angaben über Sollensinhalte wurzeln in ursprünglichen ‚*Sinnentwürfen*‘, in denen der Mensch den Sinn seines Daseins zu deuten versucht und in verpflichtenden Handlungszielen auseinanderlegt. Diese Sinnentwürfe sind Deutungsversuche des transzendenten Sollens im Jetzt und Hier der geschichtlichen Situation, in der sein Leben zu gestalten dem Menschen aufgegeben ist, – Deutungsversuche, die mehr oder minder glücken oder mißglücken können.“ Ferner vgl. auch dens., *Macht und Recht* (Rechtspflicht und Rechtsgeltung), in: Wilhelm Wegener (Hg.), *Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann zum 80. Geburtstag am 26. September 1959*, Bd. II, Aalen, 1959, 833-843, 835. Bezüglich des Naturrechtsverständnisses Welzels vgl. Ernesto Garzón Valdés, *Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein*, in: ders. (Hg.), *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*, 299-322, 308ff..

- (20) Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 198. Kritisch dazu Paul Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen, 1949, 31ff.; Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, 117ff.; ders., *Zur „Natur der Sache“ im Srafrecht. Ein Diskussionsbeitrag*, in: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hgg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag* (Göttingen 1961), 2. Aufl., Göttingen, 1971, 90-121, 95ff. = Arthur Kaufmann (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 204-243, 210ff. [zur Rechtsfigur der Natur der Sache bei Engisch siehe Axel Adrian, *Die begrifflichen und („fuzzy“-) logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes*, Berlin, 2009, 603ff. mit Anm. 329]; Wilhelm Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStrW 67 (1955), 1-47, 32f.; Ulrich Klug, *Auswirkungen der strafrechtlichen finalen Handlungslehre im Arbeitsrecht*, BB 10 (1955), 737-739, 739; ders., *Logische und psycho-*

logische Probleme bei der Argumentation aus der «Natur der Sache», in: Linos G. Benakis (ed.), ΑΦΙΕΡΩΜΑ ΣΤΟΝ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟ ΤΣΑΤΣΟ [Festschrift für Constantin Tsatsos], Athenai, 1980, 595-614, 604 seq.; Ulrich Scheuner, Recht und Gerechtigkeit in der deutschen Rechtslehre der Gegenwart, in: Hans Dombois (Hg.), Recht und Institution. Eine Fortsetzung des Göttinger Gesprächs von 1949 über die christliche Begründung des Rechts. Referate – Verhandlungsbericht – Thesen, Witten/Ruhr, 1956, 34-54, 35f. u. 45. Scheuner betrachtet das Erfassen der Natur der Sache ziemlich skeptisch: „[...] Weniger geklärt ist dagegen die Vokabel von der ‚Natur der Sache‘, die in neuerer Zeit gern verwendet wird. Entweder wird hier auf eine natürliche Wertordnung Bezug genommen, die man unter der ‚bescheidenen‘ Bezeichnung eines Maßes und einer Ordnung der sozialen Dinge verbirgt, oder es werden soziale Strukturen zu normativen Werten erhoben. In beiden Fällen legt die Wendung die Basis der Verbindlichkeit ihren Maßstäben nicht hinreichend offen.“ So ebd., 45. Zu Welzels Gegenkritik vgl. seine Buchbesprechung: Karl Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (Heidelberg 1953), ZStrW 69 (1957), 625-636, 634ff..

Mehr zum Thema: Claus Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStrW 74 (1962), 515-561, 530f.; Küpper, a. a. O., 27ff.; Günther Jakobs, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung, Zu *Hans Welzels* Verbrechensbegriff, in: Knut Amelung/Werner Beulke/Hans Lilie/Henning Rosenau/Hinrich Rüping/Gabriele Wolfslast (Hgg.), Strafrecht – Bio-recht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg, 2003, 949-958; Brigitte Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, FaM, 2007, 68ff..

- (21) Werner Maihofer, Die Natur der Sache, ARSP Bd. 44 (1958), 145-174, 152f. = Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 52-86, 61. Zur Sachlogik spricht er vom „*Verhältnis*“ „*des ‚Zugleichseins‘*“ und der „*Wechselwirkung*“ von Subjekten und Subjekten“ sowie „*von Subjekten und Objekten*“. Hierfür dens., Recht und Personalität, in: Fritjof Haft/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Wolfgang Schild/Ulrich Schroth (Hgg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Ge-

- burtstag, Heidelberg, 1993, 219-248, 247.
- (22) Maihofer, Naturrecht als Existenzrecht, FaM, 1963, 20.
- (23) Hierzu Maihofer, Referat: Ordnung und Gesellschaft, in: Helmut Kuhn/Franz Wiedmann (Hgg.), Das Problem der Ordnung: Sechster deutscher Kongress für Philosophie München 1960, Meisenheim am Glan, 1962, 315-332, 330. Siehe auch Irmgard Rothenbücher, Diskussionsbericht, in: ebd., 343-351, 344. Ferner vgl. Maihofer, Das Problem des Naturrechts, ARSP 46 (1960), 417-430, 429; dens. Zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtstheorie, in: Günther Jahr/Werner Maihofer (Hgg.), Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion, FaM, 1971, 247-301, 267. Zufolge ihm, Realistische Jurisprudenz, in: ebd., 427-470, 448ff., unterscheiden sich „*Juristische Natur der Sache*“ und „*Faktische Natur der Sache*“ voneinander. Jene beziehe sich auf die juristischen Begriffe und aus jener findet alle „*Soziologische Jurisprudenz*“ ihre Argumentationen, während diese sich auf „die laienhaften Begriffe“ beziehe und aus dieser die „*Rechtssoziologie*“ ausgehe.
- (24) Maihofer, Die Natur der Sache, 160 = Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 69.
- (25) Zu diesem Begriff siehe Maihofer, Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie, FaM, 1954, v. a. 30ff., 73ff., 83ff. u. 114ff.; dens., Vom Sinn menschlicher Ordnung, FaM, 1956, insbes. 41ff. u. 70ff.; dens., Anthropologie der Koexistenz, in: Alexander Hollerbach/Werner Maihofer/Thomas Würtenberger (Hgg.), Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, FaM, 1972, 162-211, 176ff. et passim. Siehe auch dens., Die Natur der Sache, 168 = Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 79f.: „[...] Alles Recht ist so gedacht und ‚gemacht‘ als eine *Verallgemeinerung* des aus der *Natur der Sache* einer bestimmten, gleichsam isotopen, in der Welt der Alltäglichkeit *wiederkehrenden Rolle oder Lage sich ergebenden Verhaltensollens zum Verhaltensgesetz*, nicht für jedermann ‚überall und immer‘, aber doch als *verpflichtend*, weil in der Sache *berechtigt*, für *jeden in solcher Rolle oder Lage*.“
- (26) Hierfür Maihofer, Naturrecht als Existenzrecht, 26ff..
- (27) Ders., Die Natur der Sache, 172ff. = Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 83ff.. Ihm zustimmend Alfred Pikalo, Ökologische Aspekte und Dimensionen im Agrarbereich unter naturrecht-

lichen Perspektiven, in: Matthys J. M. Bogaerts/Robert Weimar (Hgg.), *Ökologische Dimensionen in Wirtschaft und Recht*, FaM/Bern/New York/Paris, 1990, 179-208, 185 u. 196. In diesem Zusammenhang siehe auch dens., *Die Bedeutung und Funktion der Rechtsvergleichung im Agrarrecht*, in: *Berichte über Landwirtschaft* 53 (1975), 42-69, 48 u. 52f. Auch Graf-Peter Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, 2006, 239f. u. 279f., er setzt Natur der Sache mit ›konkretem Naturrecht‹ gleich.

- (28) Franz Wieacker, *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung* (Vortrag, gehalten v. d. Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 15. Nov. 1957), Karlsruhe, 1958, 14.
- (29) Vgl. dazu Julius Stone, “The Nature of Things” on the Way to Positivism? Reflections on a “Concrete Natural Law”, *ARSP* 50 (1964), 145- 168, 158ff. Kritisch dazu Ilmar Tammelo, *The Nature of Facts as a Juristic Tópos*, in: Ilmar Tammelo/Anthony Blackshield/Enid Campbell (eds.), *Australian Studies in Legal Philosophy* (ARSP Beih. 39), Neuwied am Rhein/Berlin, 1963, 236-261, 253 seqq.. Anstelle der Phrase „the nature of things“ verwendet Tammelo für die Bezeichnung der Natur der Sache zutreffend den Terminus „the nature of facts“, allerdings erlaubt er diesem seinen Begriff im Ergebnis nur eine restriktive Rolle: „[...] statements about the nature of facts present us with ‚place‘ of argument – or, to use classical terms, with *tópoi* (ARISTOTELES) or *loci* (CICERO). As such they do not precisely indicate what a thing or event in question is, but point out, to use a metaphor of CICERO, ‚the place where a thing is hidden‘ – or rather, likely to be hidden – and may be found through appropriate search. In this search, though rational procedures may play their roles, the decisive step is a making-up-one’s-mind on non-demonstrative grounds.“ Id., 258.

Um mit Hassemer zu sprechen, die Natur der Sache stellt bei Maihofer eine „Rechtsentstehungsquelle“ dar. Hierfür Hassemer, *Der Gedanke der „Natur der Sache“ bei Thomas von Aquin*, *ARSP* 49 (1963), 29-43, 29. Ihm zustimmend untersucht auch Baratta das Prinzip der Natur der Sache als „eine typische Argumentation der juristischen Rethorik“. Vgl. dazu Alessandro Baratta, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, in:

Alexander Hollerbach/Werner Maihofer/Thomas Würtenberger (Hgg.), *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, FaM, 1972, 137-161, 149ff. (aufgenommen in: Baratta, *Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959-1974*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, 175-195, 185). Zur Kritik an Maihofer siehe v. a. Ingeborg Maus, *Die Basis als Überbau oder: „Realistische“ Rechtstheorie* (1975), in: dies., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986, 247-275, 253ff..

- (30) Herbert Schambeck, *Der Begriff der „Natur der Sache“*, in: Kaufmann (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 164-192, 170. Ebenfalls ders., *Der Begriff der „Natur der Sache“*, *ÖZöR N. F. X* (1959/60), 452-474, 452. Vgl. auch dens. *Der Begriff der „Natur der Sache“*. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Wien, 1964, 141. Dort erachtet er die Natur der Sache als „*die Aussage über den bestimmenden Grund (die ‚Natur‘) einer Gegebenheit (der ‚Sache‘)*“.
- (31) Schambeck, *Der Begriff der „Natur der Sache“*, *ÖZöR*, 457. Siehe auch dens., *Der Begriff der „Natur der Sache“* in: Kaufmann (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 167ff.. Hubmann stellt fest: „Es ist un-leugbar, daß die ‚Natur der Sache‘ bereits eine gewisse Ordnung in sich trägt, die das Recht beachten muß“. Dazu siehe auch Heinrich Hubmann, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, *JZ* 1957, 521-528, 523.
- (32) Schambeck, *Der Begriff der „Natur der Sache“*. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, 143.
- (33) Zu diesem Punkt vgl. dens., *Der Begriff der „Natur der Sache“*, 474; dens., *Der Begriff der „Natur der Sache“*. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, 144. Aber dieses Recht bedeutet gar kein Naturrecht, sondern verwiesen sei hier auf den Rechtsbegriff von Adolf Merkl. Schambeck behauptet auch: „Die ‚Natur der Sache‘ muß als *juristische Denkform* erkannt werden.“ Siehe dens., *Der Begriff der „Natur der Sache“*, *ÖZöR*, 462; dens., *Der Begriff der „Natur der Sache“*, in: Kaufmann (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 177. Wegen derart schillernder Begriffsbestimmung fällt seine Lehre teilweise mit denjenigen zusammen, die wie unten erwähnt der 2. Kategorie zugeordnet sind. Kritisch zu Schambeck, Ilmar Tammelo, *The „Nature of*

Things” and the Objective Import of Value Judgments. Reflections on Herbert Schambeck’s Insnaturalist Conceptions, ARSP 55 (1969), 259-267, 263f.; Franz Jürgen Säcker, Buchbesprechung: Ralf Dreier, Zum Begriff der Natur der Sache (Berlin 1965); Herbert Schambeck, Der Begriff der „Natur der Sache“ (Wien 1964), JR 1966, 39, 39.

- (34) Ottmar Ballweg, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, 2. Aufl., Basel, 1963, 67. Allerdings nimmt er auch an, daß die so gefaßte Natur der Sache keine direkte normative Bedeutung entfaltet. Hierzu ebd., 68f.
- (35) Arnold Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg (Schweiz), 1967, 43f. (Fn. 3).
- (36) Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin, 1969, 185f.; 5. Aufl., Berlin/New York, 1993, 189f.. Siehe auch 1. Aufl., Berlin, 1950, 127. Ihm folgt Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen, 2009, 21 (auch 16f. u. 26f.).

Vom Standpunkt der ›proletarischen Wissenschaft vom Recht‹ aus warfen Klenner und Schöneburg Coing scharf ein, daß er „der Hauptvertreter der ersten Strömung“ des „beweglichen Naturrechts, der Natur-der-Sache-Ideologie“ sei, der „sich selbst auf Gustav Ritter von Hugo und auf Carl Schmitt“ berufe, der „subjektiv-idealistisch“ denke, und der „als Natur der Sache, als ‚innere Ordnung der Lebensverhältnisse‘ die abendländische Situation in der Sicht Adenauers“ ausbebe. So Hermann Klenner/Karl-Heinz Schöneburg: Vom ewigen zum beweglichen Naturrecht, Staat und Recht 5 (1956), 485-497, 487f.. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Heinz Mohnhaupt, Zur „Neugründung“ des Naturrechts nach 1945: Helmut Coings „Die obersten Grundsätze des Rechts“ (1947), in: Horst Schröder/Dieter Simon (Hgg.), Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952, FaM., 2001, 97-128, 127f.

- (37) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl., Berlin, 1950, 119; 2. Aufl., 177f.; 5. Aufl., 181f.. An anderem Orte knüpft er den Begriff der Natur der Sache wohl behutsam, aber deutlich ans Naturrecht. Vgl. dazu dens., Vom Sinngehalt des Rechtes, in: Ernst Sauer (Hg.), Forum der Rechtsphilosophie, Köln, 1950, 61-83, 82 = Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 33-51, 51; dens., Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Heidel-

berg, 1947, 62f. Zum letzteren siehe auch Wieacker, Zur Erweckung des Naturrechts. Vier Besprechungen, SJZ IV (1949), Sp. 295-302, 297ff.. Siehe auch Coing, Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, ARSP 41 (1954/55), 436-444, 443. Coing zustimmend Herbert Schambeck, Der Begriff der „Natur der Sache“, ÖzöR, 465; ders., Der Begriff der „Natur der Sache“, in: Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 181. Sehr kritisch Klenner/Schöneburg, a. a. O., 488. Ihnen zufolge hat die „wohlabgewogene Mischung von ‚erfühlter‘ Natur der Sache und von obersten Rechtsgrundsätzen“ „mit der ‚Vernunftsnatur des Menschen‘ nichts zu tun.“

- (38) Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Vortrag, gehalten v. d. Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 11. Nov. 1955), Karlsruhe, 1956, 8. Im Anschluß an Welzel und Coing auch Wolfgang (Gaston) Friedmann, Übergesetzliche Rechtsgrundsätze und die Lösung von Rechtsproblemen, ARSP, 41 (1954/55), 348-371, 357f. = Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 405-428, 415.
- (39) René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien, 1957, 197. Siehe aber auch 312: „Von Situation zu Situation wechselt die Angemessenheit der Entscheidung. Die sachbestimmte Mitte der *konkreten Situation* ist so sehr die Quelle, aus der das Maß für die Regelung fließt“. Vgl auch dens., Ansätze zu einer Fundamentalontologie des Rechts, JBl 79 (1957), 149-154, 153f.; dens., Die bedingte Natur des positiven Rechts. Ein Deutungsversuch der Rechtslehre Adolf Julius Merkl – dem Meister zu seinem 70. Geburtstag gewidmet, JZ 1960, 198-203, 202f.; dens., Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart, in: Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 509-565, 529f..
- (40) Ota Weinberger, Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien, 1988, 212.
- (41) Kritisch dazu Erik Wolf, Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze, in: Hans Döle (Hg.), Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Berlin/Tübingen, 1962, 136-150, 145.



- (42) Hinsichtens der Unterscheidung von Natur der Sache und Naturrecht vgl. Spitaler, Die Auslegungsregeln des Steuerrechts, StbJb 1949, 267-303, 295f.; dens., Der maßvolle Gesetzesvollzug im Steuerrecht, StbJb 1961/62, 461-479, 469. In diesem Zusammenhang siehe auch Ursula Niemann, Der Beitrag Spitalers zur Lehre von der Auslegung der Steuergesetze, in: Gerhard Thoma/Ursula Niemann (Hgg.), Die Auslegung der Steuergesetze in Wissenschaft und Praxis. Eine Sammlung von Beiträgen sowie Aufsätzen aus der Rechtsprechung zum Andenken an Armin Spitaler, Köln, 1965, 937, 30f.; Alfons Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München/Berlin, 1963, 76; Zippe-lius, Das Wesen des Rechts, 76f.; Küpper, a. a. O., 42 („Das Naturrecht stellt eine Sollensordnung, die NdS [Natur der Sache: d. Verf.] eine Seinsordnung dar“).

Vgl. ferner Walter Antonioli, Gleichheit vor dem Gesetz (Vortrag, gehalten in der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 7. Nov. 1956, berichtet von Hans Heiss), ÖJZ 11 (1956), 646-648, 647. In seiner Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz erwähnt er das naturrechtliche Verständnis für die Natur der Sache und er lehnt es strikt ab: „Als die richtige Ordnung, die es uns erlaubt, zulässige und unzulässige Ungleichheiten zu unterscheiden, bietet sich uns das Naturrecht an, jene in den Dingen selbst liegende ewige Ordnung der Welt, die es nur zu erkennen gilt, um das Richtige zu wissen. Doch türmen sich auch hier unüberwindbare Schwierigkeiten auf. Gehen wir selbst davon aus, daß es nur ein Naturrecht gibt, so bleibt die Schwierigkeit seiner Erkenntnis. Da wir seine Kenntnis aus unserem Innern schöpfen müssen, da es jeder einzelne Richter für sich erkennen muß, wird man schwer zu einer Einhelligkeit in der Auffassung kommen, was nach dieser Ordnung rechtens ist. Dazu kommt die Schwierigkeit, daß das Naturrecht wohl auf die großen grundlegenden Fragen der Gemeinschaftsordnung Antwort gibt, uns aber bei Fragen mehr technischer Art im Stich läßt.“ Aus diesem Bedenken zieht er die folgenden Konsequenzen: „Nicht das Naturrecht, sondern die durch die Fülle der einzelnen Vorschriften durchleuchtenden allgemeinen Grundsätze, die unsere Rechtsordnung beherrschen, die Baugesetze des positiven österreichischen Rechtes, konkrete, höchst bestimmte Rechtssätze sind der

Prüfungsmaßstab für ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt. [...] Wir dürfen den Maßstab für den Gleichheitssatz nicht im Naturrecht suchen, müssen uns aber dem primitiven Positivismus des nackten Wortes entreißen. Wir müssen in bestimmten Rechtssätzen jene Ordnung ausdrücken, die ihre Wurzel in unserer Kultur, Geschichte und in den Bedingungen unseres sozialen Lebens hat und aus jeder einzelnen Bestimmung der österreichischen Rechtsordnung hervorleuchtet.“

- (43) Zum Verhältnis vom Begriff der Natur der Sache zum Naturrecht eingehend Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlin, 1976.
- (44) Zu diesem Punkt vgl. Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973, 81, Anm. 8; Herlinde Studer, *Begründungsprobleme des ontologischen Naturrechts*, in: *Begründungsprobleme des ontologischen Naturrechts*, in: Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hgg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlin, 1983, 651-668, 662 u. 665. In ihrem Ergebnis stellt Studer fest, daß mit der Argumentation aus der Natur der Sache kein Naturrecht begründet werden kann. Kritische Bilanz (negativ insbes. gegen Maihofer) bei Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, 94ff., 105ff., 176f. u. 227 (auf 96 erwähnt er vom „Stil eines naturrechtlichen Positivismus“). Erich Döhring, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung*, Berlin, 1977, 108, zieht hingegen Natur der Sache heran, und zwar aus dem Gesichtspunkt der „Aktualisierung vorrechtlicher Maßstäbe“. Von Welzel erwähnend weist auch Hruschka auf „sachlogische Strukturen“ und den „Vorbegriff“ hin, nach dem man vom positiven Recht unabhängig fragen könne, was recht oder unrecht ist, was richtig oder unrichtig ist. Den nennt Hruschka „vorpositives Recht“, das aus dem klassischen Naturrecht (wie etwa dem der Goldenen Regel) bzw. aus dem Vernunftrecht (wie etwa dem des kategorischen Imperativs) stammen soll. Hierzu Joachim Hruschka, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, JZ 1992, 429-438, insbes. 430f.. Siehe auch dens., *Kants Bearbeitung der Goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und der zeitgenössischen Diskussion*, in: Haft/Hasse-

mer/Neumann/Schild/Schroth (Hgg.), FS Kaufmann, 129-140, 130ff.

- (45) Beispielhaft Günther Küchenhoff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Willi Geiger, Die Abkehr vom Rechtspositivismus in der Rechtsprechung der Nachkriegszeit 1945-1963, in: Anton Rauscher (Hg.), Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion 1945-1963, Paderborn/München/Wien/Zürich, 1981, 29-63, 60: „Das Bundesverfassungsgericht hat sich [...] zu naturrechtlichem, überpositivem, vorstaatlichem Recht nicht mehr *expressis verbis* geäußert. Von 1958 an tritt in den folgenden Jahren immer stärker und häufiger die Rechtsfigur der ‚Natur der Sache‘ in den Vordergrund. Hinter diesem Begriff steckt natürlich, wenn man den für das Naturrecht wesentlichen Bezug zum ontologischen Befund erkennt und anerkennt, noch ein Rest, ein Anflug naturrechtlichen Denkens. Aber bewußt wird dieser Zusammenhang nicht mehr hergestellt. ‚Natur der Sache‘ ist so elastisch, daß sich damit eine Sicherung gegen Willkür und Unrecht in Gesetzesform nicht mehr zuverlässig und insbesondere nicht mehr in kritischen Situationen erreichen läßt. Nur in der Hand des Bundesverfassungsgerichts sieht es so aus, als könnte dies gelingen, weil das Gericht damit vernünftigt umgeht.“ Dieser seiner Ansicht ist aber nicht völlig zuzustimmen, da er die Funktion der Natur der Sache in der Rechtsprechung relativ geringschätzt, indem er hier eine Rekurrirung auf Naturrecht oder überpositives Recht positiv beurteilt, obschon er an anderem Ort eine solche Rekurrirung als ›naiv‹ (62) erachtet.
- (46) Schambeck, Der Begriff der „Natur der Sache“. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, 83.
- (47) Hinsichtlich der Ansicht Stratenwerths namentlich in Auseinandersetzung mit dem Finalismus siehe Hassemer, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, FaM, 1994, 259-310, 273.
- (48) Günter Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, Tübingen, 1957, 17. Siehe auch 25 u. 27: „Denn die Relation zwischen einem bestimmten Wertgesichtspunkt und der entsprechenden Sachstruktur ist *unauflösbar*.“ „Zwar liegen die Gegebenheiten, auf deren Natur man sich beruft, in der Ebene der Realität; sie sind Seins-

gegebenheiten. Aber ihr Sinn, ihre Natur ist jeweils bezogen auf den Gesichtspunkt, unter dem sie gesehen werden. Erst die spezielle Blickrichtung hebt das Wesen der Sache aus der Masse vorfindbarer Fakten heraus.“

- (49) Ebd., 29f. Vgl. auch dens., Buchbesprechung: Ralf Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“ (Berlin 1965), AcP N. F. 48 (1968), 422-423, 423: Dort gesteht er zu, „daß jedenfalls die Überzeugung bleibt, jeder Hinweis auf die ‚Natur der Sache‘ könne eigentlich nur Mißverständnisse heraufbeschwören und einer juristischen Behauptung niemals zu einer Begründung verhelfen, die sich nicht, wenn überhaupt, auf andere Weise besser geben ließe.“ Ferner vgl. Spitaler, Die Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen bei der Betriebsprüfung. Zur Frage der Vorlage von Vorstands- und Aufsichtsratsprotokollen an Betriebsprüfer, Neue Betriebswirtschaft 14 (1961), 1-6, 3.
- (51) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959, 17. Siehe auch dens., Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954, VIII f. u. 75f..
- (50) Zur Differenz des Stratenwerth'schen und Kaufmann'schen Verständnisses für Sachlogik siehe vorerst Zong Uk Tjong, Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den „sachlogischen Strukturen“ im Strafrecht, ARSP 54 (1968), 411-427, 412 et passim; Küpper, a. a. O., 30. Lehrreich auch Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen, 1971, v. a. 41ff..
- (51) Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, 21.

【論文要旨】

〈事物の本性〉をめぐる諸理論の類別化試論  
—法事実—法価値の対立克服へ向けた予備的研究—  
(A)

金澤秀嗣

第二次大戦後のドイツ法学界は、ナチスが齎した不法を清算する作業から出発せざるを得なかった。故にまた正義を回復する概念枠組として、「再生自然法論」が一世を風靡したのも至極当然の成り行きであった。けれども体制が安定化するに連れ、自然法的正義を掲げる旧来の主張は徐々に退潮してゆく。現代において、当時の営為は専ら思想史の一断片として語られるのみで、具体的内実は最早ほとんど顧みられない。

ナチスによる不法を断罪するため導入された遡及立法（米英仏ソ管理委員会法第10号等）に対して真っ向から異論を唱え、その法的正当性に疑義を差し挟んだのは、所謂制定法実証主義者達であった。彼らの主張するところ、斯様な遡及立法は事後法を禁ずる罪刑法定主義に背反し、法的安定性を著しく損う。事後法に依拠した〈過去の清算〉は、言わば政治的〈断罪〉にすぎない。しかも実質的正義の実現を錦の御旗に掲げ既存の法体系を後から無化するその遣り口は、ナチスの立法政策と何ら変わりがない。何故ならばナチスも民族同胞の利益という〈正義〉を

優先させつつ、ヴァイマル期以来妥当していた実定法秩序を骨抜きにしたからである。戦勝国が主導する遡及立法も煎じ詰めればナチスの不法と同様に偏頗な措置であり、法的解決手法として断じて採用されるべきではない。

制定法実証主義者によるこの様な批判それ自体は至当であり、一概に黙殺することはできないであろう。なるほど法思想史・法制史の系譜を辿ってみれば、法的安定性の確保は連綿と継承されてきた知見であり、既に確固とした法原則となっている。歴史の発展過程の中で具体的に形成されたこの原則は、一個の自然法的理念に昇華されているとも言えよう。だとすれば、自然法の再生を唱える者は、伝統的自然法の内容と併せてこの〈法的安定性の自然法〉を擁護せねばならない筈である。ところが「再生自然法論」の陣営は、十分な反駁も対立を止揚する新たな視座の提示も殆ど為し得なかった（僅かにラートブルフが有意義な所論を展開してはいるが、厳密に言えば、彼は「再生自然法論」者のグループには含まれない）。そしてまさにこの点にこそ、同論の退潮に繋がった主たる要因が見出

されるのである。

だが思うに「再生自然法論」にはなお参照すべき成果が含まれている。その最も豊富な果実は「事物の本性」論であろう。なんとすれば同論は、流行の〈先端理論〉が単なる思弁と片付けながら実際には回避している問題、即ち法現実と法理念の統一という問題を絶えず念頭に置いているからである。そしてまさにこの様な特質により同論は、法事実と法価値とを架橋する視座を我々に供しうるものと思料される。

ところで一口に「事物の本性」と言っても、事柄の推移・客観的秩序・理性・条理等、その理解については論者間で必ずしも一致していない。その理由は偏に豊富な概念史に帰せられよう。管見の限り、哲学思想の領野にあっては、アリストテレスを嚆矢としてキケロ、ルクレティウス、トマス・アクィナス、更にモンテスキュー、ルソー、カント、ヘーゲル、ディルタイ等がいづれもその著作で「事物の本性」に言及している。法思想史・法制史上の研究蓄積を概観すれば、近代以降のドイツ語圏法学者だけを取ってみても、ティボー、サヴィニー、デルンブルク、ヴァンゲロウ、イエーリンク、エールリヒ、W. イエリネック等、「事物の本性」概念を追究した例は枚挙に暇がない。

のみならず「事物の本性」概念は、現代の法実務でも頻繁に援用されている。わけても注目すべきは1951年10月23日連邦憲法裁判決である。「事物

の本性」の文言を「理性的」・「事理に照らして（客観的に）明白」と等置した同判決は、爾後の解釈に多大な影響を及ぼした。事実、この解釈を敷衍した援用例は、連邦通常裁・連邦行政裁・連邦財政裁・連邦労働裁・連邦社会裁・連邦特許裁のほかバイエルンその他の州憲法裁の判決・決定等、広範に見受けられる。

因みに日常言語においても「事物の本性」は、„Es liegt in der Natur der Sache, daß …“ の言い回しにより、〈…は当然である〉若しくは〈…は自明である〉の意でごく普通に用いられている。尤も発話に際しては、往々にして当該の根拠が曖昧なまま不問に付される。ために批判的合理主義や論理実証主義の影響下にあるイデオロギー批判論者（アルバート・トーピッチュ、キーゼヴェッターがその代表である）は、「事物の本性」なる決まり文句は単に〈空虚な形式（公式）〉（Leerformel）にすぎないとして拒絶する。彼らにとってみれば、「事物の本性」と雖も特定のイデオロギーを隠蔽する隠れ蓑でしかない。それがいかに権威づけを図ろうとも、法的・政治的・社会的その他正当性／正統性は認められないのである。

以上の点に鑑みるならば、「事物の本性」概念についてその適用可能性（就中、法学方法論及び法解釈学における効用）を精緻に吟味するには、まず考察の助けとなる補助線を引く必要があらう。そこで差し当たり、同概念を

I : 「生成的法源」あるいは「形成的法源」と把握する見地、II : 「法の認識典拠」と看做す見地、III : 「存在と当為との『相即』若しくは『弁証法的統一』」と規定する見地、の三類別を設定する。次に「事物の本性」をめぐる諸理論を適宜各類へ振り分けつつ、それぞれに共通して窺われる特徴を浮き彫りにしたい。

本稿で組上に載せられるのは、I : 「事物の本性」概念を「生成的法源」あるいは「形成的法源」と把握する見地である。この群に属する論者は「事物の本性」を「客観的秩序構造」(ロンメン、メスナー)「存在論的／事物論理的構造」(ヴェルツェル、マイホーファー、ヴィーアッカー、シャームベック、バルヴェーク、コーイング、ヴァイシェーデル、マルチッチ、ヴァインベルガー)・「価値開放的存在現実」(シュトラーターテンヴェルト、アルミン・カウフマン)と各々定義している。総じて「事物の本性」を直接的／間接的に法源として充てる傾向が窺われる。「事物の本性」の由来は、人間一般若しくは共同体の存在論的な基盤に求められる。但し、自然法思想との親縁性については否定的見解を示す者も多い。なお主体による価値評価行為を際立たせる点で、シュトラーターテンヴェルト及びアルミン・カウフマンの立場は、追って検討するII : 「事物の本性」を「法の認識典拠」と看做す見地に近接している事実が判明した。

【キーワード】:

事物の本性 (Natur der Sache) 論、  
自然法の再生  
(Naturrechtsrenaissance)、  
事物論理構造(sachlogische Struktur)、  
価値評価法学  
(Wertungsjurisprudenz)、  
J・メスナー (Johannes Messner)、  
H・ヴェルツェル (Hans Welzel)、  
W・マイホーファー  
(Werner Maihofer)、  
F・ヴィーアッカー(Franz Wieacker)、  
G・シュトラーターテンヴェルト  
(Günter Stratenwerth)、  
Arm.・カウフマン(Armin Kaufmann)。

