

Revolution gegen die Diktatur der Begriffe

Seminararbeit

zum Seminar „Sprache, Denken, Wirklichkeit“ vom 13.-15. April 2003 in Luzern

bei Prof. M. A. Niggli

Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Fribourg, Schweiz

Oliver M. Kunz

cand. iur. (8. Semester)

Stud.-Nr.: 99-205-940

37, rte. des Arsenaux

1700 Fribourg

076/336 36 01

oliver.kunz@unifr.ch

Seminararbeit eingereicht am 9. Mai 2003

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	III
LITERATURVERZEICHNIS.....	IV
I EINLEITUNG.....	1
II DER BEGRIFF DES BEGRIFFS	2
1 WIE BEGRIFFE ENTSTEHEN.....	2
1.1 Die Beziehung von Begriff und Bezeichnetem	2
1.2 Wie Begriffe Teil eines Sprachspiels werden	3
2 DIE VAGHEIT DER BEGRIFFE	3
3 BEGRIFFSVERSTÄNDNIS ALS HYPOTHESENBUILDUNG	5
3.1 Über die Bedeutungshypothese und deren Falsifikation	5
3.2 Hypothesenbildung als Induktion.....	5
3.2.1 Allgemeines zur Induktion	6
3.2.2 Anwendung auf die Bedeutungshypothese.....	7
4 DIE STRUKTURELLE ÄHNLICHKEIT VON BEGRIFFEN UND THEORIEN	8
III DIKTATUR DER BEGRIFFE	10
1 DIE STRUKTURIERUNG UNSERER WELT(EN) DURCH BEGRIFFE.....	10
1.1 Wahrnehmung	10
1.2 Begriffe als die Wahrnehmung vorstrukturierende Faktoren	11
2 BEGRIFFE, DIE ZU LEBEN BEGINNEN	12
2.1 Eigendynamik der Begriffe.....	12
2.2 Über die Schrift.....	13
3 BEGRIFFSJURISPRUDENZ.....	14
3.1 Methode der „höheren Jurisprudenz“	15
3.1.1 Allgemeines.....	15
3.1.2 Der induktive Schritt	15
3.1.3 Der deduktive Schritt	16
3.2 Kritik der Methode.....	16
3.3 Kritik der Kritik.....	17

3.4	Was bleibt an der Kritik.....	19
3.4.1	Begriffe als Existierendes.....	19
3.4.2	Fehlende Zweckorientierung.....	20
3.4.3	Kodifikationen als Todesstoss für die Begriffsjurisprudenz.....	20
3.4.4	Ergebnis.....	21
4	IST DIE HEUTIGE METHODE BEGRIFFSJURISTISCH?.....	21
4.1	Kodifikation von begriffsjuristisch gebildeten Begriffen.....	22
4.2	Analogieschlüsse als begriffsjuristische Schlüsse.....	22
4.2.1	Funktionsweise von Analogieschlüssen.....	22
4.2.2	Vergleich mit der begriffsjuristischen Methode.....	23
4.2.3	Ergebnis.....	24
4.3	Rechtsanwendung als Analogieschluss?.....	24
4.3.1	Traditionelles Rechtsanwendungsmodell und Hermeneutik.....	25
4.3.2	Die Formulierung des Untersatzes im Besonderen.....	25
4.3.3	Ergebnis.....	27
4.3.4	Unterscheidung von Rechtsanwendung und Analogieschlüssen.....	27
4.4	Abschliessende Betrachtungen.....	28
5	ZUSAMMENFASSUNG: WAS IST DIE DIKTATUR DER BEGRIFFE ?.....	28
IV	REVOLUTION.....	30
1	UNMÖGLICHKEIT DES VOLLSTÄNDIGEN ENTZUGS VON DER DIKTATUR.....	30
2	VERSTÄRKTE AUSEINANDERSETZUNG MIT WERTUNGSENTSCHEIDUNGEN.....	30
3	INHALTSLEERE METHODENLEHRE?.....	31
4	LEGITIMATIONSPROBLEME.....	32
5	METHODENLEHRE ALS RHETORIK.....	32
V	SCHLUSSBEMERKUNGEN.....	34

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AISUF	Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
Art.	Artikel
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BS	Basel
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
Et al.	et alii
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f./ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fussnote
FR	Fribourg
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
m.a.W.	mit anderen Worten
m.Hinw.	mit Hinweisen
N	Note, Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.U.	unter Umständen
Vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden – sofern in der linken Spalte nicht anders angegeben – mit dem Nachnamen des Autors (der Autoren) und der Seitenanzahl oder der Randnote zitiert. Verweise auf Seitenzahlen erfolgen ohne die Abkürzung „S.“.

- BUCHER EUGEN: Was ist "Begriffsjurisprudenz"?, ZBJV 1966 274-304.
- BURCKHARDT WALTHER: Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- BYDLINSKI FRANZ: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982.
- DESCHENAUX HENRI: La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral, GUTZWILLER MAX (Hrsg.), AISUF Band 4, Fribourg 1948.
- DUBISCHAR ROLAND: Jurisprudenz als Begriffsjurisprudenz, in: WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), Wege der Forschung, Band 434, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 416-431.
- ECO UMBERTO: Semiotik und Philosophie der Sprache, HANS-HORST HENSCHEN (Hrsg.), Supplemente Band 4, München 1985 (übers. v. Christiane Trabant-Rommel/Jürgen Trabant).
- EHRlich EUGEN: Die juristische Konstruktion (1918), in: WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), Wege der Forschung, Band 434, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 208-237.
- EINSTEIN ALBERT: Über die speziell und die allgemeine Relativitätstheorie, 23. Auflage, Berlin et al. 2001.
- ENGISCH KARL: Einführung in das juristische Denken, THOMAS WÜRTEMBERGER/OTTO DIRK (Hrsg.), 9. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1997.
- FEYERABEND PAUL: Irrwege der Vernunft, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1990.
- VON FOERSTER HEINZ: Das Konstruieren einer Wirklichkeit, in: PAUL WATZLAWICK (Hrsg.), Die erfundene Wirklichkeit, Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?, 14. Auflage, München/Zürich 2002, 39-60.
- FORSTMOSER PETER: Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003.
- GADAMER HANS-GEORG: Hermeneutik I: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 6. Auflage, Tübingen 1990.
- HECK PHILIPP: Die Begriffsjurisprudenz (1912), in: WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), Wege der Forschung, Band 434, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 191-200.

- HENKE HORST-EBERHARD: Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz?, in: WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), Wege der Forschung, Band 434, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 390-415.
- VON JHERING RUDOLF, Scherz: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Darmstadt 1992.
- VON JHERING RUDOLF, Geist: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 10. Auflage, Aalen 1993.
- KAUFMANN ARTHUR: Das Verfahren der Rechtsgewinnung: Eine rationale Analyse, München 1999.
- KEBECK GÜNTHER: Wahrnehmung: Theorien, Methoden und Forschungsergebnisse der Wahrnehmungspsychologie, 2. Auflage, Weinheim/München 1997.
- KELSEN HANS: Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960.
- KRAMER ERNST A.: Juristische Methodenlehre, Bern 1998.
- KRAWIETZ WERNER: Begriffsjurisprudenz, in: WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), Wege der Forschung, Band 434, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 432-437.
- KUNZ OLIVER M.: Die Kognition des EVG bei der Überprüfung von Leistungsverfügungen: Überblick, Kritik, Probearbeit FR, Fribourg 2003.
- LANGHEIN HEINRICH: Das Prinzip der Analogie als juristische Methode, Hamburger Rechtsstudien Band 82, Berlin 1992.
- LARENZ KARL: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin et al. 1983.
- LENK HANS: Philosophie und Interpretation, Frankfurt a.M. 1993.
- LUHMANN NIKLAS, LdV: Legitimation durch Verfahren, 4. Auflage, Frankfurt a.M. 1983.
- LUHMANN NIKLAS, RdG: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.
- NIETZSCHE FRIEDRICH: Also sprach Zarathustra, Frankfurt a.M. 2000.
- OERTER ROLF/LEO MONTADA: Entwicklungspsychologie, 4. Auflage, Weinheim 1998.
- PFEIFER MICHAEL: Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, O. A. GERMANN et al. (Hrsg.), Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band 124, Diss. BS, Basel/Stuttgart 1980.
- PLATON, Politeia: Der Staat (Politeia), KARL VRETSKA (Hrsg.), Stuttgart 2001.
- PLATON, Phaidros: Phaidros oder Vom Schönen, Stuttgart 2002.
- PUCHTA GEORG FRIEDRICH: Cursus der Institutionen, 100 Jahre bürgerliches Gesetzbuch: Pandektenrecht Band 36, Goldbach 1997.

-
- RÖHL KLAUS FRIEDRICH: Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Köln et al. 2001.
- SAVIGNY EIKE VON: Wittgensteins "Philosophische Untersuchungen", Band I, Frankfurt a.M. 1994.
- SCHNEIDER EGON: Logik für Juristen, 5. Auflage, München 1999.
- TUOR PETER et al.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002.
- WITTGENSTEIN LUDWIG, Gewissheit: Über Gewissheit, in: Werkausgabe, Band 8, Bemerkungen über die Farben, Über Gewissheit, Zettel, Vermischte Bemerkungen, Frankfurt a.M. 1984, 113-259.
- WITTGENSTEIN LUDWIG, PU: Philosophische Untersuchungen, in: Werkausgabe, Band I, Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen, 12. Auflage, Frankfurt a.M. 1999, 225-581.

I Einleitung

Der Titel eines wissenschaftlichen Werks soll „die Eigenschaft eines militärischen Kommandowortes haben: kurz, präzise, bestimmt, kategorisch; er muss ein literarisches Kommandowort sein, das man in die Welt hinausschreit“.¹ Da jedoch neben dem Titel auch etwas dem Titel Zugehöriges zu einer Seminararbeit gehört,² sei hier kurz ausgeführt, wie sich diese Zuordnung im Laufe meiner Arbeit verändert hat.

Geplant war ursprünglich eine Schimpfrede auf die Begriffsjurisprudenz. Durch die genauere Analyse dieser Strömung wurde mir jedoch der Unterschied zwischen dieser Art Jurisprudenz zu betreiben und unserer heutigen Vorgehensweise immer unklarer. Daher sah ich mich genötigt, die Thematik auszudehnen, wobei ich versucht habe, die ursprüngliche Fragestellung weiterhin im Zentrum zu belassen.

Der vorliegende Text ist belastet mit einer grundlegenden Schwierigkeit, nämlich der Schwierigkeit (mangels valabler Alternative) mit Begriffen gegen die Diktatur von Begriffen ankämpfen zu müssen, was nur unter Inkaufnahme gewisser Widersprüchlichkeiten überhaupt machbar ist.

Dies erklärt auch (teilweise) den Titel des ersten Teils „Der Begriff des Begriffs“. In diesem soll Allgemeines zur Entstehung von Begriffen (II.1) und deren Vieldeutigkeit (II.2) zur Sprache kommen. Daran anschliessend finden sich auch allgemeine Ausführungen zur Hypothesenbildung durch Induktion (II.3).

In einem zweiten Teil soll dargestellt werden, wie Begriffe über uns herrschen, insbesondere wie sie unsere Wahrnehmung beeinflussen (III.1) und wie sie (ver)selbständig(t) werden (III.2). In diesem Teil wird auch die Begriffsjurisprudenz und deren Kritik beleuchtet (III.3). Dieser Teil schliesst mit einer Betrachtung der heutigen juristischen Methode und dem Vergleich zur begriffsjuristischen Vorgehensweise (III.4).

Nachdem dann klar sein sollte, was genau die „Diktatur der Begriffe“ sei, gegen die ich zur Revolution aufrufe, sollen denn auch Lösungsansätze dazu gegeben werden, wie eine derartige Revolution zustande kommen könnte (IV).

¹ VON JHERING, Scherz, 126 f.

² VON JHERING, Scherz, 127: „Der Name, den das [...] Kind haben soll, ist [...] gefunden, es fehlt nur noch die Kleinigkeit: das Kind selbst.“

II Der Begriff des Begriffs

Unter „Begriff“ wird in der vorliegenden Arbeit ein Symbol bzw. eine Kommunikationseinheit verstanden, das in der Kommunikation als **Bezeichnung** von etwas gebraucht wird. Das Bezeichnete kann aufgefasst werden als eine **Menge** von Elementen, welche dem Begriff zugeordnet wurden. Die Menge wird bestimmt durch ein **Einordnungskriterium** anhand dessen entschieden werden kann, ob ein Element der Menge zugehörig ist oder nicht.³ Was als der Menge zugehörig betrachtet wird (d.h. welches Einordnungskriterium gilt bzw. welche Bedeutung ein Begriff hat), wird bestimmt durch den Gebrauch des Begriffs in Sprachspielen.⁴ Beinhaltet diese Menge mehrere Elemente, so soll die Gesamtheit dieser Elemente **Bedeutung** genannt werden. Beinhaltet die durch den Begriff zusammengefasste Menge nur eine begrenzte (und bekannte) Anzahl Elemente, so liegt ein **Eigenname** vor.⁵

1 *Wie Begriffe entstehen*

1.1 Die Beziehung von Begriff und Bezeichnetem

Begriff und Bedeutung sind voneinander zu unterscheiden. Es besteht keine eindeutige Beziehung zwischen Begriff und Bezeichnetem in dem Sinne, dass durch das eine jeweils das andere eindeutig bestimmt wäre. Trotzdem besteht zwischen ihnen eine gewisse Beziehung, sie stehen im Zusammenhang des „Bezeichnens“ bzw. des „Bezeichnet-werdens“.

Damit dieser Zusammenhang als gegeben erachtet werden kann, muss mindestens eine Person⁶ diesen Zusammenhang – zumindest gedanklich – aufgebaut haben. Solche „egoistischen“ Begrifflichkeiten wollen wir jedoch ausscheiden und uns denjenigen Zusammenhängen widmen, welche in der Kommunikation in Erscheinung treten.

Damit die Beziehung zwischen Begriff und Bezeichnetem in der Kommunikation überhaupt Bedeutung erlangen kann, muss wenigstens ein Kommunikationsteilnehmer der Auffassung sein, der Begriff sei von ihm oder von einem anderen Teilnehmer – implizit oder explizit – verwendet worden. Es muss also die Verwendung des Begriffs in der Kommunikation wahrgenommen und einem Gesprächsteilnehmer zugeordnet worden sein.

³ SCHNEIDER, 19: Der Begriff ist die Summe aller Merkmale, die das Wesen eines Gegenstandes ausmachen; je spezifischer das Einordnungskriterium (Begriffsumfang) desto grösser der Begriffsinhalt.

⁴ WITTGENSTEIN, PU, N 43.

⁵ z.B. „Fidel Castro“ oder „die fünf Bananen auf meinem Tisch“.

⁶ Allgemeiner: ein der Kommunikation fähiges, vom Betrachter als Subjekt erachtetes „Ding“.

1.2 Wie Begriffe Teil eines Sprachspiels werden

Wenn Symbole in der Kommunikation von einem Gesprächsteilnehmer wahrgenommen werden, wird diesen regelmässig vom Wahrnehmenden ein „Bezeichnetes“ zugeordnet.⁷ Es wird also eine Hypothese darüber gebildet, was derjenige, der den Begriff gebrauchte, mit diesem Symbol gemeint haben könnte.

Das Symbol ist damit bereits in der Kommunikation verwendbar. Solange jedoch die anderen Gesprächsteilnehmer selber noch keine derartige Beziehung aufgebaut haben, ist dieses Symbol für sie noch kein Begriff. Wer dieses Zeichen als Begriff in die Diskussion einführen will, muss deshalb den anderen (implizit oder explizit) mitteilen, dass er das Symbol als Begriff zu verwenden gedenkt.⁸ Durch die Wahrnehmung dieser Bezeichnungshandlung wird der Begriff in die Diskussion eingeführt.⁹ Nunmehr bildet dieser Begriff Teil des Sprachspiels. Er hat für die Gesprächsteilnehmer (und nicht nur mehr für einen einzelnen) Bedeutung erhalten. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass Begriffe nicht etwa durch Einigung über deren Bedeutung Teil des gemeinsamen Sprachspiels werden, sondern dass es hinreichend ist, dass wahrgenommen wurde, dass eine Beziehung zwischen einem Zeichen und irgendetwas geschaffen wurde. Deshalb lässt sich aus dem Gebrauch des gleichen Begriffs durch zwei Personen nur ableiten, dass beide von einer derartigen Beziehung ausgehen, und nicht etwa, dass sie die gleiche Beziehung aufgebaut (d.h. dem Begriff die gleiche Bedeutung beigemessen) haben.

2 Die Vagheit der Begriffe

Ein Begriff wird also auch ohne Einigung über die Bedeutung desselben Teil des Sprachspiels. Dies birgt die Schwierigkeit in sich, dass die Verwendung eines Begriffs nur unter Inkaufnahme des Risikos möglich ist, dass das durch ihn Bezeichnete für die Gesprächsteilnehmer nicht identisch ist.

Da wir einen Begriff nicht genauer verwenden oder verstehen können, als wir dies gelernt haben, sei die Vagheit der Begriffe hier anhand des Lernprozesses dargestellt.

Die Einführung eines Begriffs in ein Sprachspiel geschieht typischerweise, doch nicht immer¹⁰ durch eine „hinweisende Definition“.¹¹ Es wird etwas durch eine Bezeichnungshandlung

⁷ Begriffe, welche vom Wahrnehmenden als „nichtsbezeichnend“ klassiert werden (z.B. als unwillkürlich klassierte Laute wie Verdauungsgeräusche oder dgl.) interessieren hier nicht weiter.

⁸ Dies geschieht durch Formulierungen wie „Dies ist ein ξ“ oder „Ich nenne dies ξ“. Dieser Vorgang ist vergleichbar mit dem Anbringen eines „Namenstäfelchen“: WITTGENSTEIN, PU, N 15. Durch den (wiederholten) Gebrauch des Symbols wird ein Symbol implizit als Begriff eingeführt.

⁹ Dabei spielt es keine Rolle, ob die anderen Teilnehmer diese Beziehung akzeptieren oder ablehnen, solange sie nur die Bezeichnungshandlung als solche wahrgenommen haben.

¹⁰ WITTGENSTEIN, PU, N 27. Wird ein Begriff ohne eine hinweisende Definition in ein Sprachspiel eingeführt (wie z.B. Flüche während des Zusammenbauens eines IKEA-Möbels), so ist die

Bezeichnetes mit einem Symbol verknüpft. Da durch Bezeichnungshandlungen typischerweise nicht eindeutig bestimmt wird, welche Eigenschaft damit bezeichnet werden soll, ist es relativ unwahrscheinlich, dass allein durch die Bezeichnungshandlung klargestellt worden wäre, was denn der Bezeichnende mit dem Begriff genau meint (was das Bezeichnete sei).

Bsp.: A zeigt auf eine gelbe Gummi-Ente und sagt gleichzeitig: „Ich nenne dies ξ “, so kann dies beispielsweise bedeuten, dass A mit ξ eine „gelbe Gummi-Ente“, die Farbe „gelb“, den „Quietschlaut“, „Enten im Allgemeinen“ oder aber einen „schwimmenden Gegenstand“ bezeichnen will. Welche Bedeutung der Betrachter B der Geste des A unterstellt, ist unbestimmt.¹²

Die Mehrdeutigkeit von Begriffen kann selbstverständlich eingeschränkt werden durch erneute Bezeichnungshandlungen.

Bsp.: A zeigt nun auf einen roten Ballon und sagt „Ich nenne dies ebenfalls ξ “. Er zeigt weiter auf den Betrachter B und sagt „Dies ist nicht ξ “.

Mit dieser Technik ist es möglich, gewisse Bedeutungen auszuschliessen. Eine andere Möglichkeit der Präzisierung besteht darin, bereits vor der Bezeichnungshandlung klarzustellen, welche Rolle das Wort in der Sprache spielen soll.¹³

Sie setzt jedoch jedenfalls voraus, dass das mit der Geste Bezeichnete für das Gegenüber überhaupt wahrnehmbar ist.¹⁴ Andernfalls ist die Geste (und damit auch die Begriffszuordnung) für das Gegenüber nicht nur unbestimmt sondern nichtssagend.

Bsp.: A versucht dem blinden B beizubringen, was er als „rot“ bezeichnet.

Unter Umständen kann man in solchen Konstellationen durch die Wahrnehmung von „Hilfstatsachen“ trotzdem zum gewünschten Resultat gelangen.

Bsp.: Der Blinde eruiert aufgrund der von der Oberfläche zurückgestrahlten Sonneneinstrahlung (Wärme), um welche Farbe es sich handelt.

Solche „Hilfstatsachen“ existieren jedoch nicht immer, und falls sie existieren, ist der Schluss von diesen Tatsachen auf das Bezeichnete nicht immer eindeutig. Schliesslich gibt es Begriffe, welche etwas bezeichnen, das nur schwer, nur bei übereinstimmenden Weltkonstruktionen oder gar nicht wahrnehmbar ist.

Unbestimmtheit der Zuordnung des Begriffs zu seiner Bedeutung eine noch grössere: der Zusammenhang zwischen dem Symbol und einem Gegenstand wird dem Betrachter nicht durch eine Geste verdeutlicht.

¹¹ WITTGENSTEIN, PU, N 30; der Hinweis bezieht sich auf den Träger des Begriffs: WITTGENSTEIN, PU, N 43. Auch wenn der Träger des Begriffs nicht mehr existiert, kann mit dem Begriff ein sinnvoller Satz gebildet werden: WITTGENSTEIN, PU, N 55 und 57 f.

¹² Es gibt zwar charakteristische Bezeichnungshandlungen, um z.B. die Form eines Gegenstandes zu bezeichnen, doch dies eben nicht für alle möglichen Bezeichnungshandlungen: WITTGENSTEIN, PU, N 35.

¹³ WITTGENSTEIN, PU, N 30, z.B. „ich zeige dir jetzt die Farbe ξ “.

¹⁴ Bzgl. innerer Zustände vgl. WITTGENSTEIN, PU, N 293: „Käfer in der Schachtel“.

Bsp: Medium A macht B jeweils darauf aufmerksam, ob sich in einem Gegenstand die Weltenseele gerade aufhält. C versucht D das „subjektive Recht“ zu zeigen.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass Bezeichnungshandlungen mehrdeutig sind, wenn das Bezeichnete wahrnehmbar ist und dass sich diese Mehrdeutigkeit durch erneute Bezeichnungshandlungen reduzieren lässt. Bei Nichtwahrnehmbarem hingegen versagt die Methode der hinweisenden Definition vollends.

3 *Begriffsverständnis als Hypothesenbildung*

3.1 **Über die Bedeutungshypothese und deren Falsifikation**

Wenn A eine Begriffsverknüpfung bei B wahrnimmt, so stellt er – wie wir gesehen haben – eine **Hypothese** auf über die gemeinsamen Eigenschaften der Elemente, welche B als Elemente der Menge, die unter dem Begriff zusammengefasst ist, erachte.¹⁵ Diese Hypothese kann (vorläufig) bestätigt werden durch (von A und B) übereinstimmend vorgenommene Einordnungshandlungen. Sie kann jedoch – ausser bei Eigennamen, da hier die Anzahl Elemente in der Menge bekannt ist und diese abschliessend bezeichnet werden können – nie verifiziert werden, da nie klar ist, welche weitere Elemente von B als der Menge zugehörig bestimmt würden.¹⁶

Wohl aber ist eine Falsifikation möglich, sofern entweder das Einordnungskriterium fixiert, offengelegt und für jedes Element überprüfbar ist, oder aber wenn einem der Teilnehmer die Autorität zugestanden wird, eine Einordnung für falsch zu erklären.¹⁷ Wohlgermerkt geht es dabei nicht um die Falsifikation eines Begriffs, sondern um die Falsifikation der Zuordnung eines Elements in die vom Begriff bezeichnete Menge, d.h. um die Falscherklärung des Gebrauchs eines Begriffs.¹⁸

3.2 **Hypothesenbildung als Induktion**

Die Hypothesenbildung (z.B. über die Bedeutung eines Begriffs) stellt einen induktiven Schluss dar. Da hier das erste Mal in dieser Arbeit ein Induktionsschluss vorkommt, sei er nachfolgend etwas genauer beleuchtet.

¹⁵ Eco, 67.

¹⁶ Selbst wenn B die Kriterien, welche zu einer Einordnung unter die Menge führen, offen legen würde, bleibt das Problem bestehen, da die Kriterien wiederum nichts anders als Begriffe sind, für welche die gleichen Unsicherheiten gelten.

¹⁷ Es verhält sich ähnlich wie beim Kinderspiel „Ich seh’ etwas, was du nicht siehst“, wo auch aufgrund von Hypothesenbildung und Falsifizierung derselben die Bedeutung zu erraten versucht wird, welche einer der Spieler fixiert hat.

¹⁸ Bzw. um die Erklärung, dass der Begriff abweichend vom Festgelegten gebraucht worden war. Vgl. auch WITTGENSTEIN, PU, N 272: die fehlende Falsifizierbarkeit stellt das spezifische an der Benennung privater Erlebnissen dar.

3.2.1 Allgemeines zur Induktion

Beim Induktionsverfahren geht es um die Gewinnung von allgemeineren Aussagen aus konkreten; in der Logik wird unterschieden zwischen vollständiger und unvollständiger Induktion:¹⁹

Als **vollständig** wird eine **Induktion** bezeichnet, wenn für ein jedes Element, das unter eine Menge zusammengefasst wird, geprüft wird, ob es bestimmte Eigenschaften aufweise, und diese Eigenschaft dann der Menge dieser Elemente zugeordnet wird. Die Wahrheit der Prämissen (dass eben alle Elemente die Eigenschaft X aufweisen) ist dann hinreichend für die Wahrheit des Universalurteils (d.h. der Eigenschaften der Menge).²⁰ Da jedoch dieses Universalurteil eigentlich nur eine Zusammenfassung aller Einzelurteile darstellt, geht dessen „Behauptungsgehalt“ nicht über das durch die Einzelurteile Festgestellte hinaus.²¹ M.a.W. kann durch eine vollständige Induktion nicht die Wahrheit von Aussagen abgeleitet werden, deren Wahrheit nicht schon vorher bekannt war. Es handelt sich um einen logischen Schluss, der – ausser einer Zusammenfassung von Einzelurteilen – nichts Neues produziert.²²

Eine **unvollständige Induktion** liegt vor, wenn aus konkreten Aussagen eine allgemeinere Aussage abgeleitet wird, ohne dass eine Beschränkung darauf stattfände, nur bereits Bekanntes in die allgemeinere Aussage aufzunehmen. Eigenschaften, die vielen Elementen der Menge zukommen, werden als allen Elementen der Menge zukommend angesehen.²³ Die unvollständige Induktion beruht darauf, dass gewissen Elementen, für welche eine Eigenschaft nicht bekannt ist, diese Eigenschaft – aufgrund anderer Gemeinsamkeiten mit Elementen, für welche diese Eigenschaft bekannt ist – zugeschrieben wird: Aufgrund der Gleichheit eines oder mehrerer Merkmale wird auf die Gleichheit anderer Merkmale geschlossen. Da mit der unvollständigen Induktion Aussagen über Eigenschaften von Elementen generiert werden, von denen man gerade nicht weiss, ob sie wahr sind, ist die unvollständige Induktion keine stets richtige Schlussform.²⁴ Die unvollständige Induktion ist kein streng logischer Schluss und führt nicht immer zu richtigen Ergebnissen, sondern zu blossen Wahrscheinlichkeiten der Richtigkeit.²⁵ Sie ist immer mit einer gewissen Unsicherheit belastet und zwar bezüglich derjenigen Aussagen, die nicht zur Bildung des induktiven Satzes herangezogen wurden, und für die damit nur aufgrund der Ähnlichkeit zu anderen Elementen auf gewisse Eigenschaften geschlossen wurde.

¹⁹ LANGHEIN, 19 m.Hinw.

²⁰ LANGHEIN, 21.

²¹ LANGHEIN, 21.

²² LANGHEIN, 22.

²³ LANGHEIN, 19.

²⁴ LANGHEIN, 20.

²⁵ LANGHEIN, 20.

Ein logischer Schluss (wie die vollständige Induktion) kann aus ihren Voraussetzungen nur zu Tage fördern, was in ihnen bereits enthalten war, eine Gewinnung von Neuem ist so nicht möglich.²⁶ Sofern trotzdem etwas Neues zu Tage tritt (wie bei der unvollständigen Induktion), beruht dies darauf, dass keine logische Ableitung sondern etwas Anderes, etwas Schöpferisches stattgefunden hat.²⁷ *Induktive Gewinnung von höheren Begriffen oder Systemen, die mehr aussagen als was man schon vorher wusste, ist rein logisch nicht möglich.*²⁸ Es sind „Schöpfungen der menschlichen Intelligenz, Werkzeuge des Denkens, die dazu dienen sollen, die Erlebnisse in Zusammenhang zu bringen und sie dadurch besser überschauen zu können“.²⁹

3.2.2 Anwendung auf die Bedeutungshypothese

Die Bedeutungshypothese für einen Begriff wird gebildet aufgrund der wahrgenommenen Verwendungen dieses Begriffs. Streng logisch ist daraus nur für die bisher mit dem Begriff bezeichneten Elemente sicher, dass sie von der Bedeutung des Begriffs gedeckt sind, und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass der Begriff konsistent gebraucht wurde³⁰ und dass das Bezeichnete sich weder durch Zeitablauf³¹ noch durch eine andere externe Ursache (z.B. Lage des Gegenstands o.ä.) veränderte.³² Diese Bedeutungsbildung ist ein Fall der vollständigen Induktion. Sie fasst jedoch nur zusammen, was wir ohnehin über den Begriff wissen.³³

²⁶ Vgl. EHRlich, 221 f.

²⁷ EHRlich, 222; leider ist Ehrlichs Beispiel für eine vollständige Induktion falsch: Er behauptet, dass – da wir wissen, dass alle Säugetiere lebend geboren werden – wir schliessen können, dass eine soeben entdeckte Säugetierart lebende Junge werfe. Falsch deswegen, da durch bis jetzt immer gelingende Verifizierung unserer These deren Richtigkeit nicht bewiesen ist.

²⁸ SCHNEIDER, 46; FEYERABEND, 204: die (vollständige) Induktion führt zu „kümmerlichen Resultaten“; dagegen haben aus Prinzipien gewonnene [durch unvollständige Induktion gewonnene] Argumente eine aus dem „Instinkt“ abgeleitete Autorität.

²⁹ EINSTEIN, 95 f.

³⁰ Vgl. diesbezüglich WITTGENSTEIN, PU, N 83 und SAVIGNY, 141 ff.

³¹ Dazu: WITTGENSTEIN, PU, N 472 ff.

³² Daraus, dass A den Begriff ξ für den Gegenstand A, B und D gebraucht hat, kann geschlossen werden, dass die Bedeutung von ξ eine Menge ist, in der A, B, D und evtl. noch andere Elemente vorkommen.

³³ Vgl. EINSTEIN, 63: „Jede physikalische Beschreibung löst sich auf in eine Zahl von Aussagen, deren jede sich auf die raum-zeitliche Koinzidenz zweier Ereignisse A und B bezieht“: Der durch vollständige Induktion gebildete Begriff beinhaltet nur Aussagen darüber, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt und bei einer bestimmten räumlichen Anordnung ein Ereignis A mit einem Begriff B bezeichnet wurde.

Für alle noch nicht mit dem Begriff bezeichneten Elemente kann nur durch den unsicheren Schluss der unvollständigen Induktion vermutet werden, dass sie ebenfalls von diesem Begriff erfasst seien.³⁴ Dieser Schluss ist keinesfalls zwingender Natur.³⁵ Es bleibt der Phantasie des Betrachters anheimgestellt, welche Elemente er sich ebenfalls der Menge zugehörig denken kann.

Da eine vollständige Induktion nur durch Berücksichtigung aller der Menge zugehöriger Elemente gemacht werden kann, ist eine sichere Bedeutungsbildung (durch vollständige Induktion) nur für Eigennamen möglich. Für alle anderen Begriffe sind wir auf den unsicheren Schluss der unvollständigen Induktion angewiesen. Diesbezüglich gibt es niemals Sicherheit über die Bedeutung eines Begriffs, da die Erstellung der Bedeutungshypothese nicht rein logisch erklärbar ist. Ausser für Eigennamen kann also die Bedeutung eines Begriffs schon aus logischen Gründen nie eindeutig bestimmt werden.

Ein Begriff kann jedoch auch dann (sinnvoll) verwendet werden, wenn weder der Sprecher noch der Empfänger sich bewusst sind, was genau dieser Begriff denn bezeichne. Der Begriff erhält nämlich erst und gerade durch den Gebrauch seine Bedeutung.³⁶ Gleich wie ein Spiel gerade durch das Spielen zustande kommt und nicht etwa den Spielenden als Objekt gegenübersteht, sondern erst durch die konkreten Spielbewegungen als Spiel konstituiert wird, bildet sich die Bedeutung eines Begriffs durch den Gebrauch.³⁷

4 Die strukturelle Ähnlichkeit von Begriffen und Theorien

Sowohl Begriffe als auch Theorien werden erstellt durch einen induktiven Vorgang, ausgehend von konkret Wahrnehmbarem. Weder der Begriff noch die Theorie sind jedoch als solche wahrnehmbar; es sind klassifikatorische Konstrukte.³⁸

Bildet man eigene Begriffe, so ist damit die Behauptung (d.h. die Theorieerstellung) verbunden, dass die Elemente bezüglich eines Einordnungskriteriums übereinstimmen.³⁹

Nimmt man die Verwendung eines fremden Begriffs wahr, ist damit ebenfalls eine Theoriebildung verbunden, nämlich die Hypothese darüber, was das Einordnungskriterium sei.

Begriffe und Theorien sind also strukturell ähnlich,⁴⁰ wobei Theorien noch stärker als Begriffe dafür geschaffen werden, nicht nur Zusammenhänge und Gemeinsamkeiten aufzuzeigen,

³⁴ Es könnte also die Hypothese gebildet werden, dass C aufgrund der Ähnlichkeit zu A, B und D wohl ebenfalls vom Begriff ξ erfasst sei.

³⁵ ECO, 70.

³⁶ WITTGENSTEIN, PU, N 43

³⁷ LENK, 125 mit Verweis auf GADAMER, 107 ff. und 121; WITTGENSTEIN, PU, N 58.

³⁸ SCHNEIDER, 33.

³⁹ Dies entspricht auch den Ergebnissen der Entwicklungspsychologie: Keil (1989) zit. nach OERTER/MONTADA, 619.

⁴⁰ ECO, 72.

sondern auch weitergehende Schlüsse zu ziehen. Deshalb wird bei der Theoriebildung verstärkt auf die Schlussform der unvollständigen Induktion zurückgegriffen, da nur sie dazu geeignet ist, neue Aussagen zu generieren.

III Diktatur der Begriffe

1 Die Strukturierung unserer Welt(en) durch Begriffe

1.1 Wahrnehmung

Das Bild, das wir von unserer Welt haben, beruht auf Wahrnehmung.⁴¹ Wahrnehmung setzt mindestens einen Berührungspunkt zwischen kognitivem System (Denkapparat) und Sinneseinflüssen voraus. Die Informationen, die das kognitive System erhält, sind jedoch keineswegs identisch mit der Aussenwelt, es handelt sich um bloße Nervenimpulse, welche durch geeignete Stimulierung von Rezeptorzellen entstanden sind. Durch diese Impulse wird nur die Intensität der Reaktion einer Rezeptorzelle übermittelt und nichts ausserdem. Darin unterscheiden wir uns in keiner Weise von primitiven Einzellern.

Das komplexe Bild der Aussenwelt, das wir haben, kann also nur unter größter Vereinfachung mit der Sinneswahrnehmung i.e.S. begründet werden; es ist vielmehr bereits Resultat von komplexen Errechnungsfunktionen.⁴² Wir verfügen über keinen direkten Zugang zu unserer Aussenwelt. Dass wir trotzdem imstande sind, komplexere Wahrnehmungen zu machen, verdanken wir also bereits unseren kognitiven Strukturen.⁴³ Wahrnehmung kommt durch systeminterne Verarbeitung von äusserst unspezifischen, durch die Umwelt verursachten Irritationen zustande.⁴⁴

⁴¹ Ich schliesse damit die Auffassung aus, dass ein Wesen aufgrund einer göttlich-mystischen Eingebung ohne Wahrnehmung die Welt erkennen könne (sog. Nativismus: vgl. OERTER/MONTADA, 487).

⁴² Vgl. KEBECK, 157 ff.; VON FOERSTER, 46, der die Prozesse des Erkennens als „unbegrenzte rekursive Errechnungsprozesse“ auffasst; ferner FEYERABEND, 17 und LENK, 90.

⁴³ Für die Jurisprudenz hielt dies DESCHENAUX, 19 f. bereits 1948 treffend fest: Der Richter befasst sich nicht „avec les faits eux-mêmes, mais avec la *représentation* qu'il s'en fait“. Damit er sich eine Vorstellung des Sachverhalts eines Falles machen kann, muss er bereits bei der Wahrnehmung „les catégories de son esprit“ anwenden. Ohne bereits feststehende Erfahrungssätze ist Wahrnehmung überhaupt unmöglich (vgl. auch schon BURCKHARDT, 270 bzgl. Verständnis von Text). DESCHENAUX stellt den Prozess des Erkennens als einen Syllogismus dar, bei welchem der Obersatz aus dem „concept prédonné“ des Erkennenden und der Untersatz aus den „rohen“ Sinnesdaten besteht: es kann nur wahrgenommen werden, was mit dem bereits vorexistierenden Konzept (Obersatz) vereinbar ist (PFEIFER, 79 sieht in DESCHENAUX' Beschreibung grosse Ähnlichkeit zur Hermeneutik).

⁴⁴ LENK, 243 stellt die These der „Interpretationsimprägniertheit aller Erkenntnis- und Handlungsweisen“ auf; vgl. auch LUHMANN, RdG zur Abgeschlossenheit der Systeme.

1.2 Begriffe als die Wahrnehmung vorstrukturierende Faktoren

Die systeminterne Verarbeitung von Umweltirritationen ist beeinflusst durch andere, bereits vorher vorgenommene Operationen des Systems.⁴⁵ Was also von einem System wahrgenommen wird, hängt wesentlich davon ab, welche Wahrnehmungserfahrungen dieses System bereits gemacht hat.⁴⁶ Die Kognitionspsychologie spricht etwa von „Schemata“ oder „persönlichen Konstrukten“, welche notwendige Bedingungen für die Möglichkeit der Wahrnehmung sind.⁴⁷ Nur aufbauend auf diesen Konstrukten können Irritationen zu Wissen verarbeitet werden.⁴⁸ Damit wirken bereits gemachte Erfahrungen als die weitere Erfahrung strukturierende Faktoren: sei es als die Sinneseindrücke korrigierende oder als sie ergänzende.⁴⁹ Diese Strukturierung der Wahrnehmung durch Erfahrung ist jedoch kein bewusster Prozess, sie läuft automatisch und unwillkürlich ab: Das Wahrgenommene ist immer schon das Ergebnis dieser Prozesse.⁵⁰

Konzepte, Schemata bzw. Prototypen nehmen in der Wahrnehmung primär eine Ordnungsfunktion wahr.⁵¹ Sie bereiten den Wahrnehmenden jedoch auch darauf vor, bestimmte Informationen überhaupt wahrzunehmen (sog. „Antizipierte Schemata“), und sie wirken sich damit auch auf die Wahrnehmungshandlungen aus.⁵² Daher wird durch diese Schemata nicht nur beeinflusst, wie wir etwas wahrnehmen, sondern auch was und ob überhaupt.

Wir haben keine Möglichkeit, von Erfahrungen „unverfälschte“ Wahrnehmung zu machen. Ohne passendes Schemata können wir u.U. einen Reiz nicht einmal als solchen aufnehmen.⁵³ Da diese Erfahrungen von Person zu Person unterschiedlich sind, kann nicht davon ausgegangen werden, dass verschiedene Personen eine gleiche Irritation gleich wahrnehmen.

Nun bildet jedoch auch unser begriffliches Verständnis einen Teil unserer Erfahrung: Wir haben Begriffszuordnungen erlebt und auch selber gemacht. Zusätzlich stellen Begriffe in der

⁴⁵ Vgl. LUHMANN, RdG, 58, der (mit Verweis auf HEINZ VON FOERSTER) Systeme mit einer Maschine vergleicht, „die bei jeder Operation ihren eigenen Zustand ins Spiel bringt und deshalb durch jede Operation eine neue Maschine konstruiert.“

⁴⁶ Es geht um ein „Einrücken in ein Überlieferungsgeschehen“: LENK, 132; vgl. auch DECASPER und SPENCE (1986) (zit. nach OERTER/MONTADA, 491), die nachwiesen, dass schon Neugeborene eine Geschichte wiedererkennen, welche die Mutter während den letzten Wochen der Schwangerschaft laut gelesen hatte.

⁴⁷ LENK, 192 m.Hinw.

⁴⁸ LENK, 192 f. m.Hinw.

⁴⁹ KEBECK, 164 ff.

⁵⁰ KEBECK, 174 f.

⁵¹ KEBECK, 179.

⁵² KEBECK, 262 f.

⁵³ KEBECK, 263.

Vergangenheit gemachte Erfahrungen in eine gegenseitige Beziehung zueinander: Sie fassen Erfahrungen zusammen und grenzen Erfahrungen von anderen Erfahrungen ab. Diese vollzogenen Gruppierungen sind auch für zukünftige Wahrnehmungen von Bedeutung: begriffliches Verständnis und die damit verbundene Strukturierung des Wissens muss deshalb m.E. ebenfalls als die Wahrnehmung beeinflussendes Schema betrachtet werden.

2 Begriffe, die zu leben beginnen

2.1 Eigendynamik der Begriffe

Weil Begriffe losgelöst von dem von ihnen Bezeichnetem gebraucht werden können, besteht die menschliche Tendenz, den Begriffen selbst ein vom Bezeichneten losgelöstes Dasein zuzugestehen. „Der Name tritt an die Stelle der Sache und wird selbst zur Sache.“⁵⁴ Die Abhängigkeit des Begriffs von der durch ihn bezeichneten Menge wird gekappt und er wird selber als real existierend aufgefasst.

Diese Eigendynamik der Begriffe führt dazu, dass sie abstrakt mit anderen Begriffen verglichen werden, dass aus ihnen Schlüsse gezogen werden und dass sie mit anderen Begriffen kombiniert werden, ohne dass man sich dabei bewusst ist, dass Gegenstand dieser Operationen nicht der Begriff selbst sondern stets das durch ihn Bezeichnete ist.⁵⁵

Der Begriff wird nicht mehr nur als konstruierte Zusammenfassung einer Menge von Bezeichneten verstanden, sondern alle vom Begriff bezeichneten Elemente werden als „Eins“ aufgefasst.⁵⁶ Oft wird dieses Lebendigwerden des Begriffs bezeichnet mit „der Begriff an sich“ oder mit „Wesen des Begriffs“.

Es ist nun zu prüfen, ob diese Verselbständigung der Begriffe hingenommen werden soll, oder ob es Argumente gibt, die gegen dieses Vorgehen sprechen.

Begriffe, welche durch eine vollständige Induktion gewonnen wurden (Eigennamen), stellen nur eine Zusammenfassung des bereits über die einzelnen Elemente Bekannten dar. Sie sind insofern vollständig von den sie konstituierenden Elementen abhängig und besitzen keinen weiteren Aussagewert. Durch die Verselbständigung des Begriffs wird damit – bis auf die

⁵⁴ RÖHL, 52.

⁵⁵ VON JHERING, Scherz, 7: „durch irgendeinen mystischen Vorgang wird [dem Begriff] Leben und Odem eingehaucht, und der civilistische Homunculus, d.h. der Begriff, wird produktiv und begattet sich mit andern seinesgleichen und zeugt Junge“.

⁵⁶ Dies entspricht in etwa PLATONS „Idee“, welche zwar nicht wahrnehmbar, dafür aber als einziges wirklich seiend sei (PLATON, Politeia, 479e, 490a-b, 507b). Alles Wahrnehmbare sei nur blasses Abbild der Idee. Um die Welt wirklich zu verstehen, müsse man anhand der Methode der Dialektik hinter diese Abbilder vordringen und erfahre so etwas über den Begriff an sich (PLATON, Politeia, 510a-511e). Daraus wiederum erschliesse sich erst die Welt, wie sie an sich sei (PLATON, Politeia, 511b).

Vereinfachung der Sprache – nichts gewonnen. Das „Wesen“ des Begriffs beschränkt sich auf die den Elementen gemeinsamen Eigenschaften. Solange dies beachtet wird, ist gegenüber der Verselbständigung nichts einzuwenden, der Nutzen davon ist jedoch gering.

Bei Begriffen aber, die durch eine unvollständige Induktion gewonnen wurden, bei deren Gewinnung also schöpferisch vorgegangen wurde, kann bei Operationen mit dem Begriff Neues (und auch Falsches) entstehen. Weil auch die unvollständige Induktion scheinbar einen logischen Prozess darstellt, besteht die Tendenz, das aus der Verselbständigung des Begriffs Abgeleitete als logisch zwingende Konsequenz aufzufassen. So wird dem Begriff als solchem eine von den Elementen losgelöste Existenz zugestanden. Diese „schöpferische Kraft“ des Begriffs rührt aber nicht vom Begriff selbst, sondern vom Vorgang seiner Entstehung her, nämlich von der Erfindungsgabe des Begriffsschöpfers. Das aus dieser „schöpferischen Kraft“ Entstehende muss deshalb in einem weiteren Schritt auf Stimmigkeit überprüft werden.

2.2 Über die Schrift

Durch das Festhalten einer Rede auf Papier wird ihr ein Teil ihrer „Begrenztheit“ genommen: Sie kann nun an einem anderen Ort, bei anderen Personen, in einem anderen Zusammenhang sowie zu anderen Zeiten wieder wahrnehmbar gemacht werden.⁵⁷ Und zwar nicht nur in Form einer blossen Nacherzählung, sondern praktisch in ihrer ursprünglichen Form.

„Jede Rede [...], wenn sie nur einmal geschrieben, treibt sich allerorts umher, gleicherweise bei denen, die sie verstehen, wie auch bei denen, für die sie nicht passt, und sie selber weiss nicht, zu wem sie reden soll, zu wem nicht.“⁵⁸

Durch diese „Mobilisierung der Rede“ durch schriftliche Fixierung sind diverse Schwierigkeiten verbunden. Die in der Schrift verwendeten Begriffe sind insbesondere noch gefährdeter als Begriffe in der Rede, verselbständigt und zum Leben erweckt zu werden.

Obwohl die Schrift immer nur ein und dasselbe anzeigt, könnte man nämlich glauben, sie spräche; Sobald man sie jedoch etwas fragt, „so schweig[t] sie stolz“; wird sie „Gekränkt aber und unrecht getadelt, bedarf sie immer der Hilfe des Vaters, denn selbst vermag sie sich weder zu wehren noch zu helfen.“⁵⁹

⁵⁷ LENK, 139.

⁵⁸ PLATON, Phaidros, 275 C; vgl. auch NIETZSCHE, 43: „Dass jedermann lesen lernen darf, verdirbt auf die Dauer nicht allein das Schreiben, sondern auch das Denken.“

⁵⁹ PLATON, Phaidros, 275 D.

Mit der mündlichen Rede sind diese Probleme viel weniger stark verbunden: Sie wird kaum losgelöst vom „Vater“ betrachtet. Hinzu kommt, dass dem geschriebenen Wort typischerweise mehr Autorität zugestanden wird als der Rede.⁶⁰

Wenn es Fehldeutungen oder Missverständnisse gibt, so kann nicht nachgefragt werden, wie der Begriff zu verstehen sei. Dem Vater der Schrift bleibt nichts anderes übrig, als seinen Text und damit auch seine Begriffe in die Freiheit zu entlassen.⁶¹ Dadurch können sich Wortbedeutung und Intention noch stärker voneinander lösen.⁶²

Die Rechtswissenschaft ist nun einmal sehr stark auf geschriebene Texte angewiesen, insbesondere auf das Gesetz.⁶³ Deshalb ist die hier angedeutete Problematik der Schrift für die Rechtswissenschaft von einiger Wichtigkeit: Da der Gesetzestext über gewisse Zeitabschnitte unverändert bleibt, werden zum einen die Begriffe des Gesetzes durch fortwährende Auslegung gefestigt und weiterentwickelt und zum anderen aus diesem Ursprungstext weitere Begriffe gebildet (oft „Prinzipien“ oder „Theorien“ genannt).⁶⁴ Ferner wirkt sich in der Rechtswissenschaft die Verselbständigungstendenz der Begriffe besonders aus.

Wohin diese Begriffsbildung und die Eigendynamik der Begriffe führen kann, sei im nächsten Abschnitt anhand der Begriffsjurisprudenz dargestellt.

3 Begriffsjurisprudenz

Wenn im juristischen Umfeld von Begriffen die Rede ist, kann die Strömung der Begriffsjurisprudenz kaum ignoriert werden. Wird von „Begriffsjurisprudenz“ gesprochen, steht typischerweise von vorneherein fest, dass es sich dabei um „etwas Böses und Verwerfliches handelt.“⁶⁵ Da jedoch der „Schimpf ‚Begriffsjurisprudenz‘ so verschwommen wie die meisten Schimpfe“ ist, soll hier zuerst die Methode der Begriffsjurisprudenz dargestellt und erst dann auf die Kritik eingegangen werden.

⁶⁰ Wahrscheinlich weil dem „Vater der Schrift“ zugeschrieben wird, dass er sich der Konsequenzen seines Tuns (eben der Mobilisierung seiner Rede) bewusst war und deshalb besonders sorgsam vorging.

⁶¹ Dieser Freiheit versucht man bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen durch die sog. Andeutungstheorie einzugrenzen: vgl. dazu TUOR et al., 617 ff.

⁶² LENK, 139.

⁶³ Darin ist die strukturelle Koppelung mit dem politischen System zu erblicken, welches diese Texte produziert und als Output dem Rechtssystem zur Verfügung stellt. Sie stellen einen Input im Rechtssystem dar, welcher zwar nach heutiger Auffassung nicht absolut bindend wirkt, doch immerhin eine Begründungslast-Verteilung vornimmt. So erfordert das Abweichen von einem sog. „klaren“ Wortlaut zumindest eine einlässliche Begründung.

⁶⁴ Z.B. die „Anfechtungstheorie“, das „Vertrauensprinzip“ u.v.a.m.

⁶⁵ BUCHER, 274.

Ich gehe dabei von den Ansätzen RUDOLF VON JHERINGS aus, da sein Schaffen von einem Bruch gegenüber der begriffsjuristischen Methode gekennzeichnet ist und sich somit sowohl Methode als auch Kritik an seiner Person anknüpfen lassen. Ergänzend wird PUCHTA hinzugezogen, um die begriffsjuristische Methode zu konkretisieren.⁶⁶

3.1 Methode der „höheren Jurisprudenz“

3.1.1 Allgemeines

Lässt man die Symbolik beiseite, so ergibt sich, dass Begriffsjurisprudenz nichts anderes ist als die Konstruktion von – aus dem Gesetz durch Verallgemeinerung und Systematisierung abgeleiteten – abstrakten Prinzipien, von welchen aus neue Rechtsregeln gewonnen wurden.⁶⁷ Die gemeinsamen Elemente verschiedener Regelungen werden zu allgemeinen und immer allgemeineren Begriffen zusammengefasst und aus diesen „Metabegriffen“ (sog. „juristische Körper“) wiederum Regeln abgeleitet.⁶⁸ Es werden also Entscheidungen nicht aufgrund von Begriffen (welche das Gesetz zur Verfügung stellt) sondern aus Abstraktionen von Begriffen (eben den Metabegriffen) gewonnen.⁶⁹

Es kann mithin unterschieden werden zwischen zwei verschiedenen Schritten, nämlich der „Metabegriff“-Gewinnung durch Induktion und der Regelfindung durch Deduktion.

3.1.2 Der induktive Schritt

Der erste Schritt in der begriffsjuristischen Methode besteht darin, dass aus Rechtsnormen Metabegriffe (juristische Körper) gebildet werden. Es handelt sich hierbei um eine induktive Schlussform.⁷⁰

Als Regeln, die bei der Bildung von juristischen Körpern zu beachten sind, wurde von JHERING betrachtet: Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs (kein Widerspruch zur gesetzlichen Regelung)⁷¹, das Gesetz des Nichtwiderspruchs (Stimmigkeit der Konstruktionen untereinander)⁷² sowie das der juristischen Schönheit.⁷³ Der Induktionsschritt sei zwar für die

⁶⁶ Bei den folgenden Ausführungen darf nicht vergessen werden, dass – neben der sogleich zu beschreibenden „höheren Jurisprudenz“ – die „niedere Jurisprudenz“, die sich auf die Interpretation der bestehenden Normen beschränkte, weiterhin existierte.

⁶⁷ BYDLINSKI, 110.

⁶⁸ HECK, 191.

⁶⁹ EHRLICH, 208.

⁷⁰ Vgl. dazu oben II.3.2.

⁷¹ VON JHERING, Geist, 371 ff.

⁷² VON JHERING, Geist, 374 ff.

⁷³ VON JHERING, Geist, 379 ff.; vgl. auch HECK, 193. Letzteres Gesetz ist jedoch nur relativer Art, so dass unschöne, komplizierte oder nicht anschauliche Konstruktionen deshalb nicht schon „verkehrt“

„niedere Jurisprudenz“ nicht zu begründen, für die „höhere Jurisprudenz“ hingegen ergäbe er sich als notwendige Konsequenz.⁷⁴

PUCHTA ging davon aus, dass durch den induktiv-deduktiven Doppelschritt Rechtssätze „zu Tage gefördert werden, die in dem Geist des nationalen Rechts verborgen [...], die also erst als Produkt einer wissenschaftlichen Deduction sichtbar entstehen“. Die Wissenschaft habe zur Aufgabe, den systematischen Zusammenhang der Rechtssätze „als einander bedingende und von einander abstammende“ zu erkennen und die Genealogie der einzelnen Rechtssätze „bis zu ihrem Princip hinauf [zu] verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äussersten Sprossen herabsteigen zu können.“⁷⁵ So trete die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle neben unmittelbare Volksüberzeugung und Gesetzgebung.⁷⁶ Das so geschaffene Recht gelte jedoch nur „insofern sie aus den Principien des bestehenden Rechts mit innerer Nothwendigkeit folgen“, wobei sich Regeln für diese Erkenntnis der inneren 'Nothwendigkeit' „nicht mit einiger Vollständigkeit geben“ lassen.⁷⁷ Übereinstimmung der angesehensten Juristen könne zwar eine Vermutung für die Richtigkeit einer solchen Erkenntnis begründen, habe aber auch keine „Autorität an und für sich“ und müsse daher allenfalls „der bessern Erkenntnis der Wahrheit weichen“.⁷⁸

3.1.3 Der deduktive Schritt

Aus den durch Induktion geschaffenen juristischen Körpern (Metabegriffen) lassen sich in einem zweiten Schritt durch Deduktion – und daher logisch eindeutig – Rechtsregeln ableiten.

3.2 Kritik der Methode

JHERING (als einer der grössten Vertreter der Begriffsjurisprudenz) hat mit seinen „Briefen eines Unbekannten“, die 1861 anonym in der Preussischen Gerichtszeitung erschienen, die Kritik an der Begriffsjurisprudenz eingeleitet. Die Kritik intensivierte sich in der Folge und wurde zu einem „Kampf“ zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz.⁷⁹

erklärt werden können: VON JHERING, Geist, 380; vgl. zum ästhetischen Argument für eine Hypothese auch WITTGENSTEIN, Gewissheit, N 148.

⁷⁴ VON JHERING, Geist, 388.

⁷⁵ PUCHTA, 36 f.; man beachte die Parallele zu PLATON, Politeia, 511b-511c: mit Hilfe der Hypothesen als echte Voraussetzungen (wie Stufen und Stützpunkte) dringt der denkende Geist „bis zum voraussetzungslosen Urbeginn des Ganzen vor, hält sich an ihm und dann wieder an dem, was von ihm abhängt und steigt so wieder herab und zurück zum Ende, ohne irgendwo das Sichtbare zu Hilfe zu nehmen, sondern nur mit Hilfe der Ideen und durch sie und wieder zu ihnen, bei denen er endet.“

⁷⁶ PUCHTA, 37.

⁷⁷ PUCHTA, 44.

⁷⁸ PUCHTA, 45.

⁷⁹ BUCHER, 276 f.

Gegen die Begriffsjurisprudenz wird zum einen eingewendet, dass sie fälschlicherweise davon ausging, dass das vorgegebene Recht eine lückenlose und geschlossene Ordnung sei, welche sämtliche mögliche Sachverhalte erfasse.⁸⁰

Zum anderen wird das induktiv-deduktive Doppelverfahren kritisiert: Wenn ein konkreter Rechtssatz abstrahiert und aus ihm eine abstraktere Norm gewonnen werde, so sei offensichtlich, dass der gewonnene Rechtssatz nicht mehr dasselbe aussage wie der ursprüngliche.⁸¹ Es müssten die konkreten Elemente des Einzelfalls bzw. der einzelnen Norm ausgeblendet werden, damit man zu einer Abstraktion gelange,⁸² und durch diese Operationen werde der Sinn des Satzes offensichtlich verändert.⁸³

3.3 Kritik der Kritik

Auf das **Lückenlosigkeitsdogma** muss genauer eingegangen werden: Aufgrund der Unmöglichkeit des non-liquet, d.h. aufgrund des Entscheidungswangs des Richters, ist eigentlich klar, dass die Rechtsordnung sämtliche Sachverhalte umfasst und damit eine lückenlose Ordnung bildet.⁸⁴ Es muss daher unterschieden werden zwischen Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und Lückenlosigkeit des Gesetzes.⁸⁵ Der eigentliche Vorwurf, den man den Begriffsjuristen machen kann, ist, dass sie so getan haben, als ob die gesetzliche Ordnung lückenlos sei in dem Sinne, dass man durch genügend genaues Ausarbeiten der gesetzlichen Prinzipien und Begriffe Lösungen *aus dem Gesetz* ableiten könne, obwohl diese Ableitung aus den (konstruierten) juristischen Körpern geschah.

Der Vorwurf der **Irrationalität der Induktion** ist wohl richtig. Wie wir oben (II.3.2) gesehen haben, ist die (unvollständige) Induktion insofern problematisch, als sie nicht rein logisch vollzogen werden kann.⁸⁶ Da bei der Induktion in hohem Grad freies Ermessen mitspielt und sie eben gerade kein objektives Verfahren darstellt, kann sie nicht zu logisch zwingenden Ergebnissen führen.⁸⁷

⁸⁰ BUCHER, 278.

⁸¹ EHRLICH, 213; durch die Abstraktion wird eben ein einschränkendes Merkmal des Begriffs ausgeschaltet: EHRLICH, 222 f.

⁸² EHRLICH, 208.

⁸³ Die „systematischen Begriffe“ verhalten sich zu den ihnen zugrunde liegenden Rechtsätzen wie die Gattung zu den Arten: EHRLICH, 214.

⁸⁴ BUCHER, 284.

⁸⁵ BUCHER, 284

⁸⁶ Deshalb (und nicht aufgrund von Fehlern der Begriffsjuristen) bleibt schleierhaft (so BYDLINSKI, 112), wie diese Gewinnung der hinter bzw. über den Rechtsregeln stehenden Prinzipien und Begriffen vonstatten geht.

⁸⁷ HECK, 195.

Wird die Bildung juristischer Körper als nicht logische „Schöpfung“ oder „Erfindung“ von Aussagen verstanden, so ist klar, dass aus diesen Metabegriffen abgeleitete Aussagen immer mit der gleichen Unsicherheit behaftet sind.⁸⁸

In den Naturwissenschaften rechtfertigt es sich mit erfundenen Theorien zu arbeiten, da nur so eine Entwicklung über das bereits bekannte hinaus möglich ist.⁸⁹ In den naturwissenschaftlichen Disziplinen werden diese Theorien denn auch „Hypothesen“ genannt. Kommt zum Vorschein, dass eine logisch aus dieser Hypothese deduzierbare Aussage falsifiziert wurde, so muss die Hypothese aufgegeben oder umgebaut werden.⁹⁰

In der Rechtswissenschaft hingegen gibt es keine ähnlich objektiven⁹¹ Falsifizierungsmethoden so gewonnener Aussagen.⁹² Als Falsifizierung in Frage käme – wie dies JHERING in seinem Gesetz der Deckung des positiven Stoffs und des Nichtwiderspruchs bereits angedeutet hat – der Widerspruch zu existierenden Normen oder zu anderen Theorien. Während erstere Falsifizierungsmöglichkeit (Vorrang des Gesetzes) an und für sich einleuchtend tönt, in concreto jedoch zu schwierigen Fragen führt, ist die zweite insofern problematisch, als dadurch bereits existierenden Theorien eine u.U. unbegründete Vorrangstellung eingeräumt wird.⁹³ Zur Verwerfung einer rechtswissenschaftlichen Hypothese führen könnte ferner ein Widerspruch gegen unser Gerechtigkeitsgefühl oder mangelnde Praktikabilität.⁹⁴ Diese Kriterien für die Falsifikation sind jedoch kaum je zwingender oder objektiver Natur. Inwiefern andere Falsifizierungsmöglichkeiten in Frage kommen, wird unten (IV.5) erläutert.

Beim Vorwurf der **Irrationalität** der Bildung juristischer Körper zu beachten ist jedoch, dass die Irrationalität teilweise von den Begriffsjuristen selbst schon angedeutet wurde: Bereits im

⁸⁸ Vgl. bzgl. der Geometrie auch EINSTEIN, 1: Wahrheit eines Satzes bedeutet Ableitbarkeit von gesetzten Axiomen. Diese Wahrheit gilt jedoch damit nur innerhalb des gesetzten Systems.

⁸⁹ FEYERABEND, 24 fordert sogar auf, dass mehr irrationale und absurde Theorien geschaffen werden, da nur die Pluralität in der Hypothesenbildung zu einem wirklichen Fortschritt führen kann („Es gibt kein wissenschaftliches Argument gegen die Verwendung [...] von unwissenschaftlichen Ansichten [...] aber es gibt [...] Argumente für eine Pluralität von Ideen, unwissenschaftlicher Unsinn [...] eingeschlossen“: FEYERABEND, 58). Die einzige Funktion der Rationalität „besteht darin, die allgemeine Bewegung auf die Monotonie hin mit ein wenig Glanz zu versehen“ (FEYERABEND, 27).

⁹⁰ EINSTEIN, 50: „Es ist das schönste Los einer [...] Theorie, wenn sie selbst zur Aufstellung einer umfassenden Theorie den Weg weist, in welcher sie als Grenzfall weiterlebt.“

⁹¹ Zur Kritik der Objektivität der Falsifizierungen durch die Naturwissenschaften vgl. FEYERABEND, 416 und WITTGENSTEIN, Gewissheit, N 110.

⁹² LARENZ, 370.

⁹³ Vgl. jedoch auch FEYERABEND, 368 zur Auseinandersetzung zwischen der Lehrmeinung der Kirche und Galilei: Es ist eine vernünftige Idee – solange die neue Theorie noch ungewiss ist – an der alten Auffassung (in casu: die von den Kirchenvätern gegebenen Auslegung der Heiligen Schrift: die Erde sei Zentrum des Universums) festzuhalten.

⁹⁴ Vgl. etwa SCHNEIDER, 47 f.

„Geist des römischen Rechts“ erklärt beispielsweise JHERING, dass sich die höhere Jurisprudenz gerade dadurch von der niederen unterscheidet, dass sie Neues produziert und nicht nur die ursprünglich vorhandene Rechtssubstanz „auseinander“ legt.⁹⁵ Er wird sogar noch deutlicher: Die juristische Konstruktion „ist eine künstlerische Production, denn sie schafft etwas Neues, was bisher nicht da war, sie ist ein Erfinden“ und damit sei auch ausgesprochen, dass sie Sache des Talents und der Intuition ist; „Niemand der sich an eine solche Aufgabe wagt, sollte sich verhehlen, dass er Lotterie spielt“.⁹⁶

Die Auseinandersetzung mit der Begriffsjurisprudenz ist m.E. daher auch eine zu einseitige: Sie beschränkt sich auf die offensichtlichen Fehlleistungen und berücksichtigt oft gar nicht die **Leistungen** der Begriffsjurisprudenz, welche teilweise auch heute noch in unserem Rechtssystem weiterwirken,⁹⁷ die wir jedoch aufgrund der Übereinstimmung mit unserem heutigen System nicht als Fehler wahrnehmen.

3.4 Was bleibt an der Kritik

3.4.1 Begriffe als Existierendes

Dass JHERING trotz des Eingeständnisses der Irrationalität von einem logischen Vorgehen ausgeht, lässt sich m.E. folgendermassen erklären: JHERING geht zu Recht davon aus, dass „Anschauung“ beeinflusst ist durch vorher hergestellte Zusammenhänge (man nimmt nicht die einzelnen Merkmale wahr, sondern man hat das Ding „in seinem ganzen Zusammenhang vor Augen“⁹⁸). Daraus schliesst er, „dass ein solcher Zusammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anschauliches existiere“.⁹⁹ Dies ist genau der Fehlschluss, dem wir bereits oben (III2) beim Lebendigwerden der Begriffe begegnet sind. Die Annahme¹⁰⁰ einer "Existenz" der juristischen Körper führt in der Folge zur Auffassung, dass die darauf begründeten Schlüsse logischer Natur seien, obwohl diese Schlüsse gleich wie die Annahme auf wackligen Füßen stehen und gradeso gut anders hätten ausfallen können.¹⁰¹

⁹⁵ VON JHERING, Geist, 359.

⁹⁶ VON JHERING, Geist, 370 f. insb. Fn. 514.

⁹⁷ HENKE, 411 ff.; vgl. auch unten III.4.1.

⁹⁸ VON JHERING, Geist, 384.

⁹⁹ VON JHERING, Geist, 384.

¹⁰⁰ So auch VON JHERING, Geist, 362.

¹⁰¹ Vgl. denn auch VON JHERING, Geist, 373 und zum Gesetz der juristischen Schönheit, wo er zugibt, dass bei verschiedenen juristischen Körpern nicht unbedingt einer „verkehrt“ sein müsse: VON JHERING, Geist, 379.

Die wohl bissigste Kritik dieser Annahme der Existenz juristischer Körper findet sich bei JHERING selbst in seinem „Begriffshimmel“¹⁰², wo Gedanke und Wirklichkeit eins sind,¹⁰³ und wo Fragen von den Begriffen selber beantwortet werden.¹⁰⁴

3.4.2 Fehlende Zweckorientierung

Die begriffsjuristische Methode solle sich gemäss dem frühen JHERING nicht nach dem Zweck (d.h. nach dem durch die Norm erstrebten Ausgleich der Interessenlagen) der Regelung richten, sondern strukturell erfolgen.¹⁰⁵ Dies deshalb, weil die Rechtswissenschaft nur eine Theorie der Mittel und nicht der Zwecke sei, und weil letztere im Allgemeinen nicht aus der Norm erkannt werden können bzw. teilweise ganz inexistent seien.¹⁰⁶

PUCHTA hingegen, der die Systematik des Rechts durch die Einheit ihres Ursprungs, nämlich des Volksgeistes¹⁰⁷ begründete, geht demgegenüber davon aus, dass (mindestens¹⁰⁸) bei der Interpretation des Gesetzes (welche er ebenfalls als Rechtsschöpfung betrachtete¹⁰⁹) der Zweck berücksichtigt werden müsse.¹¹⁰

Von einer vollständig fehlenden Zweckorientierung der Begriffsjurisprudenz auszugehen, scheint mir deshalb zumindest bezüglich PUCHTA eine zu einseitige Kritik zu sein. Soweit diese Kritik jedoch zutrifft, ist sie begründet.

3.4.3 Kodifikationen als Todesstoss für die Begriffsjurisprudenz

Die Begriffsjuristen waren in einer Zeit tätig, in der noch keine umfassenden Kodifikationen existierten. Es ging in erster Linie um die Verarbeitung der römischrechtlichen Quellen, welchen zwar eine moralische Autorität jedoch keine direkte rechtliche Verbindlichkeit zukam.¹¹¹ Die Entscheidungen konnten nicht auf einen geltenden Text abgestützt werden,

¹⁰² VON JHERING, Scherz, 245 ff.

¹⁰³ VON JHERING, Scherz, 248.

¹⁰⁴ VON JHERING, Scherz, 250.

¹⁰⁵ VON JHERING, Geist, 364 ff.; vgl. dazu auch HECK, 192 und LANGHEIN, 100 ff.

¹⁰⁶ VON JHERING, Geist, 365; dass letzterer Einwand auch für die Struktur der Normen gilt, verschweigt er freilich an dieser Stelle.

¹⁰⁷ PUCHTA, 35.

¹⁰⁸ Diesen Schluss ziehe ich daraus, dass PUCHTA (anders als JHERING) keine strikte Zweiteilung der Jurisprudenz vornimmt und seine Anweisungen bezüglich der Gesetzesauslegung wohl auch für die Konstruktionen gelten.

¹⁰⁹ PUCHTA, 41: „Legalinterpretation ist nichts als die Hervorbringung eines neuen [...] Rechtssatzes, der nur in die Beziehung zu dem interpretierten Gesetz gestellt ist, dass er in der Anwendung so betrachtet werden soll, als wenn er schon in diesem Gesetz enthalten wäre.“

¹¹⁰ PUCHTA, 42.

¹¹¹ BUCHER, 285.

sondern mussten auf einer anderen Geltungsgrundlage beruhen.¹¹² Dass zur Erschaffung dieser Geltungsgrundlage systematisch und begrifflich vorgegangen wurde, erscheint daher ziemlich naheliegend und verständlich. Hinzu kommt, dass der Stoff, mit dem sich die Begriffsjurisprudenz beschäftigte – nämlich das römische Recht – einzelfallorientiert war und nur durch Systematisierung erschlossen werden konnte.¹¹³

Mit der Jahrhundertwende und dem Inkrafttreten der grossen Kodifikationen hat sich die Rolle des Juristen gewandelt.¹¹⁴ Neben einer allgemein geltenden und verbindlichen gesetzlichen Ordnung kann nicht mehr gleich vorgegangen werden wie in der kodifikationsfreien Zeit davor.¹¹⁵ Auch der Stellenwert von Begriffen änderte sich mit der Kodifikation: Waren sie vorher „Wegweiser bei der Rechtsfindung“, sind sie nunmehr nur noch dem Gesetz untergeordnete „Instrumente der Rechtsbeschreibung“ ohne jeden Eigenwert und können nur solange verwendet werden, als sie das Gesetz angemessen abzubilden vermögen und müssen verändert oder abgelöst werden, sobald sie diese Funktion nicht mehr erfüllen.¹¹⁶

In Bereichen jedoch, wo das Gesetz nur Generalklauseln zur Verfügung stellt oder wo der Richter ermächtigt ist, selber Rechtsregeln zu schaffen (Art. 1 ZGB), stehen wir auch heute noch vor einer ähnlichen Situation wie in der Zeit vor den grossen Kodifikationen.¹¹⁷

3.4.4 Ergebnis

Der begriffsjuristischen Methode kommt neben existierenden Kodifikationen eine andere Funktion zu. Sie ist zudem belastet mit der Unmöglichkeit der rationalen Begründung des Induktionsschlusses. Ausserdem muss dem Drang widerstanden werden, Begriffen eine reale Existenz zuzuschreiben: diese Art Begriffe zu betrachten birgt zu grosse Gefahren in sich. Grösster Kritikpunkt an der Begriffsjurisprudenz ist jedoch der (jedenfalls beim frühen JHERING) ausdrücklich festgehaltene Ausschluss von Zweckorientierung. Die Methode verdeckt Wertungsentscheidungen durch ein angeblich logisches induktiv-deduktives Verfahren.

4 Ist die heutige Methode Begriffsjuristisch?

In Anbetracht der Kritik an der begriffsjuristischen Methode muss die heutige Methode der Rechtsanwendung daraufhin überprüft werden, ob sie die gleichen Schwächen wie erstere aufweist, oder ob wir die Kritik als hinfällig – da nunmehr unzutreffend – betrachten können.

¹¹² BUCHER, 285 f.

¹¹³ Damit soll nicht gesagt werden, dass die Begriffsjurisprudenz die Methode der Römer war; vgl. dazu: BUCHER, 280 m.Hinw. und KRAWIETZ, 434 ff.

¹¹⁴ BUCHER, 290.

¹¹⁵ KRAWIETZ, 432 f.

¹¹⁶ BUCHER, 290; vgl. auch das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs von JHERING.

¹¹⁷ Man denke etwa an die Innominatverträge.

Nach dem Spezialfall der Kodifikation begriffsjuristischer Konstrukte (4.1) soll vorliegend aufgezeigt werden, dass Analogieschlüsse nicht angemessen von begriffsjuristischer Argumentation unterschieden werden können (4.2). In einem zweiten Schritt geht es dann um die Problematik der Unterscheidung von Rechtsanwendung i.e.S. und Analogieschlüssen (4.3).

4.1 Kodifikation von begriffsjuristisch gebildeten Begriffen

Viele der durch die Begriffsjurisprudenz gewonnenen systematischen Begriffe wurden mit der Zeit kodifiziert, d.h. ins Gesetz aufgenommen.¹¹⁸ Es stellt sich nun die Frage, ob durch diese Aufnahme die Deduktion aus diesen Begriffen legitim geworden ist. EHRLICH vertritt die Auffassung, dass die systematischen Abstraktionen – da sie nicht Gegenstand von Interessenabwägung und Schutzgewährung gewesen sind – nicht geeignet sind, „die richterliche Interessenabwägung und Schutzgewährung zu bestimmen“ und dass damit bei Normen, welche solche systematischen Abstraktionen enthalten, die Rechtssatzqualität selbst verneint werden müsse.¹¹⁹ Eine solche Regelung verweise im Resultat wieder auf den Rechtsanwender, der die Interessenabwägung anstelle des Gesetzgebers vornehmen soll.¹²⁰ Dem ist m.E. zuzustimmen: Durch die Kodifikation alleine sind diese Konstrukte nicht konkretisiert worden und je allgemeiner die begrifflichen Konstruktionen sind, desto inhaltsärmer sind sie auch.

4.2 Analogieschlüsse als begriffsjuristische Schlüsse

4.2.1 Funktionsweise von Analogieschlüssen

Analogieschlüsse beruhen darauf, dass zwei (verschiedenen) Sachverhalte in Hinblick auf ein oder mehrere Merkmale als identisch beurteilt werden.¹²¹ Aus dieser Entsprechung in einigen Merkmalen wird eine Entsprechung in anderen Merkmalen abgeleitet.¹²² Die beiden Sachverhalte werden m.a.W. aufgrund der übereinstimmenden Merkmale in einer Menge zusammengefasst (Begriffsbildung) und die bei den bekannten Elementen vorhandenen

¹¹⁸ Insbesondere die „Allgemeinen Teile“ unserer Gesetze sind sehr stark von der begriffsjuristischen Methode gekennzeichnet: DUBISCHAR, 429.

¹¹⁹ EHRLICH, 226; vgl. auch EINSTEIN, 6, der das „dunkle“ Wort „Raum“ beiseite lässt, da wir uns dabei „bei ehrlichem Geständnis nicht das geringste denken können“.

¹²⁰ EHRLICH, 229.

¹²¹ Es handelt sich hierbei um eine vollständige Induktion hinsichtlich dieser Eigenschaften, welche zu einer Gattungsbildung führt: KAUFMANN, 32.

¹²² Der durch vollständige Induktion entstandene Gattung werden Eigenschaften zugeschrieben, welche nicht bei allen Elementen als vorhanden erkannt wurden; die vollständige wird dadurch zu einer unvollständigen: KAUFMANN, 31 f.

Merkmale werden auf das neu eingeordnete Element übertragen.¹²³ Es handelt sich sozusagen um ein induktiv-deduktives Doppelverfahren, wobei die Induktion eine unvollständige ist.¹²⁴

4.2.2 Vergleich mit der begriffsjuristischen Methode

Wie bei der begriffsjuristischen Methode sind bei Analogieschlüssen also zwei Schritte zu trennen: Erstens die Einordnung des neuen Sachverhalts unter die von der Regelung umfassten Menge und zweitens der deduktive Schluss aus dieser Mengenzugehörigkeit. Der erste Schritt hat wiederum die Form einer unvollständigen Induktion und ist deshalb mit den gleichen Problemen behaftet wie die Konstruktion der juristischen Körper. Auch hier wird abstrahiert und nach einem Prinzip gesucht, welches hinter der konkret in der Norm erwähnten Fallkonstellation steht.

Rein methodisch lässt sich also die Rechtsschöpfung durch Analogiebildung von der Vorgehensweise der Begriffsjurisprudenz nicht unterscheiden. Die Kritik, die an der Begriffsjurisprudenz geübt wird, muss demnach auch für die Analogiebildung berücksichtigt werden. Insbesondere der Vorwurf der Nichtrationalität trifft sodann auch die Rechtsschöpfung durch Analogiebildung.

Dem Vorwurf der fehlenden Zweckorientierung kann sich die Rechtsschöpfung durch Analogiebildung jedoch entziehen, wenn während des ganzen Vorgangs der Analogie die Interessenlagen effektiv berücksichtigt werden.

Das Bundesgericht beschreibt den Vorgang der Lückenfüllung durch Analogie folgendermassen:

„Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender **Würdigung** der generell-abstrakten **Interessenlage** unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit [...] Zudem gilt es, das **Prinzip der Einheit der Rechtsordnung** zu

¹²³ Dabei macht es methodisch keinen Unterschied, ob der neue Fall mit einem oder mehreren bekannten verglichen wird. Eine Unterscheidung von Rechts- und Gesetzesanalogie (bzw. Einzel- und Gesamtanalogie) nehme ich hier aus diesem Grund nicht vor. Anders etwa KRAMER, 149 ff.

¹²⁴ vgl. KAUFMANN, 32 m.Hinw.; so auch KRAMER, 150, sowohl für Einzel- als auch für Gesamtanalogien; vgl. auch oben II.3.2. Teilweise wird in der Lehre die Auffassung vertreten, Analogieschlüsse kämen nicht durch ein Zurückgehen auf ein hinter der Norm stehendes Konzept zustande, sondern ergäben sich direkt durch den Vergleich der Einzelfälle (vgl. z.B. LARENZ, 365, insbes. Fn. 31, wo er sich mit der Auffassung KAUFMANNS auseinandersetzt). Doch auch von diesen Autoren wird für den Analogieschluss eine Übereinstimmung der beiden Sachverhalte „in den für die rechtliche Bewertung massgebenden Hinsichten“ gefordert (vgl. LARENZ, 366). Dies kann m.E. nur als Begriffsbildung bzw. als Prinzipienbildung und nicht als direkter Vergleich verstanden werden (vgl. LANGHEIN, 154 ff.). Unklarer diesbezüglich das Bundesgericht: „die Zulässigkeit des Analogieschlusses setzt Gleichheit oder zumindest starke Ähnlichkeit zwischen dem vom Gesetz erfassten und dem zu beurteilenden Tatbestand voraus“ (BGE 117 V 208, 212; 115 V 77, 79).

beachten. Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das **vorgegebene System** einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem **Geist der positiven Rechtsordnung** ein **Prinzip** auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann.¹²⁵

Während der erste Satz des obigen Zitats die soeben erwähnte Ausrichtung an der Interessenlage andeutet, entsprechen die weiteren Ausführungen des BGER im wesentlichen der Argumentationsweise der Begriffsjurisprudenz. Insbesondere erstaunt, dass das BGER davon ausgeht, dass durch richterliche Lückenfüllung das „vorgegebene System“ lediglich komplettiert werde (die Regel soll sich „einpassen“) und nicht eigentlich ergänzt oder modifiziert werde, und dass aus dem „Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen“ sei, das nur „regelfähig umgesetzt“ zu werden brauche, ohne auf die Problematik der Ermittlung dieses „Geistes“ oder auf diese „Umsetzung“ hinzuweisen. Deshalb muss obiges BGE-Zitat mit Betonung auf den ersten Teil – nämlich die Würdigung der Interessenlage – gelesen werden, damit überhaupt ein Unterschied zur begriffsjuristischen Vorgehensweise zu Tage tritt.¹²⁶

4.2.3 Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich Rechtsschöpfung durch Analogiebildung nur dann und nur soweit von der begriffsjuristischen Methode unterscheidet, als sie auf einer **Interessenabwägung** durch den Rechtsanwender beruht und nicht durch Abstraktion ohne Rücksicht auf die Interessen im Einzelfall zu einer Ausdehnung der gesetzlichen Regelung gelangt.¹²⁷

4.3 Rechtsanwendung als Analogieschluss?

Typischerweise wird davon ausgegangen, dass bei der Rechtsanwendung Gleichheit ausschlaggebendes Kriterium für die Anwendung einer Norm sei (der Sachverhalt „decke“ sich mit dem Tatbestand), während bei Analogieschlüssen nur eine Ähnlichkeit der

¹²⁵ BGE 126 III 129, 138 (Hervorhebung durch O.K.).

¹²⁶ Noch begriffsjuristischer mutet die Begründung der Ausdehnung einer Bewilligungspflicht auf eine Tätigkeit an, die bewusst so eingerichtet wurde, „dass der gesetzliche Tatbestand nicht erfüllt wird, aber das wirtschaftliche Ziel doch erreicht wird“, da „es nicht an[gehe], dass Betriebe [...] diese Ordnung ohne Bewilligung durchbrechen. In solchen Fällen dient die extensive Auslegung oder der Analogieschluss der Aufrechterhaltung und richtigen Weiterbildung der Rechtsordnung und er verletzt deshalb das verfassungsmässige Legalitätsprinzip nicht“ (BGE 107 Ia 112). Begriffsjuristisch deshalb, weil ein „Durchbrechen“ der Ordnung gerade erst und nur deshalb zu einem „Durchbrechen“ wurde, weil die Ordnung durch den Richterspruch ausgedehnt wurde.

¹²⁷ EHRlich, 208.

Sachverhalte vorliege, dass m.a.W. bei der Analogie nur eine Übereinstimmung in gewissen (und eben nicht allen Merkmalen) vorliege.

Diese Auffassung soll hier kritisch hinterfragt werden, wobei dazu ein kurzer Exkurs dazu nötig ist, wie denn Rechtsanwendung überhaupt vonstatten geht.

4.3.1 Traditionelles Rechtsanwendungsmodell und Hermeneutik

Rechtsanwendung wird verstanden als Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt.¹²⁸ Zur Verdeutlichung wird meist auf einen **Syllogismus** zurückgegriffen, bei dem eine Sachverhaltsaussage (Untersatz) unter einen Rechtssatz (verstanden als Aussage über rechtliche Voraussetzungen; Obersatz) subsumiert werde.¹²⁹ Die Konklusion aus diesen Prämissen sei danach rein logisch vollziehbar. Während die Ermittlung des Obersatzes als Rechtsfrage qualifiziert wird, stelle die Formulierung des Untersatzes eine Tatfrage dar.¹³⁰ Dabei wird typischerweise eingestanden, dass die beiden Fragen nicht losgelöst voneinander beurteilt werden können (sog. „Hermeneutischer Zirkel“).¹³¹ Es ist regelmässig (mit Verweis auf ENGISCH) vom „Hin- und Herwandern des Blicks“ die Rede.¹³²

4.3.2 Die Formulierung des Untersatzes im Besonderen

Abgesehen von den Fragen, die sich daraus ergeben, dass die Wahrnehmung bereits durch vorexistierende Konzepte strukturiert und beeinflusst wird,¹³³ ist mit der Wahrnehmung allein die Rechtsanwendung selbstredend noch nicht abgeschlossen.

Damit eine Rechtsnorm zur Anwendung kommt, muss deren Tatbestand „erfüllt“ sein. Wie abgeklärt wird, ob diese Voraussetzung gegeben ist, sei hier anhand eines formalisierten Beispiels dargestellt.

Die Feststellung, dass es wahr ist, dass das Ereignis X stattgefunden hat (Tatfrage) muss noch in Beziehung zum Tatbestandselement A gebracht werden. Bei der Unterordnung eines Sachverhalts unter einen Tatbestand stellt sich die Frage, ob das Wahrgenommene als Element der Menge zu beurteilen ist, die unter dem (Rechts-) Begriff A zusammengefasst ist.¹³⁴ Selbst wenn klar ist, welche Elemente diese Klasse bereits umfasst¹³⁵, ist die Einord-

¹²⁸ FORSTMOSER, § 21 N 3; eigentlich wäre der Begriff der Rechtskonkretisierung vorzuziehen: PFEIFER, 42.

¹²⁹ FORSTMOSER, § 21 N 4 ff.; diese Auffassung wird oft als „Rechtspositivismus“ bezeichnet: vgl. PFEIFER, 37 f.

¹³⁰ So z.B. FORSTMOSER, § 21.

¹³¹ PFEIFER, 5; LARENZ, 197 f.

¹³² Vgl. auch ENGISCH, 74 Fn. 4, der eher erstaunt zu sein scheint, dass seine „nicht näher analysierte Wendung“, die er selber „nicht sonderlich strapazierte“, solch Anklang findet.

¹³³ vgl. für die Strukturierung unserer Wirklichkeiten oben III.1 und KUNZ, 14 f. m.Hinw.

¹³⁴ ENGISCH, 64; LARENZ, 262 ff.

nung des neuen Elements noch nicht vollzogen. Es bedarf immer noch des **Urteils**, dass X den anderen Elementen dieser Klasse **gleichgesetzt** wird.¹³⁶

Die Welt gestaltet sich nun aber so, dass „niemals nichts sozusagen Ruhe hält in den menschlichen Dingen“¹³⁷ und keine zwei Dinge völlig identisch sind, da man sie sonst voneinander nicht unterscheiden könnte, sie sonst eins wären.¹³⁸

Diese Gleichsetzung muss deshalb durch ein **Werturteil** geschehen. Es muss entschieden werden, ob die – stets vorhandene – Differenz als erheblich in Bezug auf die zu vollziehende Einordnung gewertet wird oder nicht.¹³⁹

Beim Vergleich des neuen Sachverhalts mit den bereits früher unter den Tatbestand subsumierten Sachverhalten muss also ein **Vergleichspunkt** gebildet werden, damit entschieden werden kann, ob der neue Fall bezüglich dieses Vergleichspunkts anders oder gleich zu beurteilen ist.¹⁴⁰ Die Wahl dieses Vergleichspunkts jedoch kann nicht logisch begründet werden. Die Rechtsordnung schliesst zwar einige wenige aus,¹⁴¹ unter den verbleibenden kann die Wahl aber praktisch beliebig erfolgen. Da die Beantwortung der Frage der Gleichheit von dieser Wahl abhängig ist,¹⁴² ist auch die Einordnung eines Sachverhalts unter ein Tatbestandselement in gleicher Weise beliebig.¹⁴³

Man könnte diesen Vorgang als Hypothesenbildung über die Bedeutung eines Tatbestandselements aufgrund von Präjudizien bzw. als eine Auslegung durch Induktion verstehen.

¹³⁵ Dies stellt die Rechtsfrage dar: ENGISCH, 64; vgl. auch KELSEN, 244 ff.

¹³⁶ LARENZ, 264; vgl. auch PLATON, Politeia, 454c-454e über die Erheblichkeit des Wesensunterschieds von Mann und Frau bezüglich der Eignung für einen Beruf; vgl. auch WITTGENSTEIN, PU, N 186

¹³⁷ PLATON, Politikos 294a-d, zit. nach RÖHL, 271.

¹³⁸ Vgl. PLATON, Politeia, 524b

¹³⁹ ENGISCH, 65; Es muss sich um eine „difference that makes a difference“ handeln: LUHMANN, RdG, 84 und 113.

¹⁴⁰ KAUFMANN, 59 ff.

¹⁴¹ Dies geschieht insbesondere durch das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV), wobei es sich dabei nach modernerer Auffassung lediglich um eine Verteilung der Begründungslast handelt, da nur unbegründete Ungleichbehandlungen verboten sind.

¹⁴² So sind sich zwei Sachverhalte stets in ihrem „Da-Sein“ gleich, während sie mindestens verschieden sind bezüglich ihres örtlichen oder zeitlichen „Seins“; vgl. dazu KAUFMANN, 62.

¹⁴³ LARENZ, 263: Daran ändert sich auch nichts, wenn ein Tatbestandselement in mehrere Komponenten aufgegliedert wird (wie z.B. beim Arbeitnehmerbegriff). Es bleibt auch dann die Entscheidung, ob die Differenz als erheblich in Bezug auf die Einordnung unter jede dieser Komponenten gewertet wird.

4.3.3 Ergebnis

Im eingangs dargestellten „Syllogismus der Rechtsanwendung“ findet dieser - m.E. entscheidende - Schritt nicht seinen angemessenen Platz.¹⁴⁴ Ausserdem scheint, dass die Auffassung, die Formulierung des Untersatzes sei reine Tatfrage, nicht zutrefte.¹⁴⁵

Tatfrage ist nur, aber immerhin, ob, wann und wie das Ereignis X stattgefunden hat; jegliche weitere (rechtssysteminterne) Qualifikation muss als Rechtsfrage betrachtet werden.¹⁴⁶ Daran ändert sich auch nichts, wenn diese Qualifikation im Normalfall durch verschiedene Rechtsanwender gleich vorgenommen wird, wie dies innerhalb des sog. Begriffshofs typischerweise der Fall ist.¹⁴⁷ Die Zuordnung bleibt stets eine wertende.¹⁴⁸

4.3.4 Unterscheidung von Rechtsanwendung und Analogieschlüssen

Traditionellerweise wird zwischen Rechtsanwendung i.e.S. und der Rechtsfindung anhand von Analogieschlüssen unterschieden.¹⁴⁹

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist zu wiederholen, dass nur dann zwei Sachverhalte vorliegen können, wenn sie voneinander unterscheidbar sind. Um zwei Dinge voneinander unterscheiden zu können, dürfen sie nicht in allen Merkmalen übereinstimmen; mindestens örtlich, zeitlich oder qualitativ müssen sie einen Unterschied aufweisen, da sie sonst nicht getrennt voneinander sondern als Eines wahrgenommen würden.¹⁵⁰ Vollständige Identität zweier Sachverhalte ist logisch ausgeschlossen.

Identität ist immer nur hinsichtlich eines bestimmten Merkmals feststellbar, nicht aber unabhängig von einem solchen. Darin unterscheidet sie sich in keiner Weise von der

¹⁴⁴ Vgl. LARENZ, 263 und KAUFMANN, 77: dem Deduktionsschluss (Subsumtion) geht die wechselseitige Gewinnung des Obersatzes durch Induktion sowie die Untersatzgewinnung per Analogie voraus.

¹⁴⁵ Vgl. bereits DESCHENAUX, 14 Fn. 2: „il n'est donc pas exact de dire que les faits constituent la mineure du syllogisme judiciaire“ vgl. auch KUNZ, 14 ff. m.Hinw. und DESCHENAUX, 37 f.

¹⁴⁶ Dies deckt sich mit der Auffassung, dass durch die Abgeschlossenheit der Systeme Fremdreferenz vollständig ausgeschlossen und damit jedes „Zitieren von Wissen aus der Umwelt“ Selbstreferenz und – angewandt auf das Rechtssystem – damit Rechtsfrage ist: LUHMANN, RdG, 84 ff.; KUNZ, 15.

¹⁴⁷ LARENZ, 264; DESCHENAUX, 38; zum Begriff des Begriffshofs: RÖHL, 20, 47 m.Hinw.

¹⁴⁸ Vgl. auch WITTGENSTEIN, PU, N 140: „Es gibt auch eine andere Lösung' heisst: es gibt auch etwas Anderes, was ich bereit bin ‚Lösung' zu nennen.“

¹⁴⁹ Vgl. aber Art. 1 ZGB, der nicht zwischen Rechtsanwendung und Analogie unterscheidet. KRAMER, 146 f. führt dies darauf zurück, dass EUGEN HUBER keine Lückenhaftigkeit des Gesetzes annahm, wenn ein Analogieschluss möglich war.

¹⁵⁰ Vgl. auch WITTGENSTEIN, PU, N 215.

Ähnlichkeit.¹⁵¹ Der Unterschied zwischen Gleichheit und Ähnlichkeit ist damit nur ein quantitativer und kein qualitativer.

Da sich damit die Rechtsanwendung nicht eindeutig von Analogieschlüssen und damit von der Vorgehensweise der Begriffsjurisprudenz unterscheiden lässt, ist sie auch mit den gleichen Problemen behaftet wie letztere.

4.4 Abschliessende Betrachtungen

Jede Rechtsanwendung beruht auf Urteilen über die Gleichheit von Sachverhalten. Diese Urteile können immer nur bezüglich eines Vergleichskriteriums gemacht werden, welches seinerseits nicht logisch, sondern nur wertend bestimmt werden kann. Wertungsfreie Rechtsanwendung ist schon aus logischen Gründen ausgeschlossen. Durch die Wahl der Vergleichskriterien verändert der Rechtsanwender die angewandte Norm und konstruiert deren Bedeutung neu.¹⁵² Die Bedeutung aller Normen wird ausschliesslich durch die wertende Festsetzung dieser Vergleichskriterien durch den Rechtsanwender bestimmt. Unabhängig davon besitzt die Rede von der Bedeutung einer Norm keine Bedeutung.

Auch unsere heutige Methode ist – wie die Begriffsjurisprudenz – auf unsichere Induktionsschlüsse angewiesen und hat deshalb die Kritik an der Begriffsjurisprudenz zu berücksichtigen.

5 Zusammenfassung: Was ist die Diktatur der Begriffe ?

Begriffe üben über uns Macht aus, indem sie unsere Wahrnehmung und damit auch unsere Welt strukturieren und beeinflussen. Werden sie als objektiv „seiend“ betrachtet, besteht die zusätzliche Gefahr, dass wir angeblich logisch auf Aussagen schliessen können, und wir dabei geneigt sind, deren Wahrheit für gewiss zu halten, obwohl dies nicht zutreffend sein muss, da die so gefundenen Aussagen sich genau besehen nur auf die Erfindergabe desjenigen stützen können, welcher den Begriff (die Theorie/das Prinzip) erfunden hatte.¹⁵³

¹⁵¹ Ein vernünftiges Kriterium, das mir erlauben würde, Ähnlichkeit von der Gleichheit zu unterscheiden, ist für mich nicht ersichtlich. Deshalb bin ich versucht zu sagen, dass es sich um das gleiche handle und dies in vollem Bewusstsein, dass dieses Urteil auch anders ausfallen könnte. Auf die rhetorische Funktion dieser Unterscheidung (welche eben auch ein Unterscheidungskriterium darstellen könnte) wird weiter unten IV.5 eingegangen.

¹⁵² Vgl. dazu ECO, 74: „Kein Interpretant, der nicht durch die Adjustierung des interpretierten Zeichens bis zu einem gewissen Grad die Grenzen des Zeichens ändert“; gl.M. LARENZ, 203.

¹⁵³ So ging z.B. PIAGETS Kind J. (4 ½ Jahre alt) davon aus, dass die Wolken sehr langsam „gehen [...], weil sie keine Füße und Beine haben: Sie machen sich lang wie Würmer und die Raupen, daher gehen sie so langsam.“ (PIAGET, Nachahmung, Spiel und Traum, Stuttgart 1969, 317, zit. nach OERTER/MONTADA, 523).

Philosophie stellt sich so wahrlich als „Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache dar“.¹⁵⁴

In der Jurisprudenz führt dies dazu, dass der Rechtsanwender unter Umständen nicht erkennt, welche Freiheiten er eigentlich hätte. Durch das So-tun-als-ob die Entscheidung sich aus einer Norm logisch ableiten liesse, wird das für die Entscheidung massgebliche Werturteil verdeckt. Dies kann dazu führen, dass die dabei zentrale Abwägung der Interessen nicht oder nicht genügend gewissenhaft vorgenommen wird.

¹⁵⁴ WITTGENSTEIN, PU, N 109.

IV Revolution

Da nicht das Kind gleich mit dem Bade ausgeschüttet werden soll, ist bei den nachfolgenden Ausführungen zu beachten, dass ich der Kritik an der juristischen Vorgehensweise eine enge Definition des Rechtssystems zugrundelege.¹⁵⁵ Damit ist nur dasjenige System gemeint, das sich darauf spezialisiert hat, konkrete Probleme mittels autoritativer Entscheidung zu erledigen. Es gehören also dazu die Gerichte sowie diejenigen Verwaltungsstellen, welche gerichtsähnliche Funktionen wahrnehmen und ebenfalls konkrete Entscheidungen herstellen. Grundsätzlich nicht erfasst ist hingegen die rechtswissenschaftliche Lehre, welche typischerweise keine autoritativ verbindlichen Entscheidungen trifft. Die Kritik richtet sich insbesondere nicht gegen Aufbereitungen des Rechtsstoffs durch Systematisierung zwecks Wissensvermittlung. Die Kritik ist aber insofern trotzdem auch für diese Gebiete relevant, als wir gesehen haben, dass bereits bei der Wahrnehmung begriffliche Konstrukte beeinflussend wirken und so auch wieder in die spätere Tätigkeit – u.U. im Rechtssystem i.e.S. – der Auszubildenden einfließen.

1 *Unmöglichkeit des vollständigen Entzugs von der Diktatur*

Eine vollständige Abkehr von Begriffen ist nicht möglich. Bereits unsere Wahrnehmung der Welt beruht darauf, dass wir zusammenfassen, generalisieren und Theorien bilden. Ein Leben mit vollständiger Wahrnehmung der Vielseitigkeit der Welt überfordert den Menschen. Er ist auf Komplexitätsreduktions-Mechanismen angewiesen.

Dass wir unserer Wahrnehmung entsprechende Gebilde auch in der Kommunikation verwenden, scheint nur unserem Sein angepasst zu sein. Eine vollständige Ablösung von diesen Gebilden scheint unmöglich, da wir keinen von unseren Konstrukten und Theorien unabhängigen Zugang zur Welt haben und unsere Welt daher immer eine begriffliche sein wird.

Trotzdem können wir die Abhängigkeit von begrifflichen Konstrukten insofern reduzieren, als wir uns nicht selber zusätzliche Einschränkungen auferlegen müssen und den Mut haben, Einschränkungen, die wir wahrnehmen, auch als solche aufzudecken und zu überwinden versuchen.

2 *Verstärkte Auseinandersetzung mit Wertungsentscheidungen*

Das Bewusstsein, dass die Kritik der Begriffsjurisprudenz im Kern auch unsere heutige Methodik trifft, soweit dieser Vorwurf auf die **Nichtrationalität** der Induktion zielt, empfinde ich als den ersten Schritt hin zu einer ehrlicheren Methode. Sind wir uns bewusst, dass weder juristische Körper noch Theorien noch Begriffe uns zugänglich sind, ohne dass wir Wertungen

¹⁵⁵ Vgl. auch HECK, 199.

vornehmen, kann unser Augenmerk darauf gelenkt werden, wo Unterschiede in Entscheidungen wirklich zu finden sind, nämlich auf ebendiese **Wertungsentscheidungen**.

Der weitere Vorwurf, den wir der Begriffsjurisprudenz machen, ist die fehlende Zweckorientierung. Diesem Vorwurf kann nur begegnet werden, wenn eine effektive Auseinandersetzung mit den Zwecken von Normen stattfindet. Diese Auseinandersetzung kann selbstredend ebenfalls keine ausschliesslich logische sein. Auch hier hat man sich davor zu hüten, durch den Aufbau von allgemeinen Lehren und Anweisungen die konkrete Auseinandersetzung aus dem Blickfeld zu verlieren. Auch diese Zweckentscheide kommen nicht ohne Wertungen aus und können nur im konkreten Anwendungsfall gefällt werden.

3 Inhaltsleere Methodenlehre?

Bei diesen Entscheidungen lässt jedoch unsere Methodenlehre den Rechtsanwender ziemlich im Stich. Beinahe mystisch anmutende Konstrukte wie die „ratio legis“ oder Ähnliches verdecken die Sicht auf das Zentrale und verhindern so eine wirkliche Auseinandersetzung mit der Sache selbst.

Hier befinden wir uns wieder beim Vorwurf, welcher der Begriffsjurisprudenz bezüglich des Lückenlosigkeitsdogmas (III.3) gemacht wurde. Es geht um das So-tun-als-ob und die damit verbundene Verhinderung der Auseinandersetzung mit dem damit verdeckten.

Wird die Emanzipation des Richters von dem durch ihn angewandten Text in Erinnerung gerufen, so stellt sich auch die Frage, inwiefern denn die von der Methodenlehre gelieferten Anweisungen (Auslegungsmethoden u.dgl.) überhaupt für den Rechtsanwender von Bedeutung sein können.

Unsere heutige Methode ist unter anderem gekennzeichnet durch eine Abneigung, Gesetzeslücken anzunehmen und v.a. zuzugeben sowie dem Bestreben, bei Vorliegen einer Lücke, auf „begriffsjuristische Konstruktionen alten Stils zurückzugreifen“.¹⁵⁶

Deshalb ist zu fordern, dass in Rechtsgebieten, in denen eine Ermächtigung zur richterlichen Gesetzesergänzung besteht, Lücken im Gesetz offen als solche eingestanden werden sollten. Dies ist nicht nur „ein Gebot der Ehrlichkeit und geistigen Hygiene“: Nur wenn die Lücke beim Namen genannt wird, werden die zu beachtenden Gesichtspunkte bei der Auffüllung der Lücke dem Rechtsanwender bewusst.¹⁵⁷ Die grösste Gefahr liegt nämlich darin, dass der Rechtsanwender meint, es handle sich um ein logisches Verfahren, um eine „harmlose“ Subsumtion, obwohl er in Tat und Wahrheit eine Wertungsentscheidung trifft.¹⁵⁸

¹⁵⁶ BUCHER, 293.

¹⁵⁷ BUCHER, 293.

¹⁵⁸ KAUFMANN, 92.

4 Legitimationsprobleme

Mit der Offenlegung der Wertungsabhängigkeit richterlicher Entscheidungen wird jedoch die **Verantwortung** des Rechtsanwenders für die Entscheidung augenscheinlicher und das Gesetz verliert an Legitimierungsfähigkeit für die konkrete richterliche Entscheidung. Die durch die strukturelle Koppelung von Rechts- und politischem System vorgenommene Verantwortlichkeitsverteilung wird durch Offenlegung der Wertungsabhängigkeit der Entscheidung zerstört.¹⁵⁹

Deshalb stellt sich die Frage nach einer anderweitigen Möglichkeit der Legitimierung von für die Betroffenen häufig einschneidenden Entscheidungen.

Eine Entscheidung wird nicht nur dadurch als legitim empfunden, weil sie auf einer demokratisch begründeten allgemeinen Regel beruht, sondern auch die Organisation des Verfahrens, das zu der Entscheidung führt, kann für die Lernerfahrung, die der Rechtssuchende zu machen genötigt ist, dienlich sein.¹⁶⁰ Es ist (unter anderem) nicht zu vernachlässigen, dass alleine die Wirkung des Verfahrens, nämlich der Abschluss eines Streits, die Akzeptanz einer Entscheidung bewirken kann, denn häufig geht es nicht in erster Linie darum, wie entschieden wird, sondern es wird vor allem gefordert, dass überhaupt entschieden wird.

Ausserdem darf nicht vernachlässigt werden, dass durch die Einbindung der Parteien in den Prozess ein grosser Teil der Überzeugungsarbeit geleistet wird: Da man sich nicht widersprüchlich verhalten will, ist man genötigt, die Entscheidung zu akzeptieren, an der man selber mitgewirkt hat. M.E. wäre aus dieser Sicht eine verstärkte Thematisierung der hinter der Entscheidung liegenden Zwecküberlegungen und Interessenabwägungen für die Akzeptanz der Entscheidung sogar dienlich: Durch eine Verlegung des Diskurs auf Themenbereiche, in welchen sich der Rechtssuchende eher gerecht abgebildet sieht als in der Thematisierung von juristischen Metabegriffen, wird seine Person umfassender in die Streiterledigung miteinbezogen.

5 Methodenlehre als Rhetorik

Dass es erst der Rechtsanwender ist, welcher der Norm einen Sinn gibt, dass also erst er das Recht wirklich herstellt, bedeutet nicht, dass er dabei nach absolut freiem Ermessen urteilen könnte.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass durch die Möglichkeit, einen Entscheid an eine höhere Instanz weiterziehen zu können, eine gewisse Disziplinierung und damit auch eine Einschränkung des unteren Richters verbunden ist. So hat der Richter den Entscheid nicht

¹⁵⁹ Vgl. auch BUCHER, 293.

¹⁶⁰ vgl. dazu LUHMANN, LdV.

nur gegenüber den Parteien zu begründen. Seine Begründung richtet sich auch – und gerade – an den Rekursrichter.¹⁶¹ (Letztentscheidungs-)Macht ersetzt insofern Begründung.

Für die nicht-letztinstanzlichen Richter (und auch für die Parteien) ist jedoch eine Orientierung an anerkannten Grundsätzen (wozu auch die Methodenlehre gehört) lohnenswert: Auch wenn die Methodenlehre nicht dazu taugt, zu einer Entscheidung zu führen, so erhöht sie mindestens die Chance, dass der bereits gefällte Entscheid durch die grundsatzkonforme Begründung von jemand anderem als vertretbar anerkannt wird. Auf dieser Anerkennung fusst nämlich unser Rechtssystem: Der Parteivertreter hat den Richter dazu zu bringen, dass dieser seine Auffassung als vertretbar anerkennt, gleich wie dies der untere Richter gegenüber dem oberen Richter zu tun versucht. Damit geht jedoch die Methodenlehre weitgehend in der Rhetorik auf.

Daher ist m.E. davon auszugehen, dass die Begründung einer Entscheidung (Rhetorik) ein strukturelles Pendant ist zur Verifizierung naturwissenschaftlicher Theorien: Die „semiotische Plausibilität“ (welche gegründet ist auf gesellschaftlichen bzw. systeminternen Gewohnheiten und Konventionen) ersetzt sozusagen die wissenschaftliche Plausibilität (andere Kriterien der Verifizierbarkeit).¹⁶²

Als vertretbar anerkenntbar ist jedoch nicht nur eine Entscheidung, die sich auf die herkömmliche Methodenlehre stützt, im Gegenteil: Da die durch diese Lehre befürworteten Überlegungen nicht gerade eng mit dem „natürlichen“ Entscheidprozess verbunden sind, welcher doch wohl eher von konkreten Gerechtigkeits- und damit auch Zwecküberlegungen ausgeht, erhöhen sie die Chance nur geringfügig, dass die zu überzeugende Person zu einer gleichen Entscheidung kommt. Eine (wenn eventuell auch nur zusätzliche) Offenlegung der Überlegungen, die angestellt wurden bezüglich der Interessenlagen, bezüglich der Zweckdeutung der anzuwendenden Norm sowie der Begründung der Wahl der Vergleichspunkte, wäre wohl wesentlich erfolgsversprechender für eine ähnliche Bewertung durch die zu überzeugende Person.

¹⁶¹ Vgl. BGE 123 II 402, 413 zum Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und der daraus fliessenden Begründungspflicht.

¹⁶² Eco, 72.

V Schlussbemerkungen

Wir haben die Begriffe „aus den platonischen Gefilden“ herunterzuholen und deren irdische Herkunft aufzudecken, um diese „Begriffe von dem an ihnen haftenden Tabu zu befreien, und damit grössere Freiheit in der Begriffsbildung zu erlangen.“¹⁶³ Nur so erlangen wir die Freiheit zurück, die wir nicht zu haben glauben. Eine Freiheit, „von der im Falle der Notwendigkeit einen vernünftigen Gebrauch zu machen, stets ein hartes Geschäft ist.“¹⁶⁴

¹⁶³ EINSTEIN, 97.

¹⁶⁴ EINSTEIN, 96.