

Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung

Mit dem folgenden Zweiten Teil der „Neuen Juristischen Methodenlehre“ (NJML) wird es nun „wirklich ernst“. Es beginnt, mit anderen Worten, die **Dogmatik** der Juristischen Methode. Damit ist zweierlei gesagt. Erstens: Es gibt nur **eine** juristische Methode, sie definiert oder besser **konstituiert** geradezu, was **Recht** und Rechtswissenschaft ausmacht (ganz ebenso wie auch die Naturwissenschaften durch ihre Methode konstituiert werden).

Man könnte die juristische(n) Methodenlehre(n) daher durchaus als die Theorie(n) der Verfassung (*constitution*) der Jurisprudenz bezeichnen.

Zweitens: Dogmatik handelt davon, was richtig ist. Es ist daher gut möglich, dass man von der juristischen Methode falsche Vorstellungen hat – und es demgemäß mehr oder weniger zutreffende Methodenlehren („Dogmatiken“) gibt.

Dogmatik kommt von griechisch *dóγμα* (auch *dóxa*), das heißt „Meinung“ – im Gegensatz zur *epistēmē*, dem wahren „Wissen“. Nichtsdestoweniger geht zum Beispiel Platon davon aus, dass es auch unter den Meinungen richtige und falsche gibt – und es müssen dann etwa in seinem Idealstaat die „Wächter“ eine „richtige Meinung vom Schrecklichen“ haben (*orthē dóxa tou̐ deinoū*) – gemeint: eine richtige Meinung von Recht und Unrecht.¹

Nach meiner Überzeugung nun haben die deutschen juristischen Methodenlehren einige sehr falsche Vorstellungen davon, „was Juristen wirklich tun“², wenn sie ihre Fälle entscheiden (oder auch ein Gesetz oder einen Vertrag gestalten). Und ich halte dies für gefährlich, weil es das Recht und die Rechtswissenschaft ideologiefähig macht.

Oder gar selbst zu einer Ideologie⁴ – die eben nicht weiß, was sie tut.

1 Joachim Lege, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“. Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow, Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280.

2 Vgl. Joachim Lege, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

3 Klassiker einer „anti-ideologischen Tendenz“ in der Rechtstheorie und Methodenlehre: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), S. 16–18 et passim (= und durchgehend), zitiert nach der von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgabe, Tübingen 2008, S. 29–30.

4 Eine Ideologie zieht, knapp gesagt, aus ihren Grundbegriffen zu weitgehende Schlüsse, zum Beispiel aus dem Begriff Gott, dass es ihn gibt. Oder aus einer zutreffenden Analyse der politischen Ökonomie, dass sich mit ihr *alles* erklären ließe (Marxismus); und falls nicht: umso schlimmer für die Wirklichkeit.

§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“

- 1 Diese Ideologiefälligkeit hat folgenden Grund: Die herrschende juristische Methodenlehre – oder genauer im Plural: die herrschenden Methodenlehren (als verschiedene Dogmatiken zu der einen juristischen Methode) haben eine falsche, nämlich **zu enge Vorstellung von der Logik**. Dies führt dazu, dass man meint, die wesentlichen rechtlichen Entscheidungen (Wertungen, Einsichten) würden „außerhalb der Logik“¹ getroffen – was im Klartext heißt: außerhalb dessen, was sich rational begründen lässt. Dies wiederum eröffnet große Spielräume: sei es, indem sich das Recht gegen die Außenwelt immunisiert (und nur noch seine eigenen Schemata abspult). Oder sei es, indem das Recht den Außenwelten einen allzu großen Einfluss bei der Bestimmung seiner Inhalte zugesteht (und insbesondere der Politik und der öffentlichen Meinung² das Spiel überlässt).
- Möglicherweise ergänzt sich beides auch ganz gut: Wer betriebsblind ist, lässt sich gut manipulieren.
- 2 Ein Meister in der Kunst, Begriffe eng zu fassen, damit das Wesentliche ganz woanders stattfindet, war übrigens Carl Schmitt. In seiner kleinen Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“³ fasst er zwei dieser Arten besonders eng: Der Normativismus denkt, das Recht sei ein *Fahrplan*, der Dezinismus denkt, das Recht sei eine reine, einsame, voraussetzungslose *Entscheidung*. Klar, dass dann die Wahrheit in der Mitte liegen muss: im sogenannten „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“, dem sich das wahre Wesen des Rechts erschließt – damals mit der Gestalt des Führers als der obersten Rechtsquelle.⁴ (Dieselbe Taktik auch in der Schrift „Staat – Bewegung – Volk“⁵, wo das entscheidende die „Bewegung“ ist; die Bewegung des Nationalsozialismus, versteht sich.)

I. Die herrschende Meinung (h.M.) in den Methodenlehren: Geringschätzung der Logik

Für nichtjuristische Leser vorweg: Die „herrschende Meinung“, abgekürzt h.M., ist in der deutschen Jurisprudenz ein wichtiger Argumentationsfaktor. Zu ihrer Problematik später mehr.

1 So am deutlichsten Olaf Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft. Methode – Begriff – System, 2. Aufl. München 2020, § 6 Rn. 20 – übrigens ein sehr zu empfehlendes Werk.

2 ... und ihrer, wenn man so will, nicht-rechtlichen „Dogmatik“ (griechisch *dóigma* = Meinung).

3 Hamburg 1934; 2. Aufl. Berlin 1993 (55 Seiten).

4 Staatsrechtliche Folgerung: Die konkrete Gestalt des „Führers der Bewegung“ dürfe man nicht zum „Staatsorgan“ deklassieren (!), vielmehr sei der „Staat als besondere Ordnungsreihe ... nur ein Organ des Führers der Bewegung“ (S. 18 f., 55).“ Unglaublich.

5 Hamburg 1933; 3. Aufl. Hamburg 1935 (46 Seiten). Methodologische Folgerung: „So betrachtet, gibt es heute überhaupt nur noch ‚unbestimmte‘ Rechtsbegriffe“ (S. 44). Und S. 46: „Wir suchen eine Bindung, die zuverlässiger, lebendiger und tiefer ist als die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagrafen. Wo anders könnte sie liegen als in der [ergänze: rassebestimmten] Artgleichheit?“

In den herrschenden „großen“ juristischen Methodenlehren, also bei *Larenz/Canaris*, *Zippelius*, *Thomas M. J. Möllers* oder *Franz Reimer*, findet sich zur Logik meist sehr wenig.⁶ Ausführlicher sind Darstellungen, in denen die Methodenlehre als Teil der Rechtstheorie begriffen wird – so vor allem bei *Adomeit/Hähnchen* und *Rüthers*.⁷ Ebenfalls ausführlicher sind Darstellungen, die sich eher „an den Anfänger“ wenden: so etwa die „Methoden und Techniken der Rechtsanwendung“⁸ von *Beaucamp/Beaucamp*. Es scheint geradezu, als ob sich die „erwachsenen“, durchsozialisierten Juristinnen und Juristen⁹ der Logik ein wenig schämten: zu trivial, zu selbstverständlich.¹⁰ An diesem Meinungsbild ändern die nun wieder sehr ins Detail gehenden Darstellungen der „Logik für Juristen“, sei es traditionell von *Schneider/Schnapp*,¹¹ sei es modern von *Joerden*¹² und *Sieckmann*¹³, nicht viel (ebensowenig wie das leicht subversive Büchlein von *Aichele/Meier/Renzikowski/Simmert*¹⁴).

Wie schon Charles Sanders Peirce (1839–1914) einmal gesagt hat: „Nur wenige kümmern sich darum, Logik zu studieren, weil jeder sich in der Kunst des schlussfolgernden Denkens schon tüchtig genug glaubt. Aber, wie ich beobachte, ist diese

6 Am meisten noch bei *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 271–277, gekürzt schon bei *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 1995, S. 91–98; arg wenig bei *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 1–8 (im Sachverzeichnis fehlt das Stichwort Logik ganz); *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. Baden-Baden 2020, Rn. 40–44 (auch hier fehlt im Register das Stichwort Logik); etwas mehr bei *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79–81).

7 *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 18a–36; *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 677–692.

8 5. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 122–155. – Übrigens ein schöner Buchtitel! Auch wenn ich selbst der Meinung bin, dass es nur eine juristische Methode gibt.

9 In der deutschen Feministischen Rechtswissenschaft herrscht ein gewisses Desinteresse an der Methodenlehre, siehe *Lena Foljanty/Ulrike Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 2020: Dort finden sich in der Einleitung einige eher programmatische Aussagen (Rn. 17–19), die darauf schließen lassen, dass man sich der „klassischen juristischen Methoden“, insbesondere Savignys Viererkanons, auch mit einem „anderen als dem herrschenden Wissenschaftsbegriff“ bedienen kann. Wenn ich es richtig sehe, spricht dieser Wissenschaftsbegriff dem Recht einen kognitiven Eigenwert weitgehend ab. Jedenfalls versteht er Dogmatik als „Herrschaftsdiskurs“, anders gewendet: als Machtspiel.

Weniger grundsätzlich nutzen *Elisabeth Greif/Eva Schobesberger*, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, Linz 2003, S. 101–121, zunächst den klassischen Viererkanon der Auslegung (Wortlaut, Systematik, Historie, Teleologie) als Einbruchsstelle für feministische Aspekte (z.B. Auslegung von Generalklauseln, Begriff der Vergewaltigung u.a.). Allerdings bedürfe es weiterer „Methoden feministischer Rechtswissenschaft“ (S. 122–128), um – meine Formulierung – diesem Schema Material zu liefern. Gefordert seien daher Methodenpluralismus und Transdisziplinarität, und ein gewisses Problem ist die Forderung nach Objektivität und Neutralität (im Anschluss an Susanne Baer). – In der 2. Aufl. 2007 ist die Überschrift „Methoden feministischer Rechtswissenschaft“ merkwürdigerweise durch „Zusammenfassung und Ausblick“ ersetzt worden.

10 *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 6), § 16 II (S. 81): „... dann ist die nun folgende Subsumtion nur mehr eine Trivialität.“ Zum Begriff Trivium siehe oben § 2 Rn. 34.

11 *Egon Schneider/Friedrich Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Aufl., München 2016.

12 *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 2018.

13 *Jan-Reinard Sieckmann*, Logik der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2020.

14 *Alexander Aichele/Jakob Meier/Joachim Renzikowski/Sebastian Simmert*, Einführung in die Logik und ihren Gebrauch, München 2015.

Zufriedenheit auf das eigene Schlussfolgern beschränkt und erstreckt sich nicht auf das der anderen.“¹⁵

Kurz: In den herrschenden juristischen Methodenlehren herrscht eine gewisse Geringschätzung, vielleicht sogar Verachtung¹⁶ der Logik.

1. Das Gebiet der Logik (h.M.): Justizsyllogismus und Subsumtion

- 5 Demgemäß kann man mit der gebotenen Vereinfachung sagen: Nach herrschender Meinung hat die Logik im juristischen Denken genau zwei „Anwendungsbereiche“: den sogenannten Justizsyllogismus und den Subsumtionsschluss.

a) Der sogenannte Justizsyllogismus

- 6 Der sogenannte Justizsyllogismus¹⁷ hat die folgende Gestalt (am Beispiel des – hier verkürzt wiedergegebenen – „Mordparagraphen“ § 211 StGB – Strafgesetzbuch):

Regel: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Fall: A hat den Menschen B heimtückisch getötet.

Resultat: Also ist A mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Abstrakter formuliert:

Wenn der gesetzliche Tatbestand X erfüllt ist, soll die Rechtsfolge Y eintreten.

Der gesetzliche Tatbestand X ist erfüllt.

Also möge die Rechtsfolge Y eintreten.

Noch abstrakter:

Wenn TB, dann RF.

Hier TB.

Also RF.

- 7 Man erfährt in den gängigen Methodenlehren dann noch, dass die Form dieses Schlusses in der Logik als *Modus ponens* bezeichnet wird, genauer als *Modus ponens ponendo*. Der ebenso wichtige *Modus tollens tollendo* – „Der Tatbestand liegt *nicht* vor, daher *keine* Strafe“ – wird hingegen nicht einmal erwähnt – vielleicht deshalb, weil in ihm

15 The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 (Collected Papers, ed. by Charles Hartshorne and Paul Weiss, Cambridge/Mass. 1931–35, reprint 1960, Band 5 Paragraph 35); deutsch in: *Charles S. Peirce, Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1976, Neudruck 1991, S.149. – Dies ist offenbar eine Anspielung auf den ersten Satz von Descartes' „Discours de la méthode“ (dazu oben § 1 Rn. 5), der da lautet: „Der gesunde Menschenverstand (*bon sens*) ist die bestverteilte Sache der Welt, denn jedermann meint, damit so gut versehen zu sein, dass selbst diejenigen, die in allen übrigen Dingen schwer zu befriedigen sind, davon gewöhnlich nicht mehr haben wollen, als sie schon haben.“

16 So der Vorwurf von *Ingeborg Puppe*, *Kleine Schule des Juristischen Denkens*, Göttingen 2008, S. 118–121 (auch in den Folgeauflagen).

17 Er wird allerdings nicht stets so genannt. *Larenz*, *Methodenlehre* (Fn. 6), S. 271, nennt ihn den „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“, andere sprechen schlicht nur vom „Syllogismus“ (als wenn es nur diesen einen gäbe). Die Bezeichnung „juristischer Syllogismus“ ist schon genauer, verdeckt aber, dass auch die „Subsumtion“ ein Syllogismus ist. „Justizsyllogismus“ ist daher am treffendsten – und klingt auch ganz einfach knackig.

schon das Wort „wenn“ anders interpretiert werden muss als in der üblichen Logik¹⁸ (nämlich als „immer aber auch nur wenn“¹⁹)?

b) Der sogenannte Subsumtionsschluss

Der sogenannte Subsumtionsschluss hat die folgende Gestalt:

8

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.

Fall: A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der Frau F und der Tochter T ausgenutzt.

Resultat: Also liegt ein Fall von Heimtücke vor.

Abstrakter formuliert:

Die Tatbestandsvoraussetzung X ist gekennzeichnet²⁰ durch die Merkmale M1, M2 und M3.

Die Tat des A ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.

Also liegt ein Fall der Tatbestandsvoraussetzung X vor.

Noch abstrakter:

Alle X sind M1, M2 und M3.

A ist M1, M2 und M3.

Also gilt: A ist X.

Dieser Schluss wäre freilich, wenn man ihn als einen Schluss der deduktiven Logik interpretieren würde – das ist die Logik der formal zwingenden Schlüsse –, ein klassischer Fehlschluss:

9

Alle Hühner haben zwei Beine.

Sokrates hat zwei Beine.

Also ist Sokrates ein Huhn.

Allerdings könnte man ihn als eine nicht-deduktive Schlussfolgerung interpretieren (genau genommen: als eine qualifizierende Induktion, dazu unten § 6 Rn. 25–26, 40–41) – und dann hat er, aber *nur als eine Vermutung*, seine Berechtigung.

Erstaunlicherweise wird die nicht-deduktive Natur des Subsumtionsschlusses in den herrschenden Methodenlehren kaum bemerkt geschweige denn als das wahrgenommen, was sie nach der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) sein kann: ein erster Schritt auf dem Weg zu einer „*working logic*“, die uns ein paar Scheinprobleme erspart (zu ihnen jetzt gleich im Anschluss).

10

2. Das Gebiet außerhalb der Logik (h.M.): Wertung und Kreativität

Zunächst liegt freilich auf der Hand, dass die soeben genannten beiden Schlussfolgerungen irgendwie zusammenhängen. Noch einmal im Klartext:

11

¹⁸ In der üblichen Logik heißt „wenn“: *immer wenn*. Daher ist der Schluss: „Immer wenn (aber nicht nur wenn) es regnet, muss ich an dich denken. Es regnet nicht. Also muss ich nicht an dich denken“ nicht zwingend.

¹⁹ Also als Ausdruck einer sowohl hinreichenden als auch notwendigen Bedingung, siehe Jan C. Joerden, Logik im Recht (Fn. 12), S. 19–21; siehe auch unten § 5 III Rn. 115 f.

²⁰ Bei Larenz, Methodenlehre (Rn. 6), S. 273, tritt ganz unscheinbar ein kleines Wort hinzu: „... ist vollständig gekennzeichnet“. Damit wird aus dem nicht-deduktiven Schluss ein deduktiver, und die *working logic* wird dergestalt kastriert, dass alles Neue und alles Wichtige auf anderem als logischem Weg in das Recht hineinkommen muss: durch „wertorientiertes Denken“.

Regel: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Fall: A hat seine Frau F und die Tochter T heimtückisch getötet.

Resultat: Also ist A mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.

Fall: A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der F und der T ausgenutzt.

Resultat: Also liegt ein Fall von Heimtücke vor.

- 12 Allerdings stellt sich sodann die große Frage, wie man eigentlich dazu kommt, in den beiden *Prämissen* (also den ersten beiden Sätzen der Schlussfolgerung) die problematischen Begriffe so und nicht anders zu *definieren* („Heimtücke“) bzw. ihnen einen bestimmten Sachverhalt in der rohen und rauen Lebenswelt *zuzuordnen* („Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“).

In unserem **Heimtücke**-Beispiel etwa diesen Fall: A hat den Gashahn aufgedreht, als X und Y schliefen, damit sie erstickten.²¹

- 13 Wie kommt man von diesem rohen Lebensfaktum zum abstrakten Rechtsbegriff in unserem Hirn? Ganz offenbar, sagt die h.M., kann diese Zuordnung nicht „rein logisch“ geschehen, vielmehr muss doch wohl ein „Element der Wertung“ einfließen? Ein Element der Wertung, das sozusagen die „Kluft“ zwischen der Lebenswelt und dem Recht überbrückt?

Ein noch deutlicheres Beispiel für eine Wertung ist der Begriff „Gewalt“ im Strafrecht.²² Ist eine „gewaltlose“ Aktion wie die Sitzblockade einer Zufahrt oder einer Autobahn, sei es nun mit oder ohne Sekundenklebstoff, ein Fall von „Gewalt“ im Sinn des § 240 StGB (Strafgesetzbuch)? Und folglich als „Nötigung“ der Kraftfahrer, die nicht weiterkommen, zu bestrafen?²³

Die „Kluft“ findet sich vielfach auch graphisch dargestellt: meist oben das Recht, unten das Leben, und man nähert beides in immer kleineren Schritten, das heißt mit immer weiteren Definitionen, Definitionen und Definitionen einander an²⁴ – im Prinzip in einem unendlichen Regress. Das ist geradezu verstörend.²⁵ Umso besser, dass es diese Kluft in Wahrheit gar nicht gibt (s.u. § 5 Rn. 47–49).

21 Originalfall aus dem Jahr 1956: BGHSt (GS) 9, 385 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Großer Senat] Band 9, Seite 385). Hierzu bereits *Joachim Lege*, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion. Eine Kampfansage an die Verächter der Logik, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259–280.

22 Dazu bereits *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (216 ff.).

23 Klassisch dazu zunächst bejahend BVerfGE 73, 206 – Sitzblockaden I (1986) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 73, Seite 206), sodann verneinend BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II (1995). – Weiterführung für die Variante des Sich-Ankettens BVerfGE 104, 92 (2001). Die Grenze zur Satire überschreitend schließlich der Beschluss der Ersten Kammer des Ersten Senats vom 07.03.2011 in BVerfGK 18, 365 (Sammlung der Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts): Billigung der sogenannten „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs: Der erste Kraftfahrer wird *nicht* genötigt, wohl aber der zweite, der wegen des ersten anhalten muss.

24 Zum Beispiel: *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 6), § 4 Rn. 4 und 15; *Muthorst* (Fn. 1), § 6 Rn. 2, 7, 16.

25 Schön auf den Punkt: *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (324).

a) Wertungen und Werturteile

Aber woher kommt dann diese „Werterkenntnis“? Woher kommen die „Wertungen“, die dann gleichsam in den Rechenschieber der Logik eingesetzt werden und dort mechanisch-trivial das richtige Ergebnis ausspucken? 14

Ich muss gestehen, dass ich auf diese Frage bisher nirgends eine auch nur einigermaßen befriedigende Antwort bekommen habe. Und dies gerade auch dort, wo sich die Autoren zu einer „Wertungsjurisprudenz“ bekennen (wie *Karl Larenz*; zu ihm und seiner Vergangenheit in Nationalsozialismus schon oben § 1 Rn. 23). Kommen die Wertungen irgendwie doch aus dem *Recht* und seinem „inneren System“? So wie z.B. die Formulierung „Wertordnung des Grundgesetzes“ es vermuten lässt? Oder kommt die Wertordnung des Grundgesetzes in Wahrheit *von außen*, aus der Ethik, zum Beispiel aus einer dem Recht vorgegebenen ewigen Menschenwürde? Oder gar aus aktuell herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen, die etwa im Hinblick auf den Begriff Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) einen Verfassungswandel bewirkt haben könnten (mehr dazu § 4 Rn. 3, § 15c Rn. 70)? Aber liest man auf diese Weise nicht in das Grundgesetz lediglich hinein, was man herausholen will?

Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel aus dem Grundgesetz herausgelesen: ein Grundrecht auf ausreichende Gesetzgebung zum Schutz vor dem Klimawandel, dies sogar mit „objektivrechtlicher Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen“;²⁶ ein Grundrecht der Kinder auf eine trotz Seuchenschutz („Corona“) ausreichende schulische Bildung.²⁷ 15

Wie auch immer: Ich habe auf dieses „Wertungsproblem“ bislang keine überzeugende Antwort bekommen. So gut wie einzig scheint man sich nur darin zu sein, dass diese Wertungen und Werturteile **außerhalb der Logik** zu gewinnen sind. Sie müssen in die Prämissen des Schlussfolgerns gleichsam von außen eingespeist werden.

b) Kreativität („schöpferische Elemente“)

Besonders deutlich zeigt sich dieses „Einspeisen von außen“, wenn sich das Recht ändert, genauer: wenn das Recht geändert wird, noch genauer: wenn *wir* das Recht – sofern wir dafür die Kompetenz haben – *ändern*. Führen wir insofern unseren **Heimtücke-Fall** fort – es ist ein klassischer Fall aus den Entscheidungen des Großen Senats des Bundesgerichtshofs (BGH) in Strafsachen: 16

In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst zu töten, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, und zwar gerade, weil er sie sehr liebte: Er wollte ihnen Entehrung und Not ersparen. Also öffnete A den Gashahn, als F und T schliefen. A wurde gerettet, F und T erstickten.²⁸

Die Richter des BGH hatten damals zunächst keine Mühe, das Verhalten des A unter den bis dahin geltenden Begriff der Heimtücke zu subsumieren: Wer schläft, ist arg- und wehrlos, und wer ihn oder sie in diesem Zustand ersticken will, nutzt dies aus. Und doch wollten die Richter den A ganz offenbar nicht wegen Mordes lebenslang ins 17

26 BVerfGE 157, 30 (2021) – Klimaschutz (2021). Der Beschluss umfasst 148 Seiten.

27 BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II (2021). Der Beschluss umfasst 94 Seiten.

28 BGHSt (GS) 9, 385 (1956).

Gefängnis stecken: Er erschien ihnen offenbar durch den Verlust von Frau und Tochter schon gestraft genug.

Und „lebenslang“ hieß damals wirklich noch: das ganze Leben lang bis zum Tod. Erst ein berühmtes Urteil des Bundesverfassungsgerichts²⁹ hat dazu geführt, dass es heute bedeutet: in aller Regel 15 Jahre (§ 57a StGB).

Was also tun? Nun, die Richter definierten den Begriff „Heimtücke“ einfach um. Zur Heimtücke gehöre als zusätzliches Begriffsmerkmal eine „feindliche Willensrichtung“, das ist das sozusagen Tückische daran.

- 18 Wie kommt man aber nun, als Richter, auf eine solche Idee? Im Gesetz stand sie jedenfalls nicht, und die Logik hat sie auch nicht vorgegeben. Vielmehr gilt offenbar: Es gibt bei der Rechtsfindung³⁰ nicht nur „wertende“ Elemente, sondern auch „kreative“, „schöpferische Elemente“.³¹ Und auch diese Elemente befinden sich **außerhalb der Logik**. Mit anderen Worten: Die Zurichtung der Prämissen ist keine Frage der Logik, sondern geht der Logik voraus. Das leuchtet doch unmittelbar ein, oder?

Ich will dies, im Vorgriff auf die ausführliche Darstellung der Logik in § 5, schon hier widerlegen. Es gibt nämlich ein *logisches Gesetz*, das besagt: Wenn man den *Inhalt* eines Begriffs erweitert (hier: wenn man dem Begriff „Heimtücke“ das weitere Definitionsmerkmal „feindliche Willensrichtung“ hinzufügt), dann verengt man seinen *Umfang* (das heißt, man verringert die Sachverhalte, die er umfasst).³² Die Tat des A „fällt dann nicht mehr unter den Begriff“.

- 19 Weitere Beispiele gäbe es zuhauf. Noch recht aktuell ist das NPD-Verbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Es ging um die Frage, wann eine Partei im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG (also begrifflich) „darauf ausgeht“, die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen. Nach der früher herrschenden Meinung war dies der Fall, wenn dies ihr Programm war (und so war auch das Programm der NPD). Seit dem Urteil des BVerfG ist es erst dann der Fall, wenn der Partei insofern auch Erfolg winkt – und dann fiel die NPD eben nicht mehr unter diesen Begriff.³³ Das ist eine ganz alltägliche juristische Logik.

29 BVerfGE 45, 187 – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977).

30 Man denke, nebenbei, kurz zurück an die *inventio* in der Antiken Gerichtsrhetorik (oben § 2 Rn. 6 f.).

31 Klassiker zu diesem Topos der Methodenlehre: BVerfGE 34, 269 – Soraya (1973); ausführlich dazu unten § 27 I.

32 Und umgekehrt: „Je weiter der Anwendungsbereich [= Umfang], desto enger der Begriffsinhalt.“ In dieser Form war das übrigens auch Larenz durchaus bekannt. Er erwähnt es aber nur ganz nebenbei am Anfang seines „Exkurses“ zu Hegels konkret-allgemeinem Begriff, und dies auch nur, weil dieses logische Gesetz nicht bei allen Begriffen funktioniert (*Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin etc. 1979, S. 439–443; in der 6. Aufl. 1991 gestrichen). Damit hat er ja Recht, etwa bei Generalklauseln (siehe § 15a Rn. 51–68). Nur rechtfertigt dies nicht eine andere, eine teleo-logische Logik, mit der sich im Konkreten Beliebiges begründen lässt (siehe schon § 1 Rn. 23 bei und in Fn. 60–67, außerdem § 15c Rn. 8–10). – Allgemein zu „Intension/Extension“ (= Begriffsinhalt/Begriffsumfang) unten § 9 Rn. 20–23 und § 15a Rn. 5.

33 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017) genauer dazu unten § 29 Rn. 26–32. Das Urteil umfasst 350 Seiten.

Bedenklich „kreativ“ wird es erst dann, wenn das BVerfG durchblicken lässt, es könne sich vorstellen, wie man solche Parteien klein halten kann: durch Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung.³⁴ Die Politik hat dies in dem neuen Art. 21 Abs. 3 GG dankbar umgesetzt. Und die NPD ist seither nur noch eine Partei, die – neuer Begriff – „darauf aus**gerichtet**“ ist, die „FDGO“³⁵ zu beseitigen.

Wie auch immer: Die ganz herrschende Meinung in der Juristischen Methodenlehre geht davon aus, dass alles Wesentliche im juristischen Denken „außerhalb der Logik“ stattfindet oder der Logik irgendwie „vorgeordnet“ ist. 20

II. Die Neue Juristische Methodenlehre: Logik, Logik, Logik

Demgegenüber geht die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) davon aus, dass alles – wirklich *alles* – „juristische Denken“ der Logik unterworfen ist. Es ist, nein: Es *muss* mehr sein als „Emotion pur“, es muss sich der Herausforderung stellen, logisch schlüssige, nachvollziehbare Begründungen zu liefern und sich dadurch der **Kritik** – im weiten Sinn von „Bewertung“³⁶ – zu stellen. Denn was außerhalb der Logik ist, liegt außerhalb der Kritik. 21

Die NJML fasst nun allerdings den Begriff „Logik“ weiter, als es die gängigen Methodenlehren und wohl auch die meisten Vertreter der Fachphilosophie tun. Ihre Hauptthese lässt sich daher mit nur wenig Übertreibung wie folgt formulieren:

Die juristische Methode besteht aus **Logik, Logik, Logik**.

Natürlich bedarf dies der Erläuterung. Dies soll in vier kleineren Thesen und einem Annex geschehen.

1. „Logik“ umfasst nicht nur die deduktive Logik

Die **erste These** lautet: Logik umfasst nicht nur die deduktiven (zwingenden) Schlussfolgerungen, sondern auch die nicht-deduktiven Schlussfolgerungen (eine erste Andeutung hierzu bereits oben Rn. 9–10). Beide spielen, wie noch zu zeigen sein wird, geradezu zusammen. 22

a) **Deduktive** Schlussfolgerungen sind dadurch gekennzeichnet, dass für den Fall, dass die Prämissen *wahr* sind, auch die Konklusion (das Resultat) *notwendig wahr* ist.³⁷ Das berühmteste Beispiel ist der Schluss:

34 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017) – Rn. 606 (eine einzige!).

35 Kürzel für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. In den alten 1970er Zeiten hauptsächlich von deren Gegnern verwendet.

36 Altgriechisch *krínein* = scheiden, sondern, sichten, unterscheiden. – Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft“ (Riga 1781) ist also nicht etwa eine Abwertung, sondern eine positive und negative Bewertung unserer Erkenntnisvermögen („Vernunft“ im weiten Sinn): Was können wir wissen, was aber auch nicht (zum Beispiel, dass es Gott oder Freiheit oder eine Seele gibt).

37 Hier nur als Fußnote: Wenn eine der Prämissen falsch ist, dann bleibt der Schluss seiner *Form* nach (d.h. als Syllogismus) *gültig*, er „transportiert“ aber die Unwahrheit des *Inhalts* der Prämisse in die Konklusion: „Alle Menschen sind grün, Sokrates ist ein Mensch, Sokrates ist grün“. Auch sie, die Konklusion, wird also *material* falsch.

§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“

Alle Menschen sind sterblich.

Sokrates ist ein Mensch.

Sokrates ist sterblich.

Ein solch deduktiver Schluss ist auch der eingangs erwähnte **Justizsyllogismus** („Wenn Tatbestand, dann Rechtfolge; hier Tatbestand; also Rechtsfolge“). Wenn in ihm Obersatz und Untersatz stimmen, dann stimmt auch das Ergebnis.

Zum Begriff Syllogismus später mehr (§ 5 III). Hier verwende ich die Begriffe „Schlussfolgerung“, „Schluss“ und „Syllogismus“ noch synonym.

- 23 b) Es gibt aber auch Schlüsse (wie den **Subsumtionsschluss**), die nicht den Anspruch auf Wahrheit, sondern nur auf eine gewisse *Wahrscheinlichkeit* erheben können. Man bezeichnet sie als **induktive** Schlüsse, und es gibt insofern zwei Varianten.

Erste Variante:

Alle Menschen sind sterblich.

Sokrates ist sterblich.

Sokrates ist ein Mensch.

Er könnte aber auch ein Schimpanse sein. Denn der Schluss ist seiner Form nach nicht schlüssiger als der oben schon einmal erwähnte:

Alle Hühner haben zwei Beine.

Sokrates hat zwei Beine.

Also ist Sokrates ein Huhn.

- 24 Zweite Variante:

Sokrates ist ein Mensch und sterblich

Xanthippe ist ein Mensch und sterblich.

Alle Menschen sind sterblich.

Auch solche induktiven Schlüsse oder Induktionen sind Teil der Logik, wobei man sich darüber streiten kann,³⁸ ob dies eine Logik in einem weiteren Sinn ist (so offenbar die Fachphilosophie) oder ein gleichsam flüssigerer Aggregatzustand der *einen* Logik (so die hier vertretene Meinung³⁹). Wie auch immer, als eine derartige Logik im weiten Sinn wird seit dem 19. Jahrhundert die „Logik“ der empirischen Wissenschaften

38 Siehe etwa *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, 1983, S. 15: „eine bloße Definitionsfrage“.

39 Die daran anschließende These lautet: Die *Gültigkeit der deduktiven Logik* beruht geradezu darauf, dass die „flüssigen“ induktiven Schlüsse, wenn man auf der *materialen* Seite der Schlussfolgerung den Zustand vollkommener Informiertheit erreicht hätte (was wir nie wissen), *immer* in einen „festen“ deduktiven Schluss *umschlagen würden* – sofern dieser *formal* gültig ist. Beispiel: Wenn wir alle Menschen durchgezählt haben und alle gestorben sind, dann *würden* wir endgültig wissen: Die Schlussfolgerung „Alle Menschen sind sterblich, Sokrates ist ein Mensch, Sokrates ist sterblich“ ist eine formal gültige Deduktion. Dass *alle* Schlussfolgerungen, die diesem Schema folgen – man bezeichnet es als Modus Barbara –, formal gültig sind, bleibt hingegen eine Vermutung! Hierzu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 89: „Die Gültigkeit deduktiver Argumente beruht darauf, dass sie sich, wenn man sie in ein nicht-deduktives Argument umdeutete, in dem Idealfall vollständiger materialer Richtigkeit immer bewähren *würden*; ein Fehler könnte niemals zu Lasten der Form gehen.“ Und umgekehrt: „Die Gültigkeit (formale Richtigkeit) nicht-deduktiver Argumente beruht darauf, dass sie letztlich, wenn sie sich in jeder Hinsicht als material richtig erweisen, in eine Deduktion umschlagen *würden*.“

verstanden: Wir formulieren mit Hilfe dieser Logik Vermutungen (man sagt auch Hypothesen), die wir dann im Experiment überprüfen können.

Klassiker sind *John Stuart Mill*, *A System of Logic, Rationative and Inductive*, 1843; *Karl Raimund Popper*, *Logik der Forschung*, 1934/35.

c) Wir werden allerdings sehen, dass die Bezeichnung „induktiv“ zu eng oder zu ungenau ist, um *alle* nicht-deduktiven Schlüsse zu erfassen. Es gibt nämlich auch Schlüsse – wir werden sie mit Peirce als **abduktiv** bezeichnen –, die über die induktive *Verallgemeinerung* (soeben Variante 2 mit Xanthippe) und auch über die induktive *Subsumtion* (soeben Variante 1 mit den Hühnern) hinausgehen und einen völlig neuen Gedanken einführen – sagen wir angesichts unseres Gashahn-Mörders den Gedanken:

„Unter ‚Heimtücke‘ muss man in *diesem* **Heimtücke-Fall** irgendwie etwas Neues verstehen. Vielleicht etwas Subjektives? etwas ‚Tückisches‘?“

Dass auch diese neuen Ideen *logisch erschlossen* werden, ist nun allerdings keineswegs die „herrschende Meinung“ – weder in der Fachphilosophie noch in der Jurisprudenz oder in den anderen Wissenschaften. Selbst der Erfinder dieser These, der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839–1914), hat sie nicht wirklich klar ausgearbeitet. Immerhin stammt von ihm der Name für diese dritte Art der Logik: *Abduktion*.⁴⁰

Wie solche abduktiven, kreativen Schlüsse funktionieren, wird uns noch genauer – und hoffentlich logisch nachvollziehbar – beschäftigen (§ 6 III). Es wird dies die erste große Neuigkeit der Neuen Juristischen Methodenlehre sein. (Eine weitere ist das Konzept einer juristischen Ästhetik.)

In unserem Heimtücke-Beispiel könnte die neue Idee „Wir könnten doch zusätzlich zum ‚Ausnutzen‘ auf etwas ‚Tückisches‘ abstellen“ von dem logischen Gegensatz „subjektiv-objektiv“ inspiriert gewesen sein. Diesen Gegensatz haben Juristinnen und Juristen, vor allem im Strafrecht, sozusagen im Blut („objektiver Tatbestand, subjektiver Tatbestand“). Oder sagt man heute: in ihrer DNA?

d) Um zusammenzufassen: „Die“ Logik besteht aus deduktiver und nicht-deduktiver Logik, wobei die letztere zwei Varianten aufweist. Vor diesem Hintergrund kann man unsere Hauptthese etwas präzisieren:

Die Juristische Methode besteht aus **Logik, Logik und Logik**. Nämlich aus zwingenden Schlüssen (**Deduktionen**), vermutenden Schlüssen (**Induktionen**) und kreativen Schlüssen (**Abduktionen**).

Das unterscheidet sie übrigens *nicht* von der Methode aller anderen Wissenschaften (siehe unten § 6).

⁴⁰ Zu Peirce‘ Theorie der Abduktion eingehend und weiterführend *Lege*, *Pragmatismus* (Fn. 39), S. 127–130, 438–442, 445–475.

2. Wertungen befinden sich innerhalb der Logik (wenn wir es denn wollen)

28 Die **zweite** (Unter-) **These** lautet:

Wertungen befinden sich nicht unvermittelt außerhalb der Logik. Sie befinden sich *immer schon mitten drin* – wenn wir es denn wollen. Und wir *sollten* dies wollen, jedenfalls als Juristen (und Juristinnen, versteht sich).

Zuzugeben ist allerdings: Wertungen sind **zunächst** einmal etwas Emotionales und daher Vor-bewusstes. Deshalb sind sie aber keineswegs ir-rational im Sinn von un-vernünftig. Unser erstes „Bauchgefühl“ angesichts eines neuen Falls kann wirklich richtig sein!

Mein sehr geschätzter, leider früh verstorbener Kollege Wolfgang Joecks (1953–2016) sprach von einem „Störgefühl“, wenn die bisherige Dogmatik auf einen neuen Fall nicht recht zu passen schien.

29 Ob dieses Gefühl „am Ende“ wirklich richtig ist, ob ich zum Beispiel den Sachverhalt richtig erfasst habe oder ob meine Wertmaßstäbe wirklich stimmten – das ist **am Ende** eine Frage der Logik. Wir können nämlich unsere Wertungen mit Hilfe *anderer* Wertungen logisch begründen. Beispiel (näher dazu § 5 Rn. 2–5 und *passim*⁴¹):

Alle Menschen haben eine Würde.

Die extrakorporal befruchtete menschliche Eizelle ist bereits ein Mensch.

Also hat die befruchtete menschliche Eizelle eine Würde.

Wir können dann über diese Prämissen weiter streiten, und wir werden irgendwann an einen Punkt kommen, an dem uns die Argumente ausgehen (es gibt aller Wahrscheinlichkeit nach keine „Letztbegründungen“⁴², wir sind eben nicht der liebe Gott⁴³). Aber das ändert nichts daran, dass wir auch Wertungen **logisch** begründen können, und zwar genau so weit, wie unser bestes Wissen um die Fakten und die Normen reicht.

30 Auch dies ist im Grunde nicht anders als in den Naturwissenschaften. Ich erinnere mich, dass die Biologen, mit denen ich in Dresden interdisziplinär zusammengearbeitet habe (ich habe es schon erwähnt, § 1 Rn. 8), oft gesagt haben: „Das ist noch nicht *verstanden*“ – gemeint: ein biologisches Phänomen, zum Beispiel in der Mikrobiologie. Manchmal *wissen* wir einfach zu wenig – in der Biologie nicht anders als im Recht.

41 Lateinisch *passim* bedeutet in etwa: durchgehend, immer wieder im ganzen Werk oder, wie hier, im ganzen Abschnitt.

42 Das ist in der Fachphilosophie freilich umstritten. Eine berühmte Metapher für die Unmöglichkeit von Letztbegründungen ist das von Hans Albert (1921–2023) formulierte *Münchhausen-Trilemma*. Jede Antwort auf die Frage „Warum?“ kann zu einem weiteren „Warum“ führen – Kinder spielen dieses Spiel sehr gern. Also gibt es nur drei Möglichkeiten zum Umgang mit dem „Warum“: einen – illusorischen – infiniten Regress (unendliches Weiterbegründen), einen Zirkelschluss (das Gesetz ist gerecht, weil Gott es so will; Gott will es so, weil das Gesetz gerecht ist); den Abbruch des Verfahrens (das ist nun mal so. Basta.) – Siehe Hans Albert, Traktat über kritische Vernunft (1968), 2. Aufl., Tübingen 1991, S. 13–15. – Italienisch „basta“ bedeutet: „Es ist genug.“ – Ein Abbruch des Verfahrens ist gemäß Albert insbesondere der *Rekurs auf ein Dogma*, rechtlich gesprochen: auf einen autoritativen Text (zum Begriff § 14 II): So steht es halt im Gesetz.

43 So die Polemik von Hans Peter Duerr, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauflage 1985, S. 504 f.

Während dann aber die Naturwissenschaften in aller Ruhe weiterforschen dürfen, müssen Juristen irgendwo einen Schlussstrich ziehen und den Fall *hier und jetzt* entscheiden. Das kann emotional belastend sein, macht die Wertung aber nicht unlogisch.

Wie die Wertungen in die Logik „hineinkommen“, besser: was damit gemeint ist, dass sie immer schon drin *sind*, wenn wir die Welt „wertend“ (normativ) betrachten – dazu mehr in § 5 Rn. 31–39. 31

Stichwort schon hier: „Wertungen“ sind die ersten Prädikate in „Werturteilen“ (= normativen Aussagen), und diese sind ihrerseits eingebunden in Schlussfolgerungen.

3. Kreativität ist kein Aliud zur Logik

Die soeben vorgetragene zweite These überschneidet sich ein wenig mit der **dritten These**. Diese lautet: 32

Kreativität ist kein Aliud zur Logik, folglich auch kein Argument gegen die Reichweite der Logik. Dass es im Recht „schöpferische Elemente“ gibt, heißt also nicht, dass sie außerhalb der Logik ihr Wesen treiben.

Anders gewendet: Dass wir im Denken manchmal kreativ sind, bedeutet nicht, dass dieses Denken unlogisch ist – im Sinn von: nicht der Logik unterworfen. Vielmehr gilt:

Auch neue Ideen werden logisch erschlossen (Genaueres: unten § 6 III).

Allerdings sind diese **neuen** Ideen dann extrem **fehlbar**. Das, was wir uns gedacht oder ausgedacht haben, kann „unlogisch“ im Sinn der Alltagssprache sein, das heißt: falsch. Ob dem so ist, das ist eine Frage der *weiteren* logischen Überprüfung. Dies ändert aber nichts daran, dass auch schon der erste Schritt sich *innerhalb* der Logik abspielt.⁴⁴ 33

Auf den ersten Blick mag dies befremdlich erscheinen. Aber haben wir nicht alle schon die Erfahrung gemacht, dass sich ein neuer Gedanke geradezu „aufdrängt“? Wodurch eigentlich? Offenbar durch eine Logik, in der dieser Gedanke, bislang unentdeckt, schon steckt.

Manchmal sind wir eben, wie Karl-Otto Apel (1922–2017) in Anlehnung an Charles Sanders Peirce sagt, „in Gedanken“⁴⁵ – und es sind gar nicht so sehr die Gedanken „in uns“. Anders gewendet: Wir sind vielleicht gar nicht so sehr die aktiv-kraftvollen „Denker“, die ihre Logik wie ein Werkzeug „anwenden“, sondern eher selbst ein Werkzeug⁴⁶ der Logik. 34

Oder noch mystischer: Die Logik denkt nicht von allein. Aber sie denkt *durch uns*. Wir denken dann zwar, dass *wir* es sind, die da denken, wir *erleben* es so.

44 Dies unterscheidet die NJML auch etwa von *Johann Braun*, Deduktion und Invention, Tübingen 2016, der – ganz im Sinn des Kritischen Rationalismus (Karl Raimund Popper) – den Mittelweg sucht zwischen „objektiver, formaler Deduktion“ und „subjektive[r], ‚Dezision‘, ‚Wertung‘ oder ‚Abwägung‘“ (7 f.): zuerst kreative Hypothesenbildung („Invention“), sodann mehrstufige deduktive Überprüfung. – Klassiker auf Grundlage des Kritischen Rationalismus im Übrigen: *Zippelius* (Fn. 6).

45 Anmerkung Apels zu Peirce' „Some Consequences of Four Incapacities“ (1868), in: CP 5.283 (Fn. 15), deutsch in: *Peirce*, Schriften, S. 60/84 Endnote 12.

46 Einen schönen parallelen Gedanken findet man beim heiligen Franz von Assisi: „Herr, mach mich zu einem *Werkzeug* deines Friedens.“

Aber in Wahrheit ist es die Logik, die in uns (und vielleicht sogar in der Welt⁴⁷) wirkt. Die Logik braucht jemanden, der die Arbeit macht, aber in dem letztlich *sie* wirkt – wenn wir sie lassen⁴⁸ (zu den neuen Kognitionswissenschaften⁴⁹ mit ihrer Unterscheidung von einem System 1 und System 2 in unserem Denken siehe unten § 35).

Sagt man nicht oft: Das muss ich erstmal sacken lassen?

- 35 Wie diese Kreativität genau funktioniert, nämlich als ein Zusammenschluss mehrerer Schlüsse, werden wir in § 6 III genau analysieren. Bereits verraten haben wir (oben Rn. 26–27), wie die kreativen Schlüsse benannt werden sollen: Abduktionen.

Das englische Wort *abduction* bedeutet übrigens auch „Entführung“. Ob Peirce sich damit einen Jux machen wollte, wird wohl immer ein Rätsel bleiben.

4. Wir denken immer auch vom Ergebnis her

- 36 Wir haben eben davon gesprochen, dass sich eine *neue* Idee am Ende als „falsch“ herausstellen kann. Es kann sich aber auch eine ganz *alte* Idee in einem neuen Kontext als „falsch“ herausstellen – zum Beispiel aus der Sicht unserer BGH-Richter von vorhin die Idee, dass Heimtücke allein objektiv zu bestimmen ist (als Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit) und nicht auch subjektiv („feindliche Willensrichtung“). Wie kommt man aber dazu, eine Idee oder sagen wir hier: einen Begriff für „falsch“ zu halten?

Insofern lautet die **vierte These** zur Logik:

- 37 Wir denken immer auch vom Ergebnis her – und das ist gut so.

Natürlich habe ich bei dem Wowereit-Zitat („und das ist auch gut so“⁵⁰) ein wenig gezögert. Denn es ist ganz klar, dass wir im Recht nicht *nur* vom Ergebnis her denken dürfen. Es liegt nicht deshalb, weil wir den A mit „lebenslang“ bestrafen wollen, ein Fall von „Heimtücke“, folglich von „Mord“ vor. Und auch nicht deshalb, weil wir ihn *nicht* mit „lebenslang“ bestrafen wollen, *kein* Fall von „Heimtücke“. Wohl aber kann man – nein, sagen wir es konkret: wohl aber *durften* sich die BGH-Richter damals mit Recht fragen, ob es *im Ergebnis* richtig ist, das heißt letztlich: ob es gerecht und billig ist („billig“ im Sinn von: dem Einzelfall angemessen⁵¹), den A „lebenslang“ ins Gefängnis zu stecken.

47 Fragen Sie sich doch einmal: Warum *folgt* die Natur logischen Gesetzen? Warum *folgen* die Planeten ihren mathematisch zu berechnenden Bahnen?

48 Der Ökonom Wolfgang Kerber, ein Franke und Freund, sagte zu mir, als ich an der Habilitationsschrift saß: „Ned immer mit dem Willen neipfuschen“. – Man kann auch sagen: wenn wir uns für die Logik *entscheiden* – was wir in der Wissenschaft aus ethischen Gründen tun sollten (§ 5 II Rn. 57–59).

49 Sie entfalten in gewisser Weise die *Psychologie* der Logik – wie die Menschen mit ihr umgehen. Wir hingegen kümmern uns hier um die Logik als *normative* Wissenschaft: nicht wie wir denken, sondern wie wir denken sollten (siehe auch unten § 5 II Rn. 52–53, 57–59).

50 Von Klaus Wowereit, damals Regierender Bürgermeister von Berlin, stammt der berühmte Spruch: „Ich bin schwul – und das ist auch gut so“. – Über die Auslegung des Wortes „auch“ gab es übrigens durchaus Streit. Nach Wowereits authentischer Interpretation war es nicht mehr als ein Füllwort und keine Stellungnahme zu anderen Formen der Sexualität (https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_Wowereit <15.06.2022>).

51 „Billigkeit“ hat also nichts mit „billig“ im Sinn von geringwertig zu tun, sondern mit der Formel „recht und billig“. Diese Billigkeit – griechisch *epieikeia*, lateinisch *aequitas*, englisch *equity* – geht bis

Damals hieß, siehe schon oben, „lebenslang“ wirklich: das ganze Leben lang bis zum Tod.

Damit ist natürlich noch nicht gesagt, dass auch die Antwort schon feststeht. Sie hängt vielmehr davon ab, ob wir das Ergebnis, das wir in diesem Moment für „besser“ halten, **logisch** in einer Weise begründen können, die uns nicht die Schamesröte ins Gesicht treibt.⁵² Ob dann diese *vertretbare Begründung* – vertretbar vor der Juristenzunft und vor uns selbst! – **am Ende** „besser klingt“ als die Gegenposition, diese Frage ist, so unsere These, von der praktischen Konsequenz her identisch mit der Frage, ob die Entscheidung, die auf ihr beruht, *rechtlich richtig* ist. 38

Man kann es auch so formulieren: *Juristisch* richtig ist alles, was als Begründung noch vertretbar ist. *Rechtlich* richtig kann aber immer nur *eine* Lösung sein: A *muss* ins Gefängnis, oder er muss es nicht. B *hat* einen Anspruch, oder sie hat ihn nicht. Eine politische Partei *ist* verfassungswidrig, oder sie ist es nicht.

Zur Kategorie der Vertretbarkeit unten § 33 II.

Und der Witz des Rechts besteht darin, ein sozusagen *analoges* Spektrum der Begründungen („besser – schlechter“) in eine *digitale* Entscheidung umzuformen („richtig oder falsch“, „rechtmäßig oder rechtswidrig“). 39

Mit dem „besser klingen“ klingt übrigens schon die zweite große Neuigkeit der NJML an: Das letzte Richtigkeitskriterium im Juristischen liefert nicht die Logik und auch nicht die Ethik, sondern die juristische Ästhetik (unten §§ 32–34).

Dass wir als Juristen „vom Ergebnis her denken“, ist also erstens völlig normal – es ist *immer* so, auch wenn wir darüber oft nicht weiter *nachdenken* müssen (wer eine Fensterscheibe einwirft, begeht eine Sachbeschädigung im Sinn des § 303 StGB, macht sich also strafbar).⁵³ Und es ist zweitens legitim, weil das Recht im Ergebnis „mit Zwang verbunden ist“⁵⁴ und dieser Zwang hinreichend begründet werden muss. 40

Wichtig ist allerdings: Das „vom Ergebnis her denken“ darf sich nicht nur auf das konkrete Ergebnis im Einzelfall beziehen. „Vom Ergebnis her“ ist auch zu bedenken, welche Folgen die Entscheidung mit ihrer Begründung *im Recht* – also in künftigen Fällen – haben wird. Und dies ist natürlich wieder eine Frage der **Logik**.

Ein letztes Wort zur Schamesröte: Das Denken „vom Ergebnis her“ findet jedenfalls dort seine Grenze, wo die Rechtsbeugung beginnt – sie steht gemäß § 339 StGB sogar unter Strafe. Umstritten ist allerdings, ob die Rechtsbeugung schon dort beginnt, wo die Entscheidung „nicht einmal mehr vertretbar“ ist, oder erst dort, wo der Richter

auf Aristoteles zurück. Sie bezeichnet eine Korrektur des Gesetzes, wenn dieses im Einzelfall zu einer übermäßigen Härte führen würde. Zu Einzelheiten *Alexander Hollerbach*, Billigkeit, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i.Br. 1985–1993, Band I (1985), Sp. 898–903.

⁵² Die Grenze zur Schamesröte überschreitet zum Beispiel die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH bei den Sitzblockaden – und dann natürlich auch die Bestätigung dieser Rechtsprechung durch die Erste Kammer des Ersten Senats des BVerfG (Fn. 23).

⁵³ Deshalb müssen solche Punkte im juristischen Gutachten auch nicht ausführlich erörtert werden, vgl. das Anti-Beispiel bei *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl. Bielefeld 1997, S. 376.

⁵⁴ *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, Rechtslehre § D: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“

sich „bewusst und schwerwiegend vom Recht entfernt“⁵⁵ (sozusagen in feindlicher Willensrichtung). Es findet sich also auch hier eine „objektive Theorie“ und eine „subjektive Theorie“.

5. Annex: Gibt es rechtliche und juristische Richtigkeit?

- 41 Wir haben soeben ganz naiv von „richtig“ und „falsch“ gesprochen. Darf man das im Recht oder in der Jurisprudenz eigentlich? Ist nicht jede Meinung darüber, was gerecht oder ungerecht ist, letztlich ganz subjektiv? Und sind nicht, wie eben schon erwähnt, in der Jurisprudenz meist mehrere Lösungen „vertretbar“ (übrigens eine Kategorie, die, obwohl unser täglich juristisch Brot, in den herrschenden juristischen Methodenlehren kaum thematisiert wird⁵⁶)?

Ich möchte fast wetten, dass auf die Frage, ob es juristische Richtigkeit gibt, die Mehrzahl der Juristinnen und Juristen mit einem Nein antworten wird. Diejenigen unter ihnen, denen ich einen guten Willen unterstelle, werden dies wie folgt meinen: Es gibt keine „absolute“ oder „objektive“ Richtigkeit, die man so beweisen könnte wie in den Naturwissenschaften oder in der Medizin (Patient tot, Therapie falsch).

Es gibt aber auch Juristinnen und Juristen, die bestreiten würden, dass es *überhaupt* rechtlich richtige Entscheidungen gibt. Die würde ich allerdings fragen, worüber wir dann *als Juristen* überhaupt streiten können? Sind das Recht und die Juristen dann nicht bloße Werkzeuge – Werkzeuge der Politik oder der Wirtschaft, jedenfalls: der Machthaber?

Das ist letztlich ja die These von Marx: Recht (und die sonstige Kultur) als bloßer Überbau der Ökonomie.⁵⁷

- 42 Können also rechtliche Entscheidungen letztlich nur – nur! – in einem politischen oder ökonomischen oder moralischen Sinn „richtig oder falsch“ sein? Sind Juristinnen und Juristen folglich nicht mehr als „Willensveredler“ (eine Formulierung meines Freundes Christof Gramm)? Oder gibt es doch juristische Richtigkeit? Vorsichtiger formuliert: Müssen wir nicht in gewisser Weise daran *glauben*, dass es eine *rechtliche* Richtigkeit gibt, sozusagen als das leitende Ideal⁵⁸ aller rechtlichen und juristischen Praxis? Die NJML geht von diesem letzteren aus und hält dies auch für die einzig legitime Ethik, meinestwegen auch „Metaphysik“⁵⁹, des Rechts.

Soziologisch lassen sich die beiden Positionen vielleicht so beschreiben: Man kann dem Recht mit Ironie oder mit Pathos begegnen (§ 30 II). Als Ironiker sagt man: Es

55 Günter Heine/Bernd Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 30. Aufl., München 2019, § 339 Rn. 9–11; eingehend pro objektive Theorie Stefan Sinner, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 339 Rn. 16–24.

56 Ausnahme: Zippelius, Methodenlehre (Fn. 6), § 16 III.

57 Klassische erste Andeutung: Karl Marx, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.; dort auch die berühmte Stelle: „Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt das gesellschaftliche Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.“

58 Oder in Kantischer Terminologie: eine „regulative Idee“ (dazu unten § 5 II Rn. 73 f. und § 30 III).

59 Siehe die Provokation von Josef Franz Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2017.

gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber ich tu so, *als ob* es darum ginge. Als Pathetiker sagt man: Ich tu so, *als ob* es Richtigkeit gibt, auch wenn ich daran nur glaube.⁶⁰ Denn nur durch diesen Glauben wird das Recht *als Recht* wirklich.

Dass diese Richtigkeit ganz wesentlich eine Frage der Logik ist, haben wir schon gesagt. Der Rest ist dann Ästhetik, dazu unten §§ 31–34.

III. Zum folgenden Gedankengang

Die folgenden beiden Kapitel sollen die These, dass die juristische Methode durch und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik“), näher begründen. 43

Zu diesem Zweck soll das Erste Kapitel die Grundzüge einer allgemeinen – also nicht nur, *aber auch juristischen* – „working logic“ entwerfen.

Im Einzelnen wird es in § 4 darum gehen, was Logik überhaupt ist, nämlich die Lehre der Folgerichtigkeit – es fragt sich freilich: wovon? In § 5 werden dann die Einzelheiten, aber auch das Zusammenspiel von „Begriff, Urteil und Schluss“ analysiert (siehe schon oben § 1 Rn. 12 zur „Logik von Port Royal“), übrigens auch mit Blick auf „Wahrheit“ und „Richtigkeit“. Am innovativsten ist schließlich § 6: Er entfaltet die Syllogistik der „working logic“, also das Zusammenspiel der deduktiven, induktiven und abduktiven Schlussfolgerungen (Syllogismen), das dafür sorgt, dass die juristische und letztlich jede wissenschaftliche Methode durch und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik“).

Das zweite Kapitel wird sich dann dem spezifisch Juristischen zuwenden, also dem Handwerkszeug oder Werkzeugkasten, mit dem wir als Juristinnen und Juristen zu arbeiten gewohnt sind. 44

In § 8 werde ich eine Art juristische Entdeckung vorstellen – oder vielleicht besser: ein **neues Design**: den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Dass er so völlig neu auch wieder nicht ist, sondern an das Epicheirem der Antiken Gerichtsrhetorik anknüpft (§ 2 Rn. 21–22), sei nicht verschwiegen. Das juristische Kernthema „Subsumtion“ – manche bezeichnen es geradezu als Ideologie – wird dann in § 9 behandelt, in § 10 das Thema „Interpretation“ – beides gehört freilich eng zusammen. In § 11 geht es schließlich um die sozusagen höheren Sphären der juristischen Logik: Systembildung. § 12 enthält eine Übersicht und zusammenfassende Thesen.

60 Klassisch in der Nachfolge Kants: *Hans Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, Berlin 1911.

Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“

Das folgende Erste Kapitel ist, und darin liegt ein gewisses Problem, in einem gestei- 1
gerten Sinn interdisziplinär angelegt. Es ist also nicht etwa nur „Anwendung“ von
Ergebnissen der einen Disziplin – sagen wir: der Logik als Spezialdisziplin der Fach-
philosophie – auf eine andere Disziplin, sagen wir: auf die Jurisprudenz. Oder umge-
kehrt die Anwendung fester Ergebnisse der Jurisprudenz auf die belehrungsbedürftige
Fachphilosophie.

Vielmehr will dieses Kapitel *beide* Disziplinen ein Stück voranbringen: erstens die
Philosophie der Logik (und damit die Philosophie aller Wissenschaften) mit Hilfe
einer rechtlich inspirierten pragmatistischen Erdung; zweitens die Jurisprudenz durch
eine Befreiung von durchaus beliebten Nebelkerzen in ihrem Selbstbild (z.B. von der
Vorstellung einer „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit). Kurz: Es sollen *beide*
Disziplinen ein wenig umlernen – und das wird ihnen vielleicht, wegen Voreingenom-
menheit gegen die jeweils andere, nicht sofort gefallen.

Zur Terminologie: Es heißt „pragmatistisch“, nicht „pragmatisch“, denn der Ansatz 2
der NJML ist, wie man unschwer erkennen kann, von der philosophischen Lehre des
Amerikanischen Pragmatismus geprägt, genauer: von den Lehren ihres Begründers
Charles Sanders Peirce (1839–1914).¹

Rein darstellerisch kämpft jede Interdisziplinarität damit, dass sie in den beteiligten 3
Disziplinen, wenn diese sich denn wirklich *verstehen* sollen, nicht *ohne weiteres* an
den Wissensstand derer anknüpfen kann, die das Ganze schon viele Jahre betreiben.
Dies gilt nicht nur für den neuesten Stand des jeweiligen Spezialwissens, sondern auch
und vielleicht noch mehr für das sogenannte implizite oder habituelle Wissen, für den
„Stallgeruch“, den man als Jurist oder Fachphilosoph mit der Zeit bekommen hat. Kurz:
Man muss, als Interdisziplinarist, immer wieder auch *basics* erklären – aber man darf
dabei nicht langweilen, und es bleibt „Stückwerk“².

* * *

Aber kommen wir nun zur Begründung der These, dass die juristische Methode durch
und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik“)! Um sie zu begründen, entwirft dieses
Erste Kapitel die Grundzüge einer allgemeinen – also nicht nur, *aber auch juristischen* –
„working logic“.

1 Joachim Lege, *Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*, Tübingen 1999.

2 1. Korinther 13, 9 (Brief des Paulus an die Korinther, ein Teil der Bibel, in der Luther-Übersetzung).

§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit

- 1 Was ist Logik? Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – aber der Folgerichtigkeit wovon? Insofern unterscheidet man in der Fachphilosophie drei Epochen.¹ Eine vierte Konzeption der Logik hat sich noch nicht durchgesetzt, obwohl sie aus juristischer Sicht am meisten einleuchtet.

I. Realistische („ontologische“) Logik

- 2 In der ersten Epoche – dies sind die Antike und das Mittelalter mit insbesondere Aristoteles und den Philosophen der Scholastik – ist man der Auffassung, es gehe um eine Art Nachzeichnen dessen, was in der Welt doch so schön und folgerichtig eingerichtet ist. Kurz: es geht um die Folgerichtigkeit des *Seins* – oder besser: um eine gewisse Folgerichtigkeit in der *Wirklichkeit* oder *Realität*. Weil zum Beispiel die reale Klasse der „Säugetiere“ der realen Gattung „Mensch“ übergeordnet ist, können wir schlussfolgern: „Alle Säugetiere sind sterblich, der Mensch ist ein Säugetier, also ist auch der Mensch sterblich.“

Diese *ontologische* Auffassung von Logik (Ontologie = Lehre vom Sein) kann zu höchst diffizilen philosophischen Problemen führen, insbesondere zum sogenannten Universalienstreit²: Sind die Allgemeinbegriffe („Universalien“) – zum Beispiel die Begriffe „Mann“ oder „Frau“ – real? Haben sie ein „Sein“, besser: eine „Wirklichkeit“? Das ist die Auffassung des (Universalien-) *Realismus*. Oder sind sie bloße Namen, die man den „realen“ Dingen – sagen wir: einer Transgenderperson – rein zufällig gibt? Das wäre die Meinung des *Nominalismus*. Wäre es daher letztlich auch willkürlich, was man gut oder böse, Recht oder Unrecht nennt? Man denke an den *labeling approach* in der Kriminologie: Ihm gemäß wird eine Tat zum Verbrechen erst dadurch, dass sie so etikettiert wird.³ Oder in der Theologie: „Ist“ eine Handlung gut, weil Gott es *will*? Oder will Gott es, weil es gut *ist*?

- 3 In gewisser Weise kann man dieses „Ebenenproblem“ auch im Rechtlichen finden: Wenn die Verfassung höherrangig ist als das einfache Recht⁴ – darf dann das einfache Recht, also § 1353 Abs. 1 BGB, den Begriff „Ehe“, so wie er in Art. 6 Abs. 1

1 Erich Tugendhat/Ursula Wolf, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983, S. 7–16.

2 Standardwerke: Alain de Libera, Der Universalienstreit – von Platon bis zum Ende des Mittelalters, München 2005 (orig. La querelle des universaux: de Platon à la fin du Moyen, 1996), übrigens einschließlich der arabischen Scholastik; Hans-Ulrich Wöhler, Texte zum Universalienstreit, Band 1 und 2, Berlin 1992 und 1994 (leider nicht zweisprachig); zur aktuellen Lage: Wolfgang Stegmüller (Hrsg.), Das Universalienproblem, Darmstadt 1978 (Beiträge u.a. von Carnap, Goodman, Quine); Wolfgang Künne, Der Universalienstreit in der neueren analytischen Philosophie, in: Information Philosophie 2006, Heft 2, S. 22–33.

3 Klassiker zum labeling approach: Howard S. Becker, Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance, New York 1963; radikal Fritz Sack: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der labeling approach, in: Kriminologisches Journal 4 (1972), S. 3–31; umfassend Siegfried Lamnek, Theorien abweichenden Verhaltens I – „Klassische Ansätze“, 11. Aufl., Paderborn 2021, S. 223–224. – Herzlichen Dank an den Kollegen Stefan Harrendorf!

4 Für Nicht-Juristen: Das sind Fachausdrücke. Verfassungsrecht, in Deutschland also das Grundgesetz, geht allem anderen, eben „einfachem“ Recht vor. Es kann nur unter erschwerten Bedingungen

GG vorgegeben ist, „willkürlich“ umdefinieren? Dies ist bei Einführung der sogenannten „Ehe für alle“ im Jahr 2017 sehr umstritten gewesen.⁵ Eleganteste Lösung: Einfachrechtlich können auch gleichgeschlechtliche Paare eine „Ehe“ schließen – aber diese Ehe genießt keinen verfassungsrechtlichen Schutz.⁶

Weiteres Beispiel: Der Begriff „Krieg“. Kann man oder besser: darf man ihn willkürlich verwenden? Und zum Beispiel etwas „Krieg“ nennen, das in Wahrheit/in Wirklichkeit *kein* Krieg ist (so der „Krieg gegen den Terror“ der Amerikaner⁷)? Oder etwas, das durchaus ein Krieg ist, gerade *nicht* als einen solchen bezeichnen (so die „militärische Spezialoperation“ Russlands in der Ukraine⁸)? Antwort: Natürlich, man *kann*. Ob man es auch dürfen sollte, hängt von den praktischen Konsequenzen ab. Wenn man damit „Kriegsgefangene“⁹ machen will, die keine sind (Guantánamo), spricht einiges dagegen. Ebenso, wenn man sich damit dem Vorwurf eines Angriffskriegs entziehen will.

4

II. Psychologische Logik („Kunst des Denkens“)

Die zweite Epoche der Logik beginnt mit Descartes. Sie versteht Logik als die Lehre von der Folgerichtigkeit des *Denkens* – schon im Titel der sogenannten „Logik von Port-Royal“ kommt dieses Verständnis deutlich zum Ausdruck: *La Logique ou l'art de penser* (s.o. § 1 Rn. 12–13). Diese *psychologische* Vorstellung von Logik dürfte bis heute

5

geändert werden (Art. 79 GG), insbesondere bedarf es einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat, und es muss der Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich geändert oder ergänzt werden.

5 Im Ergebnis bejahend z.B. *Gerhard Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Rn. 47a; *Bettina Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Rn. 58–62. – Verneinend z.B. *Hans D. Jarass/Bodo Phero*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., München 2020, Art. 6 Rn. 4; *Arnd Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (BeckOK – Beck Online-Kommentar), Art. 6 Rn. 4 (4.1 – 4.5) (Stand: 15.08.2023).

6 *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 7 f. Praktische Konsequenz: Der Gesetzgeber könnte die gleichgeschlechtliche Ehe auch wieder – mit einfacher Mehrheit, also ohne Verfassungsänderung – abschaffen. Im Übrigen dürfte er aber wegen der Gleichheitssätze des Art. 3 GG kaum befugt sein, hetero- und homosexuelle „Ehen“ ungleich zu behandeln (Rn. 8 f.).

7 Einen „Krieg gegen den Terror“ hatte der damalige amerikanische Präsident George W. Bush nach den Anschlägen auf das New Yorker World Trade Center am 11. September 2001 („Nine-Eleven“) ausgerufen.

8 Am 24. Februar 2022 marschierten russische Truppen in die Ukraine ein, angeblich, um dort die Bevölkerung, vor allem in den abtrünnigen Gebieten Donezk und Lugansk, zu schützen.

9 Bei den „Kriegsgefangenen“ im eigentlichen Sinn unterscheidet man im Kriegsvölkerrecht (Genfer Konvention von 1949) die „Kombattanten“, das sind die regulär kämpfenden Streitkräfte eines anderen Staates, von den „Nicht-Kombattanten“, das sind z.B. die Sanitäter und Feldgeistlichen. Hinzu kommen – und so wurden die Guantánamo-Häftlinge qualifiziert – die sogenannten „ungesetzlichen Kombattanten“. Dies sind Kämpfer, die sich, ohne zu den Streitkräften zu gehören (und meist auch, ohne offen Waffen zu tragen), an Feindseligkeiten beteiligen – aber eben unter der Voraussetzung, dass *wirklich* „Krieg“ ist. Und das war bei den Anschlägen vom 11. September nicht der Fall: Krieg ist, völkerrechtlich betrachtet, eine Auseinandersetzung zwischen Staaten und nicht die innerstaatliche Terrorbekämpfung. (Falls diese dazugehört, leben wir seit dem 9/11 auf der ganzen Welt im Krieg; und George W. Bushs Begriff von „Krieg“ wäre tatsächlich *wirklich* geworden.).

die am meisten verbreitete sein. Zum Beispiel nimmt die Rechtsprechung an, dass ein Verstoß gegen „Denkgesetze“ einen Revisionsgrund darstellt.¹⁰

- 6 Nach inzwischen wohl überholter Auffassung sollte dies nur gelten, wenn der Denkfehler die Tatfrage betrifft (s.o. § 2 Rn. 8–9), also die Frage: was ist tatsächlich geschehen? Bei der rechtlichen Würdigung (s.o. § 2 Rn. 10–17) hielt man Denkfehler also nicht ohne weiteres für revisibel. Jedoch kann die Abgrenzung von Tatfrage und Rechtsfrage schwierig sein, etwa bei der Auslegung von Willenserklärungen (vgl. § 14 Rn. 82) oder – methodologisch besonders interessant – bei der Subsumtion (s.u. § 9 II). Nach richtiger Auffassung können daher Verstöße gegen die Denkgesetze „bzw.“ die Regeln der Logik sowohl bei der Tatfrage als auch bei der Rechtsfrage im Wege der Revision gerügt werden.¹¹

III. Mathematische Logik (Logik als „Sprache“, als Zeichensystem)

- 7 Die dritte Epoche versteht Logik als die Lehre von der Folgerichtigkeit einer (formalen) *Sprache* – besser sollte man wohl sagen: eines *Zeichensystems*, denn diese dritte, „moderne“ Logik arbeitet mit mathematischen Symbolen und hat sich zu einer eigenen Spezialdisziplin ausdifferenziert. Als ihr Begründer gilt der Wismarer Mathematiker Gottlob Frege (1848–1925) mit seiner „Begriffsschrift“ von 1879.¹² Ein weiterer Vertreter ist Rudolf Carnap (1891–1970), die berühmtesten Namen sind sodann Bertrand Russell (1872–1970) und Ludwig Wittgenstein (1889–1951), bei dem es allerdings schon wieder ins Ontologische abdriftet („Die Logik erfüllt die Welt; die Grenzen der Welt sind auch ihre Grenzen“¹³).

In der Juristischen Methodenlehre haben vor allem *Koch/Rüßmann* und *Herberger/Simon* diese Art der Logik fruchtbar zu machen versucht (s.o. § 1 Rn. 27). Wohl als erster hat *Ulrich Klug* (1903–1993) sie rezipiert: „Juristische Logik“ (Berlin etc. 1951, 4. Aufl. 1982). Bedeutende Fortführung: *Jürgen Rödig*, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz* (Berlin etc. 1969).

Bereits erwähnt wurden (in § 3 Rn. 3) das aktuelle Standardwerk von *Jan C. Joerden* (2. Aufl. 2010) und die knappe Einführung von *Aichele/Meier/Renzikowski/Simmert* (2015).

10 Siehe etwa *Wolfgang Krüger*, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Zivilprozessordnung), 6. Aufl., München 2020, § 546 Rn. 5; *Peter Rackow*, in: Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 337 StPO (Strafprozessordnung) Rn. 9–12.

11 Besonders klar *Michael Eichberger/Joachim Buchheister*, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht*, Band VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung), München, Stand März 2023, § 137 VwGO Rn. 91 f.

12 Über ihn *Willard Van Orman Quine*, *Grundzüge der Logik* (orig. *Methods [!] of Logic*, 1964), 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1993, S. 9 (erster Satz): „Logik ist ein altes Gebiet, und seit 1879 ist es zu einem großen geworden.“

13 *Ludwig Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*. Logisch-philosophische Abhandlung (1921/22), Frankfurt a.M. 1963, Satz 5.61; zuvor der berühmte Satz 5.6: „Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt“ (Hervorhebung im Original).

IV. Pragmatistische Logik (Folgerichtigkeit des Handelns)

Für Juristen liegt im Grunde eine vierte Variante der Folgerichtigkeit auf der Hand: die Folgerichtigkeit des *Handelns* (man kann dies ein *pragmatistisches* Logikverständnis nennen); Wenn ich den Fall X nach dieser Regel entscheide, darf ich den Fall Y, der genauso liegt, nicht anders entscheiden. 8

In der Fachphilosophie kommt diesem Logikverständnis am nächsten wohl die sogenannte „Erlanger Schule“ von *Paul Lorenzen* (1915–1994) und *Wilhelm Kamlah* (1905–1976), am allernächsten die „Logisch-pragmatische Propädeutik“ (2001) ihres Schülers *Peter Janich* (1942–2016).¹⁴

Johann Braun (geb. 1946) zitiert in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft ein Gedicht eines gewissen Michael Richey (1678–1761).¹⁵ Die Handlung spielt im 18. Jahrhundert, und der Dichter kritisiert die damaligen Patrimonialgerichte, in denen die Gutsherren („Junker“) über ihre Untergebenen zu Gericht saßen. Es erscheint nun ein Bauer vor seinem Junker und trägt vor, sein Hund habe dessen Kuh gebissen. Der Junker verurteilt ihn „von Rechtens wegen“ zu einem saftigen Schadensersatz – aber dann korrigiert sich der Bauer: 9

„Ach nein, gestrenger Herr, ach höret!“,
Rief ihm der Bauer wieder zu,
„Ich bracht es nur aus Angst verkehret,
Denn *euer* Hund biss *meine* Kuh.“
Da hieß der Spruch Herrn Alexanders:
„Ja, Bauer, das ist ganz was anders!“

Dass dies logisch-pragmatistisch falsch ist, liegt auf der Hand: Der Gutsherr verwendet den Begriff „Schadensersatzpflicht wegen Delikts“ willkürlich mal so, mal so.

14 *Peter Janich*, Logisch-pragmatische Propädeutik, Weilerswist 2000. Janich hätte das Werk am liebsten sogar „Pragmatisch-logische Propädeutik“ genannt (S. 23, 215). Erstaunlich, dass Janich den amerikanischen Pragmatismus nicht erwähnt.

15 *Johann Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Tübingen 2011, S. 67.

§ 5 Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“)

- 1 Wir haben schon gesehen, dass man die Logik seit der Logik von Port-Royal in die Lehren vom Begriff, vom Urteil und vom Schluss untergliedert (§ 1 Rn. 12). Genauer, weil weniger psychologisch besetzt, sollte man statt von „Urteil“ von „**Aussage**“ sprechen. Und statt des Wortes „Schluss“ sollte man, um den dynamischen Charakter der Logik zu unterstreichen (*working logic*), die Bezeichnung „**Schlussfolgerung**“ verwenden. Sie ist je nach Kontext mehr oder weniger gleichbedeutend mit dem logischen Fachausdruck Syllogismus, dem wir in der Rhetorik schon begegnet sind (s.o. § 2 Rn. 20–27 und unten Rn. 91–95).

Bereits hier zeigt sich, dass man offenbar unterscheiden muss – und kann! – zwischen der „Sache selbst“ und der Formulierung (dazu sogleich mehr unter I). Es ist zum Beispiel dasselbe, wenn man sagt „it is cold“ oder „il fait froid“.¹

Und bereits hier eine Assoziation: Deshalb gibt es im Juristischen für Rechtsbegriffe oftmals keine genauen Definitionen, sondern eine Reihe² von Umschreibungen.³

- 2 Wir müssen im Folgenden die Lehren vom „Begriff“, vom „Urteil“ und vom „Schluss“ nicht in allen Einzelheiten betrachten, auf Einiges werden wir an passenderer Stelle zurückkommen. Hier kommt es zunächst nur darauf an zu skizzieren: Die Logik ist ein dynamisches System, das letztlich die Folgerichtigkeit des Handelns zum Thema hat und in das auch Wertungen „immer schon“ eingebunden sind (sie liegen der Logik also nicht etwa unkritisch voraus). Methodologisch führt dies zu drei Grundannahmen, vielleicht sind es sogar Postulate (Forderungen):

- Begriffe sollten *klar* sein.
- Deskriptive Aussagen können „*wahr* oder *unwahr*“ sein, normative Aussagen („Werturteile“) können „*richtig* oder *falsch*“ sein.
- Schlussfolgerungen ermöglichen es, eine *Begründung* zu liefern – um mit ihr die Wahrheit von Aussagen bzw. Richtigkeit von Werturteilen zu überprüfen, d.h. zu untermauern oder zu widerlegen.

1 Siehe *Charles Sanders Peirce*, *How to Make Our Ideas Clear* (1878), in: CP 5.404 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 404); deutsch in: *Charles S. Peirce*, *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1976, Neudruck 1991, S. 200.

2 Ein schönes Bild von *Jan Schapp*, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend, beschreibt das Gesetz als Regelung einer „Fallreihe“: Wir müssen uns in jedem zu entscheidenden Fall in die Tradition des Gesetzes einordnen und sie zugleich fortschreiben. Dies ähnelt durchaus der Metapher von der *chain novel*, mit der *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, London 1986, S. 228–238, das Problem der Bindung an das Recht vielleicht nicht löst, aber schön illustriert.

3 Siehe etwa die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu den Begriffen „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“ (Art. 14 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 2 GG), dazu unten § 15a Rn. 31–40; und schon *Joachim Lege*, *Zwangskontrakt und Güterdefinition*. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1993, S. 36–60.

Beginnen wir gleich mit einem rechtlichen Beispiel:

3

Wie ist, rechtlich betrachtet, der Begriff „Mensch“ zu bestimmen? Und ist dann die rechtliche Aussage

„Bereits die extrakorporal (außerhalb des Körpers) befruchtete menschliche Eizelle ist ein ‚Mensch‘ im Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde)“⁴

– ist diese Aussage richtig oder falsch? Sie ist richtig, wenn man den Begriff „Mensch“ in diesem Kontext wie folgt definiert: „alle Organismen, die ein komplettes Genom der Spezies *homo sapiens* enthalten“⁵. Dann ergibt sich die gültige Schlussfolgerung: „Schon die befruchtete menschliche Eizelle enthält ein komplettes Genom der Spezies *homo sapiens*, also ist sie ein Mensch“ (zur Analyse dieser Schlussfolgerung siehe unten Rn. 93).

Aber sollte man auch in dieser Weise definieren? Das hängt davon ab, was sich aus diesem Begriff von „Mensch“ an weiteren Aussagen schlussfolgern lässt. Denkbar ist etwa,⁶ mit Bezug auf die Würde des Menschen:

4

Ein heterosexuelles Paar, das zu 70 Prozent befürchten muss, ein erbkrankes Kind zu bekommen, muss entweder dieses Risiko eingehen oder auf Kinder verzichten. Zwar gäbe es die Möglichkeit,

- außerhalb des Körpers der Frau *in vitro* (= im [Reagenz-]Glas⁷) eine Eizelle künstlich zu befruchten (In-Vitro-Fertilisation),
- sodann diese extrakorporal befruchtete Eizelle daraufhin zu untersuchen, ob eine „schwerwiegende Erbkrankheit“⁸ vorliegt (sogenannte Präimplantationsdiagnostik – PID),
- und dann diese befruchtete Eizelle eben nicht in den Uterus der Mutter einzupflanzen.

Aber dann müsste dieser „Embryo“ (wie das Gesetz ihn nennt⁹) letztlich vernichtet werden. Wollen wir das? Oder sind wir der Meinung, dies verstöße gegen die Menschenwürde (bei entsprechender Definition, die man wiederum begründen muss).

Wie auch immer, es zeigt sich erneut (s.o. § 3 Rn. 36–40): „Juristisches Denken“, vom Begriff über die Aussage bis hin zur Schlussfolgerung, geschieht immer auch vom Ergebnis her.

5

Immer.

4 Art. 1 Absatz 1 des Grundgesetzes lautet bekanntlich: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

5 Ähnlich Christian Hillgruber, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) zum Grundgesetz, Stand 15.08.2023, Art. 1 Rn. 3 f., der „jedem Wesen der Gattung ‚Mensch‘ ab dem „Zeitpunkt der Befruchtung, d.h. der Verschmelzung der Vorkerne“ die Würde zuspricht.

6 Zu dieser Problematik schon Joachim Lege, Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Martin Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin etc. 2003, S. 669–805 (748–755).

7 Es ist natürlich kein Reagenzglas, sondern eine (in der Regel gläserne) Petrischale.

8 So die Formulierung im sog. Embryonenschutzgesetz, siehe § 3a Abs. 2 ESchG.

9 Biologisch richtig wäre der Begriff „Zygote“.

I. Das Potential von (Rechts-) Begriffen: Klarheit

1. Begriff und Terminus

- 6 Was ein Begriff ist, ist eine schwierige Frage. Klar ist, dass man ihn nicht mit seiner Bezeichnung (dem Terminus, dem Wort, dem Fachausdruck) verwechseln darf.

Das Wort „Enteignung“ zum Beispiel bezeichnete in der deutschen Jurisprudenz bis zur Nassauskiesung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ zwei völlig verschiedene Eingriffe in das Eigentum: erstens die, wie es in der Schweiz¹¹ heißt, „formelle“ Enteignung (z.B. Übertragung des Eigentums an einem Grundstücks auf den Staat, damit dieser dort eine Autobahn bauen kann); zweitens die in Schweizer Diktion „materielle“ Enteignung (z.B. wird dem Eigentümer eines Seegrundstücks der Bau eines Bootsstegs untersagt, weil der Schilfgürtel unter Naturschutz gestellt wurde¹²).

- 7 Dass es *wirklich* zwei verschiedene Begriffe sind, zeigt sich spätestens dann, wenn sich an sie – im deutschen Recht – unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen: Bei der „echten“, also formellen Enteignung *muss stets* entschädigt werden (Art. 14 Abs. 3 GG). Bei der „materiellen“ Enteignung, die in Wahrheit eben keine Enteignung ist, sondern eine den Eigentümer belastende Bestimmung von Inhalts- und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) – bei dieser belastenden Inhalts- und Schrankenbestimmung *kann* – unter Umständen, d.h. je nach Lage des Falls – eine Entschädigungspflicht bestehen.¹³ Insoweit kommt es darauf an, wie intensiv die Beeinträchtigung den Eigentümer trifft.¹⁴ Es kann durchaus geschehen, dass er leer ausgeht.

Aber ich greife schon vor.

2. Definitionen des Begriffs „Begriff“ (und das semiotische Dreieck)

- 8 Wenn man vom Verständnis von Logik als Sprache ausgeht (§ 4 Rn. 7), kann man den Begriff „Begriff“ definieren als die kleinste bedeutungstragende logische Einheit¹⁵ – damit ist noch nicht viel gewonnen. Immanuel Kant versteht unter „Begriff“ die

10 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 58, S. 300). Dazu Joachim Lege, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: Juristenzeitung (JZ) 2011, S. 1084–1091.

11 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rn. 2069–2156a, 2157–2214 (2176–2202).

12 BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band 94, S. 1).

13 Klassischer Fall: BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981) – sogenannte ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung.

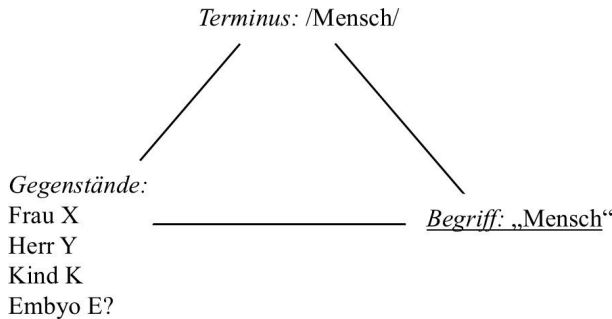
14 Dies ist offenbar auch *gemeint*, wenn es in Art. 26 Abs. 2 der Schweizer Bundesverfassung heißt: „Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die *einer Enteignung gleichkommen*, werden voll entschädigt“ (Hervorhebung J.L.).

15 In Anlehnung an Erich Tugendhat/Ursula Wolf, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983, S. 20.

Vorstellung dessen, was mehreren Objekten gemeinsam ist¹⁶ – das steht, wie man sieht, ganz in der psychologischen Tradition (§ 4 Rn. 5) der cartesischen Logik („cartesisch“ ist das Adjektiv zu Descartes). Als heute wohl herrschende Meinung¹⁷ in der Fachphilosophie kann man anführen:

Ein **Begriff** ist die *Bedeutung* eines Terminus¹⁸ (z.B. eines Wortes) im Hinblick auf einen Gegenstand. Veranschaulicht im sogenannten semiotischen Dreieck¹⁹ (Semiotik ist die Lehre von den Zeichen²⁰):

9



Man sieht sofort: Zwischen dem Zeichen /Mensch/ und dem Bezeichneten besteht zunächst einmal gar keine Verbindung. Man könnte alle Menschen auch „Jodok“ nennen (Nominalismus!).²¹ Die *Verbindung* zwischen dem Sprachzeichen „Mensch“ und den

16 Immanuel Kant, Logik (1804), § 1, in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VI, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1982, S. 521.

17 In der Rechtswissenschaft ist die „herrschende Meinung“ ein wichtiges Argument – sie entspricht dem *impact factor* (wie oft wird ein Autor oder eine Zeitschrift zitiert?) im heutigen Wissenschaftsbetrieb. Und natürlich wird auch die „h.M.“ gelegentlich manipuliert. Klassisch Uwe Wesel, hM, in: Kursbuch 56 (1979) – Unser Rechtsstaat, S. 88–109; aus neuerer Zeit Martin Rath, Schluss der Debatte mit zwei Buchstaben, in: Legal Tribune Online [lto], 23.10.2011 [lto.de <1.11.2022>).

18 Ursprünglich hatte ich geschrieben: „eines Zeichens“. Zeichen sind aber nicht nur Einzelzeichen wie Wörter, sondern auch zusammengesetzte Zeichen wie Sätze oder Syllogismen – Peirce nennt diese drei Arten *Rhema* (oder auch *Term*), *Dicizeichen* (oder auch *Proposition*), *Argument* (mit den Unterfällen Deduktion, Induktion und Abduktion); Einzelheiten mit Nachweisen bei Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 234.

19 In der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie wie auch in den Sprachwissenschaften ist das semiotische Dreieck – allerdings in verschiedenen Versionen – ein ziemlich alter Hut, z.B. Karlfried Knapp et al. (Hrsg.), Angewandte Linguistik, 2. Aufl. Tübingen etc. 2007, S. 461, übrigens mit Verweis auf die DIN 2342! Skeptisch aber Umberto Eco, Einführung in die Semiotik (1972), 5. Aufl. München 1985, S. 89: „äußerst schädliches Schema.“ – In den gängigen juristischen Methodenlehren wird das semiotische Dreieck meist nicht einmal erwähnt. Der Klassiker Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 4 I, spricht immerhin von „Wörter[n] als Zeichen für Vorstellungen“ – was freilich „die Welt da draußen“, auf die die Zeichen verweisen, „außen vor“ lässt. Mitgeteilt wird das semiotische Dreieck von Olaf Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 2020, § 5 Rn. 13, allerdings spricht auch er von „Vorstellung“ statt von „Begriff“.

20 Ausführlicher dazu Lege, Pragmatismus (Fn. 18), S. 213–242; zur Peirce’schen Fassung des Dreiecks S. 226–231.

21 Vgl. Peter Bichsel, Jodok läßt grüßen, in: Peter Bichsel, Kindergeschichten, München 1969, S. 74–82.

einzelnen Exemplaren der Menschheit stellt erst der *Begriff* her, aber wie? Rein geistig, durch eine „Wesensschau“ dessen, was einen Menschen ausmacht? Wie sieht es dann aber beim Embryo E aus, der sich noch außerhalb eines Uterus in der Tiefkühltruhe befindet? Ist das *wirklich* schon ein „Mensch“? Und was folgt daraus *praktisch*?

Man sieht, nebenbei, dass sich eine realistische („ontologische“) Konzeption von Logik wohl nicht völlig vermeiden lässt (§ 4 Rn. 2) – auch wenn sie sich letztlich als pragmatistisch herausstellen wird (§ 4 Rn. 8).

3. Die Klärung von Begriffen („How to Make Our Ideas Clear“)

- 10 Damit sind wir bei der Frage, wie man einen Begriff *klären* kann, und zwar gerade dann, wenn er – wie es juristischem Alltag entspricht – umstritten ist. Insofern hat der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839–1914) drei Stufen der Klarheit unterschieden.²²

a) Intuitionen („Vertrautheit mit einer Idee“)

- 11 Die erste Stufe bezeichnet Peirce als „Vertrautheit mit einer Idee“²³ – man wird dies im Wesentlichen gleichsetzen können mit dem, was er unter „Intuition“ versteht („eine Erkenntnis, die nicht von vorhergehenden Erkenntnissen [logisch] bestimmt ist“²⁴). Oder mit Descartes gesagt (gegen den Peirce sich wendet): Intuition ist eine subjektive Gewissheit, die keinen Zweifel zulässt: „Natürlich“ ist auch der Embryo schon ein Mensch! – sagen die einen. Die anderen: „Natürlich“ ist er es noch nicht! Diese Stufe der Klarheit entspricht, nach Peirce, dem *clare et distincte* von Descartes (s.o. § 1 Rn. 6).

Und es entspricht wohl auch, in der juristischen Methodenlehre, dem Ansatz von Karl Larenz' „wertorientiertem Denken“ (s.o. § 1 Rn. 23): „Natürlich“ war für ihn – in der Zeit des Nationalsozialismus – „der Führer“ die oberste Rechtsquelle!²⁵

b) Abstrakte Definitionen

- 12 Die zweite Stufe der Klarheit sind abstrakte Definitionen. Man kann zum Beispiel definieren: „Mensch“ ist jedes Wesen der Gattung „Mensch“²⁶ oder genauer: jeder Organismus, der aus Zellen mit dem menschlichen Genom besteht – auch wenn es erst eine einzige Zelle ist (die sich dann, wie es Böckenförde für das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, bereits „als“ Mensch entwickelt, nicht erst „zum“ Menschen²⁷).

22 Der Aufsatz heißt „How to Make Our Ideas Clear“ (1878), in: CP 5.388 – 410 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 182–214.

23 Peirce, How to Make, in: CP 5.389 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 182 f.l.

24 Charles Sanders Peirce, Questions Concerning Certain Faculties Claimed for Man (1868), in: CP 5.213, 259–263 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 13, 33–36.

25 Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 22, 34, 44: Recht ist der Gemeinwille, der auf die konkrete Rechtsidee gerichtet ist. Dieser Gemeinwille ist verkörpert im Führer, „der nicht einer an ihn gerichteten Norm, sondern dem Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut geworden ist, [gehört]“.

26 So Hillgruber, in: Epping/Hillgruber (Fn. 5), Art. 1 Rn. 3.

27 BVerfGE 88, 203 (252) – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

Gegenposition: „Mensch“ ist ein solcher Organismus erst dann, wenn er den ersten Schritt zu einem selbstständigen „Leben“ getan hat – was anscheinend erst, aber auch schon mit Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter (Nidation) der Fall ist.²⁸ Dritte Position: Von einem vollständigen „Menschen“ – statt von einem menschlichen Embryo – kann man erst sprechen, sobald die Eröffnungswehen einsetzen.²⁹ Ab diesem Zeitpunkt ist es Totschlag, wenn man das Kind tötet.

§ 212 StGB – Strafgesetzbuch – lautet: „Wer einen Menschen tötet (...), wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“

Es ist mir, nebenbei, unverständlich, dass man die Formulierung „als Totschläger“ nicht längst gestrichen hat. Sie bringt erstens in der Sache offensichtlich *nichts*, und sie ist zweitens ein Relikt der nationalsozialistischen Ideologie mit ihrer Lehre von Menschentypen und -rassen, die unabänderlich ihren je eigenen Wert oder Unwert haben: Arier, Juden; Mörder, Totschläger; Volksgenossen oder Volksschädlinge, die man ausmerzen muss. Et cetera.

Der Nachteil dieser Definitionen: Sie helfen nicht weiter, wenn ein neuer Fall auftaucht – ein Fall, bei dem es zweifelhaft ist, ob er diesem Begriff (noch oder schon) zuzuordnen ist oder nicht. In unserem Beispiel würde man als Jurist sagen: Beim Embryo, genauer bei der Zygote³⁰ im Tiefkühlschrank, sind alle drei Definitionen „vertretbar“ (zu dieser Kategorie unten § 33 II). Welche davon die „richtige“ ist (zu dieser Kategorie s.o. § 3 Rn. 41–42, unten Abschnitt II und später § 30), bleibt vorerst offen.

13

c) Die pragmatische Maxime: Ein Begriff ist, was aus ihm folgt (Ch. S. Peirce)

Wann also ist ein Mensch ein Mensch? Der bereits genannte Charles Sanders Peirce hat zur Klärung von Begriffen eine „dritte Stufe der Klarheit“ vorgeschlagen, die man in Kurzform so fassen kann:

14

Ein **Begriff** ist alles, was aus ihm folgt.

Peirce selbst hat dies allerdings – bewusst – sperriger formuliert und selbst als „pragmatische Maxime“ bezeichnet:

15

„Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.“³¹

Auf deutsch – bewusst ebenso sperrig:

„Überleg, welche Wirkungen, die vorstellbar-praktische Effekte haben könnten, wir uns bei dem Gegenstand unserer Vorstellung vorstellen, dass er sie hat. Dann ist unsere Vorstellung dieser Wirkungen das Ganze unserer Vorstellung des Gegenstands“ (meine Übersetzung).

28 BVerfGE 39, 1 (37) – Schwangerschaftsabbruch I (1975).

29 Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, vor § 211 Rn. 13; BGHSt 32, 194 (196) – Karrertunnel (1983) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band 32, S. 194); der Täter hatte seine Ehefrau nach Beginn der Eröffnungswehen einen Abhang hinabgestoßen; auch die Frau kam zu Tode.

30 Siehe Fn. 9.

31 Peirce, How to Make, in: CP 5.402 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 195.

- 16 Die Formulierung ist deshalb so sperrig – fünfmal „vorstellen“, „Vorstellung“, „vorstellbar“ – weil Peirce klar machen will: Es gibt keinen *unmittelbaren*, d.h. logik-unabhängigen Weg von unserem „Denken“ in unserer Innenwelt zu den Dingen „an sich“³² in der Außenwelt und unserem **Begriff** von ihnen. Sachlich gehaltvoll wird es erst, wenn man sich vorstellt, was praktisch – also für unser *Handeln* – aus dieser Vorstellung folgt. Aber das ist dann auch alles, was man wissen kann.

Wenn man weiß, wie Kraft *wirkt*, weiß man auch, was Kraft *ist*.³³

- 17 Oder man denke nochmals an die Zygote und ob sie ein „Mensch“ ist: Was folgt daraus, dass man sich vorstellt, sie sei ein Mensch im Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde)?

Nach verbreiteter Meinung in der Rechtswissenschaft: Die Präimplantationsdiagnostik (PID) müsse verboten werden – so wie dies in § 3a Abs. 1 ESchG auch geschehen ist. Umstritten bleibt, ob die Ausnahmen von dem Verbot, die in den Absätzen 2 und 3 der Vorschrift vorgesehen sind, nicht doch die Menschenwürde verletzen.³⁴

4. Begriffe als geronnene Regeln („Knotenpunkte“, Lübbe-Wolff)

- 18 Was aber ist nun dieses Handeln (*practice*), auf das die Pragmatische Maxime verweist? Wenn man Peirce folgt, kann von Praxis – im Gegensatz zu einem bloßen Sich-irgendwie-verhalten – erst dann die Rede sein, wenn dieses Verhalten, mehr oder weniger reflektiert, einer Regel³⁵ folgt. Oder mit anderen Worten: wenn es auf einer Verhaltensgewohnheit (*habit*) beruht oder diese auch erst begründet. Erst dann kann man sagen, dass man wirklich weiß, was ein Begriff bedeutet, erst dann hat man ihn wirklich geklärt und eine wirkliche Überzeugung (*belief*) gewonnen:

„The essence of belief is the establishment of a habit.“³⁶

- 19 Nun ist allerdings leicht zu sehen: Bei der Betrachtung dessen, was ein Begriff und eine Gewohnheit bedeuten, kann man nicht *allein* auf die Folgen (*consequences, practical*

32 Peirce war Kantianer, für ihn kann daher selbstverständlich das „Ding an sich selbst“ nicht erkannt werden, siehe nur *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 45 (fachphilosophische Abkürzung: KrV B 45); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

33 Peirce, How to Make, in: CP 5.404 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 200 f.

34 Am klarsten in diesem Sinn *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 5), Art. 1 Rn. 25; kritisch auch *Ralf Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl., München 2022, ESchG § 3a, Rn. 25–27; am klarsten ablehnend *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 79: Zulassung der PID ist kein Verstoß gegen die Menschenwürde. – Eine vermittelnde Meinung versteht Art. 1 Abs. 1 GG in einem doppelten Sinn: Als subjektives *Abwehrrecht* kommt die Würde „dem Menschen“ erst ab der Nidation zu (oder noch später), als objektives *Prinzip*, das der Gesetzgeber bei einer Abwägung zu berücksichtigen hat, bereits ab Verschmelzung der Zellkerne (Befruchtung), siehe *Hans D. Jarass/Bodo Piero*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München 2022, Art. 1 Rn. 8–9.

35 Was das *unbewusste* Handeln angeht, so folgt es natürlich ebenfalls „Gesetzen“, nämlich Gesetzen der Biologie, der Physik (Gehirnströme) und der Chemie (Hormone) – vielleicht sogar der Psychologie? –; vgl. schon den ersten Satz bei *Kant*, Logik (Fn. 16), Einleitung (S. 432): „Alles in der Natur, sowohl in der leblosen als auch in der belebten Welt, geschieht *nach Regeln*, ob wir gleich diese Regeln nicht immer kennen“ (Hervorhebung im Original).

36 Peirce, How to Make, in: CP 5.398 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 191.

bearings) schauen. Selbstverständlich muss man auch, weil dies der Ausgangspunkt ist, deren Voraussetzungen im Blick haben. Gertrude Lübke-Wolff hat Begriffe deshalb einmal sehr treffend als „Knotenpunkte“ ihrer Voraussetzungen und Folgen bezeichnet.³⁷

Insofern bedarf die Pragmatische Maxime also einer Ergänzung.

Geht man noch einen Schritt weiter, kann man das „Wesen“ von Begriffen sogar darin sehen, dass sie *nichts anderes* sind als ein Kürzel für eine *Regel* – eine Regel, die eben diese Folgen und jene Voraussetzungen (*conditiones*) in einem Konditionalsatz („wenn – dann“) zusammenfasst.³⁸ Schon Kant schreibt in der Kritik der reinen Vernunft (natürlich noch im Geist einer psychologisch fundierten Logik, vgl. § 4 Rn. 5):

20

„Der Begriff vom Hunde bedeutet eine *Regel*, nach welcher meine Einbildungskraft die Gestalt eines vierfüßigen Tieres allgemein verzeichnen kann, ohne auf irgendeine einzige besondere Gestalt, die mir die Erfahrung darbietet, oder auch ein jedes mögliche Bild, was ich in concreto darstellen kann, eingeschränkt zu sein“ (Hervorh. J.L.).³⁹

Ganz ebenso bedeutet dann der Begriff „Mensch“ – als *Rechtsbegriff* – im Hinblick auf eine befruchtete menschliche Eizelle (Zygote, „Embryo“):

21

„Wenn du eine befruchtete Eizelle vor dir hast, dann darfst du an ihr – grundsätzlich – keine Präimplantationsdiagnostik (PID) vornehmen.“

In anderen Kontexten hingegen kann es völlig gleich sein, ob man die Zygote als „Menschen“ bezeichnet oder als „menschliche Zelle“ – wenn und weil es dort keinen praktischen Unterschied *macht* (keine *difference that makes a difference*⁴⁰). Einen Fortpflanzungsmediziner interessiert nur, dass er die befruchtete Eizelle (Zygote), wenn alle *medizinischen* Voraussetzungen (*conditiones*) stimmen, mit Aussicht auf eine erfolgreiche Schwangerschaft in einen Uterus einpflanzen kann.

Mehr muss uns, wenn wir im Recht von einem Menschen oder in der Medizin von einer Zygote sprechen, nicht „klar sein“.

II. Das Potential von Aussagen (auch im Recht): Wahrheit bzw. Richtigkeit

Vorbemerkung

Der nun folgende Abschnitt II wird dem Leser einiges an Geduld und Flexibilität abverlangen. Er enthält nämlich zum einen recht Simplex zur Lehre von „Satz“ (oder

22

37 Gertrude Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg i.Br. etc. 1981, S. 40–60.

38 Von einer „Verschränkung“ von Regel- und Begriffsbildung spricht Lübke-Wolff (Fn. 37), S. 45 – und bringt als Beispiel Savignys berühmtes Buch vom „Recht des Besitzes“ (1803). Ich selbst habe dieses Buch einmal als ein gelungenes Beispiel pragmatistischer Methode bezeichnet, siehe Joachim Lege, Über Spiegel und Rahmen: Ein Resümee und zwei Standortbestimmungen, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 483–485. Genaueres dazu unten § 19 I.

39 Immanuel Kant, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 181; die 1. Auflage wird mit „A“ zitiert); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. – Allerdings versteht Kant hier unter „Regel“ nicht explizit eine Wenn-dann-Struktur, vielmehr „eine verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele“, die uns – wie ich interpretiere – per Induktion (dazu § 6 II) die vielen einzelnen Hunde „auf den Begriff“ bringt.

40 Formulierung von Gregory Bateson, Steps to an Ecology of Mind (1972), deutsch: Ökologie des Geistes, Frankfurt a.M. 1985, S. 582, auch 488 f. – Bateson war offenbar Peirceaner.

„Urteil“ oder „Aussage“), zum anderen aber auch recht Schwieriges zu Themen, die damit zusammenhängen – ich will sie einmal die **drei großen W** nennen: Werturteile, Wirklichkeitsbezug, Wahrheit.

Die eher trivialen⁴¹ Themen sind:

- Begriff der Aussage (im Unterschied zum „Satz“) und zwei Arten von Aussagen (über Tatsachen und über „Werte“), dazu unter 1 und 2;
- logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen, zum Beispiel das „Normenquadrat“ (unter 5);
- Aussagen als Bestandteil von Schlussfolgerungen (unter 7).

Die eher schwierigen Themen will ich in drei „**Inkursen**“ behandeln⁴² – ich will sie der Anschaulichkeit halber als „Tiefbohrungen“ bezeichnen. Der erste Inkurs (unter 3) wird die schon geäußerte These vertiefen (§ 3 Rn. 28–31), dass **Werturteile** der Logik nicht vorausliegen, sondern *immer schon* in sie eingebunden sind. Der zweite Inkurs (unter 4) wird das, worin sie und auch alle anderen Aussagen immer schon eingebunden sind, als **SINNZUSAMMENHÄNGE** bezeichnen; mit deren Hilfe will ich zeigen, dass es die scheinbare „Kluft“ zwischen Recht und **Wirklichkeit** in Wahrheit nicht gibt (sie ist ein Produkt schlechter Metaphysik).⁴³ Der dritte Inkurs (unter 6) wird schließlich danach fragen, was wir unter **Wahrheit** – oder allgemeiner: Richtigkeit – verstehen dürfen, gerade auch im Recht und in der Jurisprudenz.⁴⁴

- 23 Dies übrigens auch deshalb, weil nach Auffassung der NJML die **Gültigkeit der Logik**, „will man nicht in Tautologie verfallen“⁴⁵, darauf beruht, dass sich ihre formalen Strukturen im Hinblick auf eine äußere, **materiale Wahrheit**/Unwahrheit stets bewähren **würden**.⁴⁶ Wenn wir alle Menschen durchgezählt haben, wissen wir, dass sie alle – auch Sokrates – sterblich waren.

Aber beginnen wir nun mit dem Unproblematischen!

1. „Satz“ und „Aussage“ (und das semiotische Dreieck)

- 24 Mit dem Begriff „Regel“ (§ 5 Rn. 18–21) haben wir die Logik-Ebene des *Begriffs* bereits verlassen und uns auf die Ebene der *Aussagen* („Urteile“, Sätze) begeben. Aussagen werden geradezu dadurch definiert, dass sie Begriffe dergestalt zusammenstellen, dass man nach der *Wahrheit* oder allgemeiner: nach der *Richtigkeit* dieser Zusammenstel-

41 Zum „Trivium“ – als „Unterstufe“ der akademischen Bildung – siehe oben § 2 Rn. 34 (Nachwirken der Rhetorik).

42 Demgegenüber sind *Exkurse* Ausflüge ins Umland, die nicht nötig wären. Unbestrittener Meister des Inkurses in der juristischen Literatur war und ist Peter Häberle (geb. 1934).

43 Dazu schon oben § 3 Rn. 13.

44 Dazu schon oben § 3 Rn. 41 f. und unten § 30.

45 Anspielung auf *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Wieschedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, Rechtslehre, S. 31 f.: „§ B Was ist Recht? – Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder, statt einer allgemeinen Auflösung, auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit?* den Logiker.“

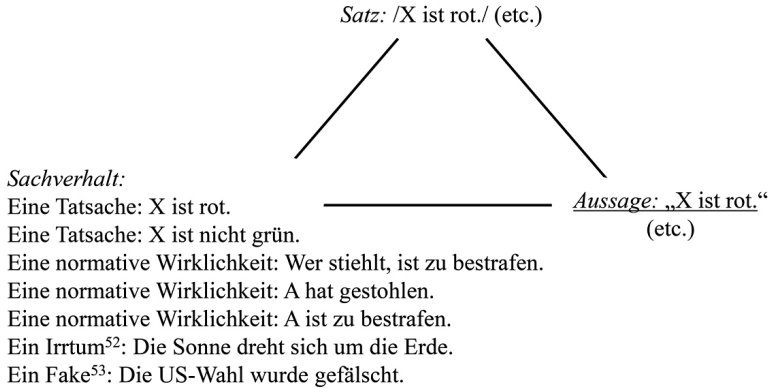
46 Siehe schon § 3 bei und in Fn. 39.

lung fragen kann.⁴⁷ Demgemäß unterscheidet man in der natürlichen Sprache die *Aussagesätze* von den Frage- und Ausrufesätzen.

Mit dem Bezug auf Wahrheit oder Richtigkeit wird nun aber offenbar auf etwas Bezug genommen, das sich *außerhalb* des Satzes (also der Sprache) und auch *außerhalb* der Aussage (also des „Gedankens“⁴⁸, der „Bedeutung“, der „Vorstellung“, des „Sinns“⁴⁹, den der Satz ausdrückt) befindet: auf einen Sachverhalt. *The truth is out there.*⁵⁰

Oder semiotisch, also zeichentheoretisch betrachtet (s.o. Rn. 9): Eine **Aussage** ist die *Bedeutung* eines Satzes (dieser ist das Zeichen⁵¹) im Hinblick auf einen Sachverhalt.

25



Wichtig ist nun zu sehen, dass dieser „Sachverhalt“ keineswegs eine *Tatsache* (ein Faktum, englisch *fact*) sein muss, also etwas, von dem man beweisen kann, dass es wirklich so oder so *ist* – oder eben auch nicht so ist (dann ist es *fiction* oder *fake* oder gar eine Lüge).

26

In der Antiken Gerichtsrhetorik wäre dies Gegenstand des *status coniecturalis* (§ 2 Rn. 9).

Es kann sich auch um eine *Norm* handeln, also um eine Vorschrift aus dem Themenkreis, wie sich Menschen oder auch Dinge (man denke an DIN-Normen!) verhalten *sollten*. In diesem Bereich stellen sich gleich zwei Fragen: erstens, ob die Norm *gilt* (Geltung ist die Art und Weise, wie Normen existieren⁵⁴); und zweitens, ob der Inhalt

47 Angelehnt an Tugendhat/Wolf, Propädeutik (Fn. 15), S. 23–25.

48 „Gedanke“ hier verstanden im objektiven Sinn: als der *geistige Gehalt*, den der Satz ausdrückt.

49 Vertiefend zur Terminologie Freges Tugendhat/Wolf, Propädeutik (Fn. 15), S. 26–30.

50 In der Popkultur erinnert dies an die amerikanische Fernsehserie „The X-Files“, deutsch „Akte X – Die unheimlichen Fälle des FBI“ (1993–2002, 2016–2018).

51 Einzelheiten siehe Fn. 18.

52 Auch dies nicht subjektiv verstanden, sondern objektiv: Irrtum als das, was *Gegenstand* des irrenden Gedankens und der irrenden Aussage ist.

53 Schade, dass man im Deutschen das Wortspiel von *fact* (Tatsache) und *fake* (Fälschung) nicht mitmachen kann.

54 Frei nach Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), S. 7, 22, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008, S. 21, 34. Worauf diese Geltung beruht – Macht? Richtigkeit? Autorität? Grundnorm? –

der Normaussage – z.B., dass A „gestohlen“ hat – normativ, d.h. wertungsmäßig, *richtig* ist.

In der Antiken Gerichtsrhetorik wäre letzteres ein Gegenstand des *status definitionis* (§ 2 Rn. 10).

- 27 Üblicherweise – das ist geradezu examensrelevantes Wissen – bezeichnet man diesen Gegensatz von Tatsachen und Normen (oder auch „Werturteilen“) als einen Dualismus von *Sein und Sollen*. Und der wichtigste (normative!) Satz dazu lautet dann: *Aus dem Sein folgt kein Sollen*.⁵⁵

Daraus, dass jemand eine Frau ist, folgt nicht, dass sie dem Manne untertan sein soll. Das muss dann schon extra in der Bibel stehen.⁵⁶

2. Deskriptive und präskriptive („normative“) Aussagen

- 28 Aussagen (oder Sätze oder „Urteile“) eröffnen also, wie wir gesehen haben, ein neues Potential: Sie können wahr oder falsch sein (Begriffe können dies noch nicht). Genau betrachtet sollte man den Begriff „wahr“ jedoch nicht für alle Aussagen bzw. Sätze verwenden, sondern nur für *deskriptive Sätze*, also Aussagen, die sich auf *Tatsachen* beziehen (Sachverhalte, die sich beweisen lassen).

Im Recht spielt die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und „Werturteilen“ bekanntlich vielfach eine Rolle. Zum Beispiel genießen die Abgeordneten des Bundestages Indemnität (Nichtstrafbarkeit) für alle Äußerungen, die sie im Bundestag oder einem seiner Ausschüsse getan haben – mit der Ausnahme *verleumderischer* Beleidigungen (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 GG – Grundgesetz). Und eine Verleumdung liegt vor, wenn jemand wider besseres Wissen eine unwahre *Tatsache* behauptet (die den Betroffenen verächtlich zu machen oder herabzuwürdigen geeignet ist, § 187 StGB – Strafgesetzbuch). Der berühmte Satz „Herr Präsident, mit Verlaub, Sie sind ein Arschloch“ (Joschka Fischer am 18. Oktober 1984 gegenüber Richard Stücklen als dem Präsidenten des Bundestages) war demnach nicht strafbar.

- 29 Demgegenüber kann man bei *präskriptiven Sätzen* bzw. bei *normativen Aussagen* nicht eigentlich von „Wahrheit“ sprechen, sondern nur – aber immerhin! – von „Richtigkeit“.

ist eine zweite Frage. *Urs Kindhäuser*, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 2 (1986), Sp. 812–814, spricht von Geltung als der „Seinsweise“ der Normen.

⁵⁵ Üblicherweise wird die Unterscheidung von „Sein und Sollen“ bzw. Tatsachen und Moral zurückgeführt auf *David Hume*, *A Treatise of Human Nature* (1789–1790), Buch III, Teil I, Abschnitt 1; deutsch: Ein Traktat über die menschliche Natur, Hamburg 1906, Nachdruck 1978, insbesondere S. 210 f. mit dem Beispiel eines absichtlichen Mordes. – Dass Sein und Sollen beiderseits nicht voneinander ableitbar ist – also auch nicht: „dass nicht sein kann, was nicht sein darf“ (Christian Morgenstern) – ist die Grundprämisse von *Hans Kelsen* „Reiner Rechtslehre“, wohl am klarsten gesagt in der 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1996, S. 196.

⁵⁶ Eph 5, 22–24 (Brief des Paulus an die Epheser [Betonung auf der ersten Silbe, weil es die Mitglieder der Gemeinde in der Stadt Éphesos in der heutigen Türkei waren]), 5. Kapitel, Verse 22 bis 24). Klassische Übersetzung: „Das Weib sei dem Manne untertan.“ Die revidierte Lutherbibel von 2017 übersetzt: „Ihr Frauen, ordnet euch euren Männern unter wie dem Herrn.“ In Eph 5, 25 ff. heißt es dann allerdings auch: „Ihr Männer, liebt eure Frauen (...)“.

Zu den Termini: Lateinisch *describere* bedeutet ganz wörtlich „beschreiben“, lateinisch *praescribere* bedeutet „vorschreiben“.

Die moralisch-ethische, wertungsmäßige Richtigkeit einer Aussage wie „Du sollst nicht töten, und wer es tut, ist zu bestrafen“ kann man nicht in derselben Art und Weise „beweisen“ wie die Tatsache, dass jemand betrunken Auto gefahren ist. Wohl aber kann man eine ganze Reihe von Argumenten finden, dass diese Aussage rechtlich und/oder moralisch-ethisch „richtig“ ist.

Das Ganze gilt übrigens auch für normative Aussagen im Einzelfall („Urteile“)⁵⁷: Wenn ein Gericht jemanden wegen Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – Strafgesetzbuch) zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt, kann dies *rechtlich richtig* sein. Das Gericht kann sich aber auch geirrt haben – sei es bei der Feststellung der Tatsachen (der Angeklagte war gar nicht betrunken) oder bei der rechtlichen Würdigung (es lag kein alkoholbedingter Fahrfehler⁵⁸ vor).

Richtig ist allerdings, dass man *über* normative Aussagen *wahre* Aussagen treffen kann. Wenn ich sage: In Deutschland gilt der Rechtssatz „Mord ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen“, dann lässt sich diese Behauptung durch einen Blick in das Strafgesetzbuch – dort § 211 – verifizieren.

30

3. Tiefbohrung I: „Werturteile“ (normative Aussagen) als Gegenstand der Logik

Zur Erinnerung: Wir kommen nun zum ersten der „Inkurse“ zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

Wenn nun, wie hier behauptet, normative Aussagen bzw. Werturteile „normativ richtig“ sein können – sagen wir die Aussage „Es ist geboten, sich einer geschlechtergerechten Sprache zu bedienen“ –, woran bemisst sich dann diese Richtigkeit? Die spontane Antwort nicht nur bei Juristen dürfte lauten: „Das ist keine Frage der Logik, sondern eine Frage der Wertung.“

31

Wirklich ein Zufallsfund im Internet: In den Unterrichtsmaterialien meines geschätzten ehemaligen Dresdener Kollegen Detlev Sternberg-Lieben heißt es zum Justizsyllogismus (siehe § 3 Rn. 6–7), bei ihm handele es sich um eine „scheinbar [!] rein logische Schlussfolgerung ohne Wertung“.⁵⁹

Demgegenüber lautet die These der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Auch Wertungen und Werturteile (normative Aussagen) sind Gegenstand der Logik. Sie

⁵⁷ Ein schönes Detail am Rande: *Hans Kelsen* versteht richtigerweise unter „Norm“ nicht nur – wie die deutsche Rechtswissenschaft – *Gesetze*, also abstrakt-generelle Aussagen, sondern auch konkret-individuelle Aussagen, etwa in Gestalt von Gerichtsurteilen oder Verwaltungsakten (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1996, z.B. S. 20, 121).

⁵⁸ Dazu etwa *Joachim Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., München 2020, § 316 Rn. 20 f.; nicht alkoholbedingt ist es z.B., wenn man auf einer gut beleuchteten Straße nur mit Standlicht fährt (Landgericht Potsdam, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* [NZV] 2005, S. 597).

⁵⁹ Leider habe ich die Fundstelle im Netz nicht notiert. Detlev Sternberg-Lieben hat mir das Skript „Zur Auslegung“ aber freundlicherweise per E-Mail zukommen lassen. – Das hervorgehobene „scheinbar“ bedeutet: nur zum Schein, in Wahrheit nicht. Demgegenüber würde „anscheinend“ bedeuten: allem Anschein nach wirklich so.

stehen nicht „außerhalb“, sondern sind ihr geradezu unterworfen⁶⁰ – jedenfalls dann, wenn man glaubt, man könne auch Werturteile einer rationalen Kritik unterziehen.

a) Können Werturteile überhaupt „richtig“ sein?

- 32 Die allererste Frage ist dann allerdings, ganz radikal, ob eine solch rationale Begründung überhaupt möglich ist. Wenn man dies verneint, kann die „Richtigkeit“ einer Wertung letztlich nur auf *Macht* beruhen – sei es nun die Macht einer behaupteten höheren Einsicht (man denke an das Unfehlbarkeitsdogma der katholischen Kirche⁶¹ oder an das Wahrheitsmonopol kommunistischer und sozialistischer Parteien⁶²), die Macht einer Mehrheitsentscheidung (in der Demokratie) oder auch die Meinungsmacht einer Minderheit (man denke an Platons „Drohnen“⁶³).

In der Rechtswissenschaft wäre ein *reiner* Positivismus eine reine Machttheorie.⁶⁴

- 33 Will man sich freilich nicht damit begnügen, dass „Werturteile“ nichts als Machtfragen sind, muss man davon ausgehen, dass man sie begründen kann und insbesondere die Berufung auf ein „Bauchgefühl“ als letzte Instanz nicht ausreichen kann – es wäre ebenfalls ein Sich-berufen auf nicht weiter hinterfragbare Einsicht. Also bleibt auch bei „Werturteilen“ nichts anderes übrig, als sie „logisch“ abzuleiten, und zwar aus *anderen* Werturteilen.

Das ist ja auch der Witz in Kelsens Reiner Rechtslehre: Normen können nur aus Normen abgeleitet werden.⁶⁵

Was das Bauchgefühl angeht: Im Licht der neueren Kognitionswissenschaften⁶⁶ hat es im sogenannten „System I“ durchaus seine Berechtigung. Wenn aber andere dieses

60 Mit anderen Worten: Die Logik gilt (*gilt!*) nicht nur für deskriptive Sätze, sondern auch für präskriptive („normative“) Sätze („Werturteile“), so auch etwa Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt/Main 1980, S. 34.

61 Es gilt (!) seit dem Ersten Vatikanischen Konzil 1870 unter dem damaligen Papst Pius IX. und betrifft nur Aussagen, die der Papst offiziell *ex cathedra* trifft, d.h. in seinem Lehramt für die Christenheit.

62 Siehe das „Lied der Partei“, das als Hymne der SED diente, mit dem Refrain „Die Partei, die Partei, die hat immer recht!“ und auch mit deutlichem Bekenntnis zu Lenin und Stalin. – Der Text war eine Weile auf der Website des Bonner Hauses der Geschichte zu finden, heute gelingt das nur noch auf einem Umweg: https://web.archive.org/web/20140822010952/http://www.hdg.de/lemo/html/dokumente/JahreDesAufbausInOstUndWest_liedtextSEDLied/index.html <02.11.2023>. Eine Schallplattenaufnahme, gesungen von Ernst Busch, findet man auf: <https://www.youtube.com/watch?v=TRGIQAUHqhM> <02.11.2023>.

63 In Platons „Politeia“ (Achttes Buch) geht die Demokratie daran zugrunde, dass die Armen (Demokratie ist bei Platon die Herrschaft der Armen) von unzufriedenen Wortführern, heute würde man sagen: von Populisten, gegen die Herrschenden aufgestachelt werden. Platon bezeichnet diese Aufstachler als „Drohnen“, das sind die männlichen Bienen, die auf Kosten der arbeitenden (weiblichen) Bevölkerung des Bienenvolkes aufgezogen werden und selbst zu nichts anderem als zur Fortpflanzung nützlich sind.

64 Alexander Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Katholisches Soziallexikon, 2. Aufl., Graz u.a. 1980, Spalte 2358–2362 (2360).

65 Am klarsten Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 57), S. 196: „Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.“

66 Dazu schon die Andeutung oben § 3 Rn. 44.

Gefühl nicht teilen, muss man entweder Macht⁶⁷ ausüben, vielleicht sogar Gewalt – oder ins „System 2“ wechseln: in das Reich rationaler Argumente. Genauer dazu unten § 35 Rn. 12–20.

b) Wertungen als erste Prädikate (wie Wahrnehmungen)

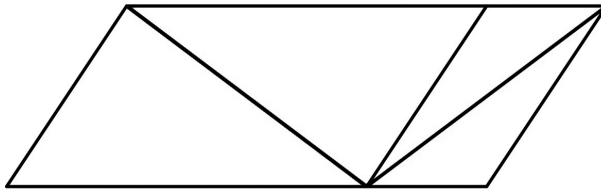
Woher kommen dann aber diese Werturteile? Die Antwort ist leicht und schwer zugleich: Sie beruhen auf „Wertungen“, und diese Wertungen sind immer schon da – mit Kant gesprochen: Sie sind *a priori* da. Sie sind immer schon da, wenn man fragt: Darf ich das? Muss ich das? Darf *der* das? Sollte *sie* das? Kurz: Wenn ein „Sollen“ im weiten Sinn – also alles Geboten-, Erlaubt- und Verboten sein – die *Kategorie* ist, unter der ich die Welt „betrachte“, besser: *wahrnehme*.

34

Dabei kann dieses „Sollen“ eher eine Frage der *Moral* sein – „es gehört sich, geschlechtergerecht zu formulieren“ – oder eine Frage des *Rechts* – „Kundin K hat einen einklagbaren Anspruch darauf, dass ihre Bank B in ihren Formularen geschlechtergerecht formuliert“ (vom BGH wurde dies verneint⁶⁸).

Wichtig ist: Diese „wertende“ Wahrnehmung der Welt ist so „unhintergebar“, wie es Sinneseindrücke sind oder die Wahrnehmung von Raum und Zeit.⁶⁹ Dies bedeutet aber nicht, dass die Wahrnehmung und das darauf beruhende erste „Werturteil“ unfehlbar wären – man denke an optische Täuschungen und einen darauf beruhenden deskriptiven Satz, z.B. „Die linke Diagonale ist länger als die rechte“ (was sie nicht ist):

35



Oder auch an Zeugenaussagen und Zaubertricks.⁷⁰

67 „Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“ (Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* [1921], 5. Aufl., Tübingen 2000, Kapitel 1, § 16, S. 28).

68 BGHZ 218, 96 – Bankformulare (2018) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 218, S. 96); Leitsatz: „Es besteht kein gesetzlicher Anspruch darauf, in Vordrucken und Formularen nicht mit Personenbezeichnungen erfasst zu werden, deren grammatisches Geschlecht vom eigenen natürlichen Geschlecht abweicht. Nach dem allgemein üblichen Sprachgebrauch und Sprachverständnis kann der Bedeutungsgehalt einer grammatisch männlichen Personenbezeichnung jedes natürliche Geschlecht umfassen („generisches Maskulinum“).“

69 Dass „Raum“ und „Zeit“ Kategorien der *Wahrnehmung* sind, damit beginnt Kants „Kritik der reinen Vernunft“ (die sogenannte Transzendente Ästhetik). Praktisch zeigt sich dies, wenn bei einer Demenz Zeit- und Raum„gefühl“ schwinden (in dieser Reihenfolge).

70 Auch sie zeigen, dass wir die Welt nicht unmittelbar wahrnehmen, sondern schlussfolgernd interpretieren – so schon *Peirce*, *Questions Concerning Certain Faculties*, in: CP 5.216 (Fn. 1); deutsch in: *Schriften* (Fn. 1), S. 15. – Ebenso entsteht auf der Netzhaut kein „Bild“ wie auf einer Fotografie,

- 36 Werturteile entstehen nun dadurch, dass jene Wertungen in einem Satz („Urteil“, Aussage) als Prädikat einem bestimmten Objekt (oder besser: Sachverhalt) zugeschrieben werden. Kurz: Wertungen sind erste Prädikate, die zunächst ganz unbewusst (wie Sinneseindrücke) entstehen und dann gleichsam durch die Tür eines Satzes („Werturteils“) in das bewusste Denken eintreten: „Das ist aber schön!“

Und dort, im bewussten Denken, können sie dann im nächsten Schritt zu Begriffen gerinnen (siehe oben I 4).

Kant hat für die parallel liegenden Sinneseindrücke einmal sehr schön formuliert: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.“⁷¹

Und Peirce noch schöner: „Die Elemente eines jeden Begriffs treten in das logische Denken durch das Tor der Wahrnehmung ein und gehen durch das Tor des bewussten Handelns wieder hinaus; und was auch immer sich an diesen beiden Toren nicht ausweisen kann, ist als von der Vernunft nicht autorisiert zu verhaften.“⁷²

c) Werturteile (besser: Wertaussagen, Wertungssätze) als emotionale Stellungnahme

- 37 Worin bestehen dann aber diese Wertungen, was ist ihre Substanz? Nun, Wertungen bestehen – anders als „objektive“ Sinneseindrücke⁷³ – in mehr oder weniger stark erlebten „subjektiven“ Emotionen. Bei Kant etwa kann man als die drei wesentlichen ethischen Emotionen herauspräparieren⁷⁴: „Empörung“ als die zuständige Emotion für Unrecht, „Abscheu“ als Reaktion auf lasterhaftes Verhalten, „Schauern“ schließlich, wenn unter dem Deckmantel des Rechts Gewalt und Willkür herrscht.

Erstaunlicherweise fehlen bei den von Kant genannten Emotionen solche, mit denen man auf die ethisch-positive Seite reagiert, also auf richtiges Recht, auf tugendhaftes Verhalten und auf gerechte (oder als gerecht empfundene) Verhältnisse. Vielleicht ist es eine Art Ergriffenheit, man denke an die Amerikaner, wenn sie ihre Nationalhymne hören? Oder ein Gefühl für die Heiligkeit des Rechts?⁷⁵ Dies ähnelte dann sehr den Gefühlen, die von den Kategorien ausgelöst werden, die Kant in der „Kritik der Urteilskraft“ – also seinem Hauptwerk zur Ästhetik – untersucht: die Kategorien des Schönen und des Erhabenen (Schönheit wird geradezu definiert als das, was bei jedem [!] ein „interesseloses Wohlgefallen“ – also ein positives Gefühl – auslöst⁷⁶).

sondern es werden Millionen von Nervenzellen gereizt, und der Großrechner Gehirn „filtert“ diese Daten dergestalt, dass wir nur einen Bruchteil davon bewusst „wahrnehmen“.

71 Kant, KrV B 75 (Fn. 39).

72 Charles Sanders Peirce, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.212 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 420. – Originaltext: „The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passports at both those two gates is to be arrested as unauthorized by reason.“ – Siehe auch § 6 Rn. 2.

73 Allerdings werden wohl auch Sinneseindrücke schon wertend wahrgenommen: „Iiii, das stinkt.“

74 Dazu Joachim Lege, Abscheu, Schauern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

75 Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 30: „Das Recht ist etwas Heiliges überhaupt, allein weil es das Dasein des absoluten Begriffes, der selbstbewußten Freiheit ist.“ Zitiert nach: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1986.

76 Immanuel Kant, KdU B 16, 32, 68 (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl. 1793, S. 16, 32, 68; die 1. Auflage wird mit „A“ zitiert), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. X, Frankfurt a.M. 1974. –

Darin, dass Unrecht stärkere Emotionen hervorruft als Recht, liegt wohl auch eine gewisse Gefahr: Gerechtigkeit wird auf die Dauer langweilig,⁷⁷ ebenso wie jeder „Genuss ... öfteren Wechsel [verlangt] und ... mehrmalige Wiederholung nicht aus[hält], ohne Überdross zu erzeugen“⁷⁸.

Aus allem ergibt sich nun: „Werturteile“ (besser: Wertaussagen, noch besser Wertungssätze) sind bzw. repräsentieren offenbar emotionale *Stellungnahmen* zu einem bestimmten Sachverhalt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie dadurch der Kritik enthoben wären, und dies wiederum bedeutet: Man darf verlangen, dass die Voraussetzungen (Prämissen⁷⁹) der Wertung offengelegt werden – und *warum sie das Werturteil stützen*. „Emotion pur“⁸⁰ reicht nicht aus.

38

Am Beispiel der geschlechtergerechten („gegenderten“) Sprache: Es reicht nicht aus, dass sich bestimmte Menschen von der herrschenden Sprache unterdrückt *fühlen*. Ganz ebenso können sich andere Menschen ihrerseits durch den Zwang zu geschlechtergerechter Sprache unterdrückt *fühlen*. Wenn daher die Frage, wer wen unterdrücken darf, nicht eine reine Machtfrage sein soll, muss man fragen, ob die besseren Argumente für oder gegen eine geschlechtergerechte Sprache sprechen.⁸¹

Argumentieren aber ist – sofern es rational geschieht, also nach nachvollziehbaren Gründen fragt – eine Sache, nein: *die* Sache der Logik.

Ein wenig besorgniserregend ist daher die sogenannte Identitätspolitik: Ihr gemäß ist „Identität“ etwas, das gerade nicht nachvollziehbar ist. Folglich könnten *und dürften daher* nur schwarze Frauen die Werke schwarzer Frauen übersetzen, nur schwule Schauspieler schwule Männer spielen.⁸²

Ein gutes Argument dafür, dass Emotion allein für eine seriöse Begründung nicht ausreicht, sind nicht zuletzt die Worte Martin Luthers, die allzu häufig dahingehend missverstanden werden, dass Wertungen „eben nicht rational sind“ – gemeint sind die Worte: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders.“ Abgesehen davon, dass Luther sie in dieser Form vermutlich gar nicht gesagt hat, sind ihnen nämlich die folgenden Sätze vorausgegangen⁸³: Er, Luther, werde nicht widerrufen, ...

39

„... es sei denn, dass ich durch Zeugnisse der Schrift oder überzeugende Gründe der Vernunft widerlegt werde – denn ich glaube weder dem Papst noch den Konzilien allein, da es offenkundig ist, dass dieselben mehrmals geirrt und sich selbst widersprochen haben – bin ich durch die

Theodor W. Adorno, *Ästhetische Theorie*, Frankfurt a.M. 1973, S. 25, hat sich darüber lustig gemacht: „kastrierter Hedonismus“.

77 Dies hat schon Platon in seiner Kritik an der Unterhaltungsindustrie beobachtet, siehe *Joachim Lege*, „Politeía“, Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 238 (zu Platons Buch X 5 bis 8).

78 Kant, KdU (Fn. 76), § 53 (B 218).

79 Zum logisch-technischen Begriff „Prämisse“ sogleich unter Rn. 94 f.

80 Für die Nachwelt: „Emotionen“, gar „Emotion pur“ werden zur Zeit in den Medien immer wieder als besonders toll verkauft.

81 Und obendrein: wer darüber entscheiden sollte: jede*r selbst? der Staat? – Eine gute Lösung wohl: Man stellt es den Einzelnen frei (vgl. das Normenquadrat bei Rn. 63).

82 Überblick aus juristischer Sicht: *Eric Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2021, 853–863. Ein nicht völlig gelungener Roman zum Thema: *Mithu Sanyal*, *Identitti*, München 2021; immerhin ist darin der größte Unsympath ein Jurastudent.

83 *Martin Heckel*, Kaiser Karls V. Begegnung mit Luther auf dem Reichstag zu Worms 1521, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2021, 425–434 (427).

von mir angeführten Schriftstellen bezwungen und ist mein Gewissen gefangen durch das Wort Gottes. Deshalb kann und will ich nichts widerrufen, weil es das Heil verdirbt und die Seligkeit gefährdet, gegen das Gewissen zu handeln.“

Schrift (Bibel) und *Vernunft* waren die beiden Autoritäten, auf die man sich im Mittelalter bei der Wahrheitssuche berufen durfte.

Und dass man irgendwann an einen Punkt kommt, an dem man keine weitere Begründung einer Begründung einer Begründung einer Begründung etc. geben kann, sogenanntes Münchhausen-Trilemma⁸⁴ – „das liegt daran, dass niemand von uns der liebe Gott ist“⁸⁵.

4. Tiefbohrung II: Aussagen als Bezugnahme auf SINNZUSAMMENHÄNGE Oder auch: Aussagen und „die Wirklichkeit“

Zur Erinnerung: Dies ist der zweite „Inkurs“ zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

- 40 Wie soll es nun aber funktionieren, dass man Werturteile und andere Aussagen durch weitere Aussagen bzw. Werturteile stützen kann? Es funktioniert offenbar dann und deshalb, wenn und weil Aussagen nie allein stehen, sondern immer schon in einen größeren „Sinnzusammenhang“ eingebunden sind und zugleich auf andere „Sinnzusammenhänge“ verweisen. (Nebenbei: „Zusammenhang“ kann man mit altgriechisch *systema* übersetzen). Derartige Zusammenhänge will ich im Folgenden, als Terminus technicus (Fachbegriff), SINNZUSAMMENHÄNGE nennen.

Eigentlich bin ich nicht ganz glücklich damit, dieses Thema schon hier zu behandeln – das Logik-Kapitel wird dadurch etwas kopflastig. Allerdings spricht für dieses Vorgehen, dass man die Logik dann selbst als einen SINNZUSAMMENHANG begreifen kann: als ein System (einen Kontext, ein Geflecht, ein Narrativ – *whatever you like to call it*), das, wie es in § 3 Rn. 33–34 etwas mystisch schon angeklungen ist, zwischen „Welt“ und Denken vermittelt, dabei aber auch selbst „wirklich“ ist, das heißt, eine ihm gemäße Welt konstituiert (lateinisch *con-stituere*: errichten, bauen): die Welt der Vernunft und der Wissenschaft.

Ganz ähnlich kann man die natürliche Sprache als einen SINNZUSAMMENHANG verstehen und dann fragen, wie weit sie „die Welt“ konstituiert: ob man **zum Beispiel** mit einer **geschlechtergerechten** Sprache die Welt besser machen kann. Oder skeptischer: Ob man die Welt mit einer geschlechtergerechten **Sprache** besser machen kann.

- 41 Wie auch immer, man sieht: Es sind offenbar immer SINNZUSAMMENHÄNGE, die auf SINNZUSAMMENHÄNGE verweisen. Dies bedeutet ganz praktisch: **Es gibt** SINNZUSAMMENHÄNGE,⁸⁶ und es gibt sie auch „da draußen“ – in der Außenwelt. Das Sonnensystem ist ein physikalischer SINNZUSAMMENHANG, der Staat ein politischer und rechtlicher

⁸⁴ Dazu schon § 3 Rn. 29 Fn. 42 mit dem Verweis auf *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft, Tübingen 1968, S. 13.

⁸⁵ *Hans Peter Duerr*, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauf-
lage Frankfurt a.M. 1985, S. 504 f.

⁸⁶ Vgl. *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 30: „Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, dass es Systeme gibt.“

SINNZUSAMMENHANG. Die beiden Geschlechter (*sexes*) „männlich“ und „weiblich“ sind konstituiert durch einen biologischen SINNZUSAMMENHANG – was selbst diejenigen implizit anerkennen müssen, die sich jenseits (lateinisch *trans*) dieses Zusammenhangs ansiedeln: als Transfrau oder Transmann.⁸⁷ (Schwieriger wird es bei nicht-binären Transpersonen⁸⁸: Beziehen sie sich – auch – auf den biologischen oder – nur – auf einen gesellschaftlichen SINNZUSAMMENHANG [*gender*], was ihr Geschlecht betrifft?) Wie auch immer: *Es gibt* SINNZUSAMMENHÄNGE – und sie sind mehr oder weniger real (dazu sogleich unter b).

Auch der Zufall ist ein (realer) SINNZUSAMMENHANG!

a) Zum Begriff SINNZUSAMMENHANG

Um es noch einmal anders zu formulieren: Die vorhin getroffene Unterscheidung von „Aussagen über Tatsachen“ und „Aussagen über normative Wirklichkeiten“ („Werturteile“) – und beide sind der Logik *unterworfen* – lässt sich einen Schritt weiterdenken. Er geht von dem Wort „über“ aus und lautet: *Aussagen* – verstanden als der Inhalt (die Bedeutung, der „Sinn“) von Sätzen, die richtig oder falsch sein können – Aussagen beziehen sich nicht nur auf andere Aussagen, sondern auch auf einen (weiteren) SINNZUSAMMENHANG, der für den *Bereich, über* den die Aussage getroffen wird, *gilt*. Im Lichte *dieses* SINNZUSAMMENHANGS lassen sich dann *über* die Wirklichkeit „Urteile“ fällen, seien sie nun deskriptiv („A ist grün“) oder normativ („B ist ein A...“, „C ist schön“). Und „Sinn“ wäre in etwa wie folgt zu definieren:

42

Sinn ist (oder *hat* oder *macht*)⁸⁹ alles, was für etwas anderes aus der Sicht (genauer: Wahrnehmung) eines Dritten einen Unterschied macht.⁹⁰ (Bei Aussagen ist dies der Unterschied „wahr oder unwahr“, „richtig oder falsch.“)

Der hier eingeführte Begriff SINNZUSAMMENHANG unterscheidet sich vom Begriff „System“ in der (Luhmannschen) Systemtheorie vor allem dadurch, dass es „Sinn“ nicht nur in psychischen und sozialen Systemen gibt.⁹¹ Auch in der Natur (bei Luhmann: physische Systeme) gibt es „Sinn“, etwa in Gestalt der Naturgesetze. – In der Soziologie Max Webers bezieht sich der Begriff „Sinnzusammenhang“ ebenfalls nur auf soziale Phänomene, genauer: auf das Verstehen und Erklären sozialen Handelns. Er wird zudem nur beiläufig verwendet.⁹²

Beiläufig taucht „Sinnzusammenhang“ auch in der Juristischen Methodenlehre von Zippelius auf. Dort ist die Rede von einer „bedeutungsprägende[n] Wech-

87 Als Transfrau bezeichnet man, grob gesagt, einen biologischen Mann, der sich als Frau definiert, als Transmann eine biologische Frau, die sich als Mann definiert. Biologische Männer, die sich als Männer definieren, und biologische Frauen, die sich als Frauen definieren, heißen demgegenüber Cis-Männer und Cis-Frauen (lateinisch *cis*: diesseits – gemeint: des herkömmlichen Geschlechter-SINNZUSAMMENHANGS).

88 ... also Menschen, die sich weder dem einen noch dem anderen Geschlecht zuordnen können – oder gar, ganz objektiv, die „man“ weder der einen noch dem anderen Geschlecht zuordnen kann?

89 Die Formulierung tut nichts zur Sache, s.o. bei Fn. 1; daher könnte man statt von „Sinnzusammenhängen“ auch von „Bedeutungszusammenhängen“ sprechen.

90 Zum Unterschied, der einen Unterschied macht (*a difference that makes a difference*) schon oben bei Fn. 40. – Zur Peirce'schen Kategorienlehre („Erstheit – Zweitheit – Drittheit“) sogleich bei Fn. 77 f.

91 So Luhmann, *Soziale Systeme* (Fn. 86), S. 92–147.

92 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn. 67), Kapitel 1, § 1 Nr. 5, 7.

selbstebeziehung zwischen einer einzelnen Sinnäußerung und den größeren Sinnzusammenhängen, in die sie eingebunden ist⁹³ – etwa aber nicht nur: in den Sinnzusammenhang des Rechts. Das kommt dem hier verwendeten Begriff nahe, es bleibt aber bei einer Andeutung.

Die Larenzsche Methodenlehre spricht häufiger von „Sinnzusammenhang“, allerdings nur – mit einer Ausnahme⁹⁴ – in Bezug auf Texte, Gesetze und das Recht insgesamt.⁹⁵ Das ist viel enger als der hier eingeführte Begriff.

- 43 Kurz: Es gibt SINNZUSAMMENHÄNGE nicht nur in unseren **Aussagen** über die Wirklichkeit, sondern auch in der **Wirklichkeit** selbst.

Zur Erinnerung: Unser Thema in diesem § 5 II sind „Aussagen“ mit ihrem Potential der „Richtigkeit“. Und die Überlegungen zu den Sinnzusammenhängen (4) führen nun zu dem „zweiten großen W“ (siehe vor II), also zur Wirklichkeit – und dazu, dass es keine „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit gibt, die man ohne Logik überwinden müsste.

b) Eine Wirklichkeit, viele Sinnzusammenhänge (Beispiel: Torschuss)

- 44 Natürlich liegt nun die Frage nahe: Gibt es überhaupt „die“ Wirklichkeit (Realität, *reality*)? Oder gibt es ganz viele? So viele, wie es SINNZUSAMMENHÄNGE gibt? Also zum Beispiel eine Wirklichkeit der Natur (und Naturwissenschaft), eine Wirklichkeit des Rechts, der Wirtschaft, der Politik usw.?

Natürlich kann man so *reden*, und ich will nicht über Worte streiten. In der Sache geht es aber darum, ob es eine Realität gibt, die unsere *Aussagen* über sie korrigieren kann – oder ob es jenseits der Aussagen nichts „wirklich Reales“ gibt, ob also die Welt Harry Potters⁹⁶ ebenso real ist wie Liebeskummer oder ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

- 45 Nach meiner Überzeugung sollte (!) man davon ausgehen, dass es nur *eine* Wirklichkeit gibt (zu einer von mir respektierten Ausnahme weiter unten). Diese *eine* Wirklichkeit kann man freilich unter verschiedenen Aspekten oder Perspektiven oder eben in verschiedenen SINNZUSAMMENHÄNGEN „deuten“.⁹⁷ Man kann der Wirklichkeit den unterschiedlichsten „Sinn“ geben, meinetwegen auch: Sinn „zuschreiben“ (es geht um die Sache, nicht um Wörter) – am neutralsten ist wohl die Formulierung: „die verschiedensten Bedeutungen zuweisen“.

93 Zippelius, Methodenlehre (Fn. 19), § 10 III.

94 ... nämlich im Kontext des „konkret-allgemeinen Begriffs“ Hegels, so wie Larenz ihn versteht (Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, z.B. S. 457). In diesem Kontext geht es um die „Erfassung von Sinnzusammenhängen, die durch die isolierende Methode der Bildung abstrakter Begriffe abgeschnitten werden“ – und daher offenbar nur einer logik-enthobenen Wesensschau zugänglich sind. So wie ehemals der im Führer verkörperte Gemeinwille, wie das „Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut geworden ist“ (siehe Fn. 25).

95 Larenz, Methodenlehre (Fn. 94), z.B. S. 206, 324 ff. (Bedeutungszusammenhang), 487 f.

96 Klassisches Beispiel dafür, dass jemand eine Fiktion (hier: die Welt der Ritterromane) für Realität nimmt, ist der Don Quijote (1605) des *Miguel de Cervantes* (1547–1616).

97 Dass man statt von „Sinn“ auch von „Bedeutung“ sprechen könnte, wurde schon angedeutet (Fn. 89).

Dies ändert aber nichts daran, dass ein Torschuss in einem Fußballspiel *eine einzige* Realität bleibt, die man freilich verschieden „bewerten“ kann: physikalisch⁹⁸, fußballerisch⁹⁹, ästhetisch¹⁰⁰, vielleicht sogar wirtschaftlich¹⁰¹ und rechtlich¹⁰². 46

Die „Rechtstheorie“ von Michael Potacs spricht sehr schön davon, dass wir in einer juristischen Aussage (bzw. einem juristischen Satz oder „Urteil“) einem Lebenssachverhalt eine rechtliche Bedeutung „zusinnen“ (d.h. ihm einen rechtlichen „Sinn“ zuschreiben).¹⁰³

Und: Hans Kelsen verwendet in der zweiten Auflage seiner Reinen Rechtslehre (1960) die Metapher des antiken Königs Midas. So wie diesem alles zu Gold wurde, was er berührte (so dass er verhungern musste), so wird auch dem Recht alles, mit dem es in Berührung kommt, zum Recht.¹⁰⁴ Dies gilt gerade auch dann, wenn das Recht bestimmte Sachverhalte für „rechtlich irrelevant“ erklärt (Gefälligkeiten, Verabredungen, sogar „political questions“¹⁰⁵). – In diesem Sinn höchst spannend sind neuere Überlegungen zu einem „Recht auf Nicht-Recht“.¹⁰⁶

c) Keine „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit

Wichtig erscheint mir nun: Im Licht dieser *einen* Wirklichkeit ist die Rede von einer „Kluft“ zwischen dem „Lebenssachverhalt“ und der „Rechtsnorm“, wie sie so gern beschworen wird, reichlich sinnlos (sinn-los!). Oder sagen wir es genau und klar: Eine solche Redeweise ist falsch, ist schlechte Metaphysik¹⁰⁷ – eine Metaphysik, die uns Probleme sehen lässt, wo keine sind, um sie dann mit Konzepten zu lösen, die gefährlich werden können. 47

Nämlich dann, wenn man *statt* auf Vernunft auf Gefühl setzt, *statt* auf Logik auf „Wertung“, *statt* auf Richtigkeit auf Macht.

In Wahrheit (!) ist es überhaupt kein Problem, dass wir die *eine* Wirklichkeit immer wieder neu und im Lichte immer anderer SINNZUSAMMENHÄNGE interpretieren.¹⁰⁸ Also etwa *als* rechtliche oder *als* ökonomische „Wirklichkeit“. 48

98 Wie viele km/h hat die Geschwindigkeit des Balls erreicht?

99 War er „drin“ im Tor oder nicht?

100 War es ein Abstauber oder ein Kunstschuss („Tor des Monats“)?

101 Wie viel hat ein Torschuss von Mbappé seinen Verein Paris Saint Germain gekostet? Gewiss, dies ist keine besonders weiterführende Frage – aber ökonomisch „sinnvoll“ wäre sie schon.

102 Nehmen wir an, der Stürmer S schießt absichtlich daneben, weil er bestochen wurde. Strafbar?

103 Michael Potacs, Rechtstheorie, 2. Aufl., Stuttgart 2019, S. 52, 99, auch 168: „Zusinnbarkeit“.

104 Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 57), S. 282.

105 Nach der Rechtsprechung des US Supreme Court sind *political questions* nicht justiziabel, das heißt, sie können nicht gerichtlich überprüft werden. Im deutschen Recht geht in dieselbe Richtung die Lehre von einem Beurteilungsspielraum („Einschätzungsprärogative“) der politischen Akteure, der gerichtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist (s.u. § 15a Rn. 76–82).

106 Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, Weilerswist 2020.

107 Meta-Physik ist ja das, was sich „hinter“ – griechisch *metá* – der Natur – *phýis* – befindet.

108 ... und natürlich auch in vielen verschiedenen natürlichen Sprachen! Zu deren „Weltbildfunktion“ unten Rn. 56.

Siehe oben das Luther-Zitat: Berufung auf die SINNZUSAMMENHÄNGE „Schrift“ (also die Bibel) und „Vernunft“ (letztlich also: Logik¹⁰⁹).

Im Licht der neueren Kognitionswissenschaft könnte man auch sagen: Jede Wahrnehmung der Welt („der“ Welt?) ist immer schon „verzerrt“, hat immer schon ihren speziellen *bias*. Es gibt keine Eins-zu-eins-Objektivität, vielmehr gilt (gilt!): *What you see is all there is* (WYSIATI). Mehr dazu unten § 35 Rn. 34–35.

In diesem Licht wäre dann sogar Deskriptivität eine Art Normativität. Wir *sollen* oder wollen die Welt – im dazu passenden Kontext – nach Gesetzen der Physik, etwa nach den Gesetzen der Kausalität beurteilen.¹¹⁰

- 49 Es ist mir natürlich klar: Dass es nur *eine* Realität gibt, ist ein metaphysischer Satz. Er lässt sich nämlich weder verifizieren noch falsifizieren. Aber es spricht viel für ihn – Popper nennt dies einen metaphysischen Realismus.¹¹¹ Dann aber ist es kein Problem, „wenn Recht auf Wirklichkeit trifft“¹¹², mag diese Entgegensetzung unter Juristen auch noch so beliebt sein.

Die Staatsrechtslehrtagung 2007 in Freiburg verhandelte zum Beispiel als eines ihrer Themen „Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit“.¹¹³

Anders gewendet: Die rechtliche Wirklichkeit ist keine andere als die *eine* „Lebenswirklichkeit“. Sie ist lediglich eine von tausend Arten, sie zu interpretieren.

Verschörungstheorien¹¹⁴ sind eine weitere Art.

- 50 Und das Christentum ist der vielleicht einzige SINNZUSAMMENHANG, der *seine* Wirklichkeit als eine *völlig andere* Wirklichkeit versteht. Jesus Christus sagt, als er als Angeklagter vor dem römischen Statthalter Pilatus steht: „Mein Reich ist nicht von dieser Welt“¹¹⁵ – bei mir gelten *ganz andere* Maßstäbe.

Im griechischen Original steht für „Reich“ übrigens das Wort *basileía*, das bedeutet wörtlich: Königtum (Jesus Christus wurde von den Juden angeklagt, er maße sich das Amt des Königs an). Und für „Welt“ steht das Wort *kósmos*, wörtlich „Ordnung“, aber auch „Schmuck“ (das Wort Kosmetik kommt von dort). Man kann „Kosmos“ wohl auch mit SINNZUSAMMENHANG übersetzen.

109 Dies zeigt auch Luthers Hinweis darauf, dass Papst und Konzilien sich mehrfach „selbst widersprochen“ hätten – was nun einmal ein klarer Verstoß gegen die Gesetze der Logik ist.

110 Wäre es nicht so riskant, könnte man sogar sagen: Selbst die Annahme einer existentiellen Kluft zwischen „Sein und Sollen“ ist sinnlos. Beide sind real (oder auch Fiktion), und wir haben immer nur *Aussagen über* das Sollen oder das Sein. Aber die dürfen wir – und das ist ja das Wichtigste –, nicht miteinander vermengen.

111 Karl Raimund Popper, Logik der Forschung (1935), 9. Aufl., Tübingen 1989, S. 226 (s. auch S. 40 und 76).

112 Ich habe die Fernsehsendung „Hart aber fair. Wenn Politik auf Wirklichkeit trifft“ freilich nie gesehen.

113 Die Berichte lieferten Christian Hillgruber und Uwe Volkmann, publiziert in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 67 (2007); Begleitaufsatz mit demselben Titel: Joachim Lege, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2007, S. 1053–1064.

114 Für die Nachwelt: Anlässlich der „Corona-Pandemie“ in den Jahren 2020 ff. entstanden eine ganze Fülle von Verschörungstheorien, die insbesondere hinter dem am Ende nicht verwirklichten Impfwang böse Mächte vermuteten („Bill Gates will euch allen einen Chip einpflanzen“ usw.).

115 Joh. 18, 36 (Evangelium des Johannes, Kapitel 18, Vers 36).

d) Die dreifache Rolle der Logik bei Aussagen über die Wirklichkeit

Wir kommen nun zu der bereits vor (a) angekündigten Doppelrolle der Logik als SINNZUSAMMENHANG und als (Teil der) Wirklichkeit bei Aussagen über die Wirklichkeit.

51

aa) Die Logik als Sinnzusammenhang (Beispiel: Abseitsregel im Fußball)

Die letzte Pointe scheint mir in unserem *jetzigen* Kontext nämlich zu sein: Auch die Logik ist „nur“ ein SINNZUSAMMENHANG – aber der wichtigste von allen. Sie „gilt“ – als normative Wissenschaft! – für alle **Aussagen**, die den Anspruch auf Richtigkeit erheben. Insbesondere gilt sie sowohl für deskriptive als auch für normative Aussagen – seien dies nun Aussagen aus den **Bereichen** des Rechts, der Moral oder auch des Fußballs.

52

Die „Einführung in den Gutachtenstil“ von Brian Valerius (geb. 1974) bringt zum Beispiel einen Fall aus dem Fußball, genauer zur Abseitsregel. An ihm exemplifiziert Valerius das logische Begründungsschema, so wie es auch im juristischen Gutachten gefordert ist (ich werde das Schema, etwas vertieft, den Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS – nennen, s.u. § 8).¹¹⁶

Dass die Logik eine normative Wissenschaft ist, sagt mit anderen Worten auch Kant: Logik sei „eine Wissenschaft des richtigen [!] Verstandes- und Vernunftgebrauchs überhaupt, aber nicht subjektiv, d.h. nicht nach empirischen (psychologischen) Prinzipien, wie der Verstand denkt, sondern objektiv, d.i. nach Prinzipien a priori, wie er denken *soll*“ (Hervorhebung J.L.).¹¹⁷

53

Nebenbei: Die drei *klassischen normativen Wissenschaften* sind die Logik, die Ethik und die Ästhetik – verstanden als die Lehren vom Wahren, vom Guten und vom Schönen.¹¹⁸

bb) Die Logik als Wirklichkeit (und die geschlechtergerechte Sprache)

Aber warum *sollte* man diesem SINNZUSAMMENHANG, warum *sollte* man der Logik folgen?

54

Dies ist eine Frage, die die Logik allein offenbar nicht beantworten kann. Sie „lebt von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann“, um einmal mehr das berühmte Böckenförde-Diktum¹¹⁹ abzuwandeln (man findet es sogar in wikipedia, und als Jurist *sollte* man es kennen!).

Wir werden die Antwort (sie kommt unter cc) auf einem kleinen Umweg suchen.

¹¹⁶ Brian Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S. 22.

¹¹⁷ Kant, Logik (Fn. 16), Einleitung (S. 437); im Original ist alles durch gesperrten Druck hervorgehoben.

¹¹⁸ Zugegeben: In der Fachphilosophie dürfte dies nicht die einhellige Meinung sein.

¹¹⁹ Es lautet (Hervorhebung im Original): „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“ – Böckenförde hat mir einmal gesagt, er habe sich bei dem Satz nicht allzu viel gedacht. Berühmt wurde er, weil er als *eyecatcher* auf der Rückseite des Einbandes des Suhrkamp-Taschenbuches stand, in dem der Aufsatz von 1967 („Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“) gemeinsam mit anderen Aufsätzen abgedruckt war und nach dem hier denn auch zitiert wird: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, S. 42–64 (60).

- 55 Erster Schritt: Die Logik ist nicht „nur“ ein SINNZUSAMMENHANG, der abgehoben von der Wirklichkeit in den Wolken des Denkens schwebte. Sie ist kein „rein formales“, abstraktes Regelwerk. Die Logik ist vielmehr, wie jeder andere SINNZUSAMMENHANG, eine *eigene Wirklichkeit*. Anders gewendet: Die Logik ist, wie jeder andere SINNZUSAMMENHANG auch, selbst ein Teil der *einen* Wirklichkeit. Es gibt sie wirklich!

Karl Raimund Popper würde sagen: Sie ist ein Teil der „Welt 3“, also der Welt der geistigen Inhalte.¹²⁰ „Es gibt“ Opern und Romane. Und wir wissen zwar, dass Harry Potter eine Fiktion ist – aber diese Fiktion ist, als solche, in der Welt.

- 56 Zweiter Schritt: Warum streiten wir eigentlich über geschlechtergerechte Sprache?¹²¹ Es gibt zwei Möglichkeiten.

Die erste: Sprache sollte gefälligst das *abbilden*, was in der Welt „da draußen“ eh schon so und nicht anders ist. Wenn es also nicht nur zwei Geschlechter gibt, sondern ganz viele, dann *sollte* dies in der Sprache zum Ausdruck kommen. Wir sollten also „Student:innen“ oder „Professor*innen“ schreiben und sagen – mit einer kleinen Pause dort, wo das Sternchen ist. Weil wir nur so die Welt so abbilden, wie sie wirklich ist.

Die nächste Frage wäre dann freilich: Wer *entscheidet* darüber, wie die Welt „wirklich ist“? (Man bedenke, dass in früheren Zeiten die Rassenkunde¹²² als seriöse Wissenschaft galten hat!)

Zweite Möglichkeit: Sprache bildet die Welt gerade nicht ab, sondern sie *formt* die Welt. Wenn wir also die Sprache *ändern*, ändern wir auch die Welt da draußen! Und zwar so, wie sie sein *sollte*: eine soziale Welt, in der – vermittelt durch die Sprachakte¹²³ – allen Nuancen geschlechtlicher Orientierung stets die gleiche Aufmerksamkeit, ja Gegenwart¹²⁴ zukommt.

Dass die Sprache eine „Weltbildfunktion“ hat, dass folglich zum Beispiel die Welt des Englischen und des Hopi (eine „indianische“¹²⁵ Sprache) teilweise *inkompatibel* sind, ist eine alte These in der Sprachwissenschaft (sogenannte Sapir-Whorf-Hypothese¹²⁶).

120 Karl Raimund Popper, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl., Hamburg 1984, S. 75, 109–115, 161–168 und öfter (original: Objective Knowledge, 1972).

121 Zum Thema als solchem in leichter Sprache und leicht tendenziös: Bundeszentrale für politische Bildung, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/331122/geschlechtergerechte-sprache/> <7.11.2023>. Dass man auch beim generischen Maskulinum an alle Menschen *denken* kann, Frauen und Trans-Personen eingeschlossen, wird nicht gesagt.

122 Siehe zum Beispiel Egon Freiherr von Eickstedt, Rassenkunde und Rassengeschichte der Menschheit, Stuttgart 1934 (936 Seiten); Herman Lundborg, Rassenkunde des schwedischen Volkes, Jena 1928.

123 Ich sage bewusst „Sprachakte“ und nicht wie üblich „Sprechakte“, weil dann klar ist: Auch schriftliche Äußerungen gehören dazu. – Klassiker zu den Sprechakten: John Langshaw Austin, How to Do Things With Words, Oxford 1955, 2. Aufl. 1962; auf Deutsch – geradezu typisch deutsch – erschienen unter dem Titel „Zur Theorie der Sprechakte“, Stuttgart 1972.

124 Der Begriff „Gegenwart“ hatte ursprünglich auch eine rechtliche Bedeutung: Er bezeichnete das wechselseitige Gegen-Einander der Parteien vor Gericht, siehe Rolf Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982, S. 52 f.

125 So nannte man früher die Sprachen der indigenen Bevölkerung Amerikas.

126 Klassiker: Benjamin Lee Whorf, Sprache – Denken – Wirklichkeit (1963), 24. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2003 (übersetzte Aufsätze von 1936 bis 1941. Aus marxistischer Sicht der Greifswalder Kollege Erhard Albrecht, Bestimmt die Sprache unser Weltbild? Zur Kritik der gegenwärtigen bürgerlichen

cc) Logik als Ehrenkodex wissenschaftlicher Aussagen

Dritter Schritt: Die Wahrheit dürfte in der Mitte liegen. Es gibt vermutlich eine Wechselwirkung zwischen der physischen Welt „da draußen“ (nach Popper: die „Welt 1“) und der Welt in unserem Denken (nach Popper: „Welt 2“). Diese Wechselwirkung findet statt in der „Welt 3“, nennen wir sie: die Welt der Bedeutungen¹²⁷ – und sie findet *nur dort* statt. 57

Dass hinter diesen Bedeutungen letztlich immer eine *Praxis* steht, haben wir schon gesagt (oben Rn. 14-21 – Pragmatische Maxime).

In dieser Welt der Bedeutungen gibt es nun freilich die verschiedensten hier so bezeichneten SINNZUSAMMENHÄNGE (Recht, Sprache, Musik, Liebe, Technik etc. etc.). Diese SINNZUSAMMENHÄNGE sind einerseits der Welt 1 und der Welt 2 vor-gegeben – Kant würde sagen: apriorisch. Sie sind andererseits aber auch etwas, das wir mehr oder weniger bewusst „anwenden“ können. Wir haben *eine Wahl*, ob wir uns, beispielsweise, ökonomisch rational verhalten wollen – oder doch lieber etwas kaufen, das uns mehr Glück verspricht, als es nachher liefert. Wir haben *die Wahl*, ob wir einen Streit vor Gericht austragen oder unseren Ärger herunterschlucken. Und wir haben *die Wahl*, ob wir bei unserer Meinungsbildung und unseren Meinungsäußerungen der Logik folgen – oder lieber etwas anderem (z.B. einer unvermittelten „Werterkenntnis“, einem göttlichen Gebot, einer gefühlten Identität). 58

In dem berühmten Aufsatz „The Fixation of Belief“ unterscheidet Charles Sanders Peirce vier Methoden zur Festlegung einer Überzeugung: Hartnäckigkeit (*tenacity*), Zwang und Gehorsam (*authority*), Bauchgefühl (*a priori-method*) – und rational nachvollziehbare Gründe (*method of science* oder auch: *of logic*).¹²⁸

Die hier vertretene Überzeugung (*belief!*) geht nun dahin, dass wir uns für den SINNZUSAMMENHANG „Logik“ entscheiden *sollten*, wenn wir den Anspruch auf *Wissenschaftlichkeit* erheben. Nur die Logik zwingt – zwingt! – uns dazu (normativ!), von unseren Überzeugungen *in nachvollziehbarer Weise* Rechenschaft abzulegen. 59

Anders gewendet: Wenn wir mit unseren **Aussagen** den Anspruch auf Wahrheit bzw. Richtigkeit erheben – das war ja unser Ausgangspunkt –, dann können wir dies im Namen der **Wissenschaft** nur tun, wenn wir diese Aussagen – soweit es eben geht – logisch nachvollziehbar begründen. **Logik** ist, sozusagen, der **Ehrenkodex** der Wissenschaft. Wissenschaft wird *verwirklicht* durch Logik.

Wo man ihr nicht folgt, droht Geschwurbel.

Wie weit die Logik geht, ist eine zweite Frage. In der herrschenden juristischen Methodenlehre wird ihr Bereich viel zu eng abgesteckt (§ 3 Rn. 3–20).

Dies leitet zwanglos über zu den logischen Beziehungen *zwischen* Aussagen.

Sprachphilosophie, Berlin (DDR) 1972; dort S. 37–40 sehr kurz zu Peirce, und die „Bemerkungen zur sprachphilosophischen Situation in der BRD“ umfassen 65 der 166 Seiten.

¹²⁷ Hegel würde wohl von objektivem Geist sprechen.

¹²⁸ Charles Sanders Peirce, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5,358 – 387 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 149–181.

5. Logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen

- 60 Weiterführend für unsere These, dass alles Denken und Argumentieren, das einen seriösen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, kurz: dass jede wissenschaftliche Methode aus Logik besteht, ist nun beim Thema „Aussage“ (oder „Urteil“ oder „Satz“): Mehrere Aussagen können miteinander in einer *logischen*, das heißt folgerichtigen Beziehung stehen. Nehmen wir den Satz: „Es ist *verboten*, einen anderen Menschen zu töten.“ Dieser Satz ist offenbar nicht vereinbar mit den Satz: „Es ist erlaubt, einen anderen Menschen zu töten“. Sondern nur vereinbar mit dem Satz: „Es ist *nicht* erlaubt, einen anderen Menschen zu töten.“

Natürlich *setzt dies voraus*, dass wir bereits *wissen*: „verboten“ ist das Gegenteil von „erlaubt“. Und sogar das krasse¹²⁹ Gegenteil von „geboten“. Folgerungen: Was *geboten* ist, kann nicht zugleich *verboten* sein – und umgekehrt. Wohl aber muss nicht alles, was *nicht verboten* ist, auch *geboten* sein – man darf es, aber muss nicht. Es ist einem *freigestellt*.

Dass diese Voraussetzungen noch weitere Voraussetzungen haben – man bezeichnet sie als die Grundgesetze der Logik –: dazu Näheres sogleich unter III 1.

- 61 Die Grundzüge dieses Verhältnisses von Sätzen zueinander sind bereits von Aristoteles entwickelt worden, allerdings nicht für normative, sondern für deskriptive Aussagen. Es gibt, so sagt er im Wesentlichen,¹³⁰ vier Arten von Sätzen: bejahende („Alle Hühner sind grün“), verneinende („Kein Huhn ist grün“), partiell bejahende („Einige Hühner sind grün“) und partiell verneinende („Einige Hühner sind nicht grün“).¹³¹
- 62 Die Einzelheiten dieser sogenannten Aussagenlogik müssen uns nicht interessieren.¹³² Um von ihr wenigstens einen Eindruck zu gewinnen, soll aber doch das sogenannte **Aussagenquadrat** vorgestellt werden:

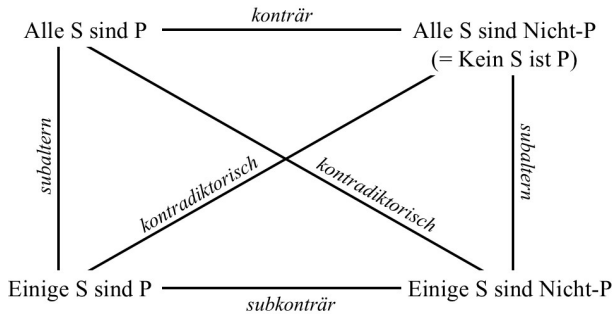
129 Für die Jugend: „krass“ ist keineswegs eine Vokabel aus einem bestimmten jugendlichen Milieu mit Migrationshintergrund, sondern ein uraltes deutsches Lehnwort. Es kommt vom lateinischen *crassus*, und dies bedeutet: fett. – Einer der nettesten Momente in meiner Tätigkeit als Professor war die Besprechung eines meiner Texte mit meinen Mitarbeitern. Die Studenten unter ihnen hatten Bedenken, ob man in einem seriösen Text wirklich „krasse Ungerechtigkeit“ sagen könne ...

130 Im Einzelnen viel subtiler und wie alles bei ihm schwer verdaulich: *Aristoteles*, Erste Analytik I 2–3 (25a1–25b25); Ausgabe: *Organon* Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998. – *Aristoteles' Werke* werden nach der sogenannten Bekker-Ausgabe (Berlin 1831) zitiert mit Seite, Spalte und Zeile, hier also Seite 25, rechte Spalte, Zeile 25.

131 Ob die beiden letzten Sätze im Grunde identisch sind, hängt davon ab, wie man das Wort „einige“ versteht. Die h.M. in der Logik interpretiert sie als: „mindestens einer, aber nicht alle“ – dann sind sie in der Tat identisch.

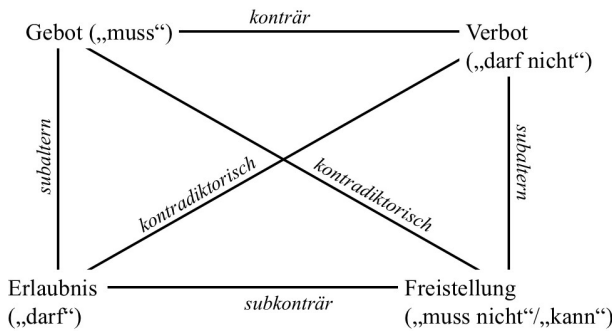
132 Zur Vertiefung etwa: *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 66–76 (68–74); *Egon Schneider/Friedrich E. Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl., München 2006, S. 77–82; *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg etc. 2018, Rn. 40 f.; *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 2–7, 287 f.

II. Das Potential von Aussagen (auch im Recht): Wahrheit bzw. Richtigkeit



Und gleich darauf auch das sogenannte **Normenquadrat** – es geht auf Jeremy Bentham (1748–1832) zurück¹³³:

63



Mit beiden Quadraten lässt sich schön zeigen, was genau *aus dem einen Satz* im Hinblick auf einen *anderen Satz* oder auch auf mehrere andere Sätze folgt.

64

So folgt aus dem Satz „A muss B tun“, dass A dies auch „darf“ und es ihm zudem nicht etwa freigestellt ist, ob er es tut. Juristisch gewendet: Es steht, zum Beispiel, nicht etwa im Ermessen einer Behörde („kann“), ob sie eine Baugenehmigung erteilt oder nicht.¹³⁴

Wie gesagt, auf die technischen Einzelheiten kommt es nicht an. Worauf es ankommt, ist allein: Schon aus ganz einfachen Aussagen – einschließlich „Werturteilen“, besser „**Wertaussagen**“ – lässt sich immer *auch* und immer *schon* etwas erschließen, was

65

¹³³ Zur Vertiefung etwa Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie (Fn. 132), Rn. 42–46; mit Fortentwicklung zu deontologischen Sechsecken und Zehnecken Joerden, Logik (Fn. 132), S. 173–216, zudem mit Blick auch auf das islamische Recht!

¹³⁴ Sprachlich ergibt sich dies z.B. aus der Formulierung des § 72 Abs. 1 LBauO M-V (Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern): „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (...)“. Bei der Abrissverfügung ist dies anders, siehe § 80 Abs. 1 LBauO M-V: „Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlage anordnen (...)“ (Hervorhebungen J.L.).

gerade noch nicht in ihnen selbst enthalten ist – teils mit größerer, teils mit geringerer Wahrscheinlichkeit. Nehmen wir das folgende Beispiel¹³⁵:

Alle Menschen sind sterblich.

Henoch und Elias sind unsterblich.

Henoch und Elias sind keine Menschen.

Das ist eine Kombination von Sätzen, die einen Höchstgrad an Wahrscheinlichkeit erreicht. Man kann sogar sagen: Er ist *formal* zwingend. Wenn der erste Satz richtig ist („wahr“) und ebenso der zweite Satz richtig ist („wahr“) dann ist auch der dritte Satz „wahr“ – wir kommen darauf zurück.

Dagegen ist das folgende Beispiel mit geringerer Wahrscheinlichkeit gesegnet:

Alle Menschen sind sterblich.

Henoch und Elias sind keine Menschen.

Henoch und Elias sind unsterblich.

Dazu müsste man schon mehr über sie wissen. Vielleicht sind es Götter oder Engel? Dann stimmt es *inhaltlich* („material“), auch wenn die Form der Schlussfolgerung dies nicht garantiert. Henocho und Elias könnten ja auch Schimpansen sein – und deshalb ebenfalls sterblich.

6. Tiefbohrung III: Die Wahrheit bzw. Richtigkeit von Aussagen

Zur Erinnerung: Dies ist der letzte „Inkurs“ zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

- 66 Wir haben soeben den Begriff „Wahrheit“ ins Spiel gebracht, und wir hatten eingangs gesagt: Das Potential von „Aussagen“ (oder „Urteilen“ oder „Sätzen“¹³⁶) sei Wahrheit bzw. Richtigkeit. *Aussagen* können „wahr oder falsch“, „richtig oder falsch“ sein (Begriffen dies noch nicht). Aber was ist Wahrheit?

Die Frage „Was ist Wahrheit?“ ist deshalb so berühmt, weil sie eng mit Jesus Christus verbunden ist. Als Jesus dem römischen Statthalter Pontius Pilatus vorgeführt wird, weil die Juden wollten, dass dieser Jesus zum Tod am Kreuz verurteilt, spricht Jesus zu Pilatus: „Du sagst es: Ich bin ein König. Ich bin dazu geboren und in die Welt gekommen, dass ich die Wahrheit (altgriechisch *alētheia*) bezeuge. Wer aus der Wahrheit ist, der hört meine Stimme.“ Dazu dann Pilatus, leicht verwirrt (und gewiss philosophisch vorgebildet): „Was ist Wahrheit?“¹³⁷

Zum Christuswort „Mein Reich ist nicht von dieser Welt“ – gefallen im selben Kontext – siehe schon oben Rn. 50.

135 Das Beispiel ist angelehnt an *Charles Sanders Peirce*, Deduction, Induction, and Hypothesis (1878), in: CP 2.626 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 233 f. – Peirce' Witz besteht darin, dass Henocho und Elias zwei Propheten aus dem Alten Testament sind, die angeblich in den Himmel aufgenommen wurden, ohne zuvor sterben zu müssen, siehe 1. Mose = Gen 5.24 (1. Buch Mose, auch genannt Genesis; es ist das erste Buch des Alten Testaments und damit auch der Bibel, dort Kapitel 5 Vers 24) und 2. Könige 2.11 (2. Buch der Könige, auch dies im Alten Testament).

136 Zu den drei Begriffen s.o. Rn. 1, 22–25.

137 Joh. 18, 37–38 (Evangelium des Johannes Kapitel 18 Vers 37–38).

a) „Wahrheit“ im Alltag, im Recht und in der (Fach-)Philosophie

Das vielleicht Wichtigste für eine juristische Methodenlehre, die auch für andere Disziplinen „anschlussfähig“ sein soll – zum beiderseitigen Nutzen –, ist wohl das Folgende:

67

Der rechtliche Begriff von „Wahrheit“ unterscheidet sich grundlegend von dem Begriff „Wahrheit“ in der Fachphilosophie. Er entspricht vielmehr dem Alltagsverständnis von Wahrheit, so dass man ihn auf die Kurzformel bringen kann:

„Wahr“ ist das, was wirklich passiert (oder passiert ist oder auch passieren wird). Die Tatsache als solche. Der Sachverhalt, so wie er sich in der Wirklichkeit abgespielt hat.

In diesem Sinn spricht man vor allem im Strafprozess ganz naiv von „Wahrheitsfindung“¹³⁸: Was ist in der Tatnacht wirklich geschehen?

Man kann dies durchaus ein ontologisches Wahrheitsverständnis nennen (oder auch ein realistisches, vgl. oben § 4 Rn. 2). In der antiken Gerichtsrhetorik wäre es ein Fall für den *status coniecturalis* (§ 2 Rn. 9).

Demgegenüber bezieht sich in der fachphilosophischen Logik der Begriff Wahrheit nicht auf Tatsachen, sondern auf *Aussagen* über Tatsachen. Eine *Aussage* (ein Urteil, ein Satz) ist wahr, wenn sie (oder es oder er) die Wirklichkeit (also das, was wirklich der Fall ist; das, was wirklich geschieht, geschehen ist, geschehen wird), richtig beschreibt. Kurz (und für Laien vielleicht etwas befremdlich):

68

Die Aussage „Alle Raben sind weiß“ ist wahr, wenn alle Raben weiß sind.¹³⁹

b) Wahrheitstheorien in der Philosophie

Näherhin gibt es dann eine ganze Reihe von „Wahrheitstheorien“, die im Kern darum ringen, wie man die harten Fakten in der Außenwelt – weiße Raben! – mit etwas so Geistigem wie Wörtern oder Sätzen sinnvoll in Verbindung bringen kann. Die wohl bekanntesten dieser Wahrheitstheorien sind die Korrespondenztheorie, die Kohärenztheorie und die Konsenstheorie.¹⁴⁰

69

138 Natürlich muss hier der berühmte Satz „... wenn's denn der Wahrheitsfindung dient“ erwähnt werden. Mit ihm hat *Fritz Teufel*, ein berühmter Protagonist der 1968er Studentenbewegung, in einem gegen ihn angestrengten Prozess die Aufforderung des Richters, sich zu erheben, kommentiert.

139 In Anlehnung an *Alfred Tarski* (1901–1983), *Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik* (1944), zitiert nach *Gunnar Skirbekk* (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1992, S. 140–188 (143 f.) – bei Tarski ist das Weiße allerdings der Schnee. Wesentlich ist dabei die Unterscheidung von Objektsprache – hier die Aussage „Alle Raben sind weiß“ – und Metasprache, also die Aussage über jene Aussage; siehe dazu auch *Adomeit/Hähnchen*, *Rechtstheorie* (Fn. 132), Rn. 31.

140 Im Flaggschiff der deutschen Fachphilosophie, dem von Joachim Ritter begründeten *Historischen Wörterbuch der Philosophie* (es hat einen eigenen wikipedia-Eintrag), finden sich im letzten Band zum allgemeinen Stichwort „Wahrheit“ 76 Spalten, gefolgt von weiteren 46 Spalten zu Unterbegriffen wie christlich-theologische, objektive oder auch ästhetische und nackte Wahrheit (*Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel* [Hrsg.], *HWPh* [Historisches Wörterbuch der Philosophie], Band 12 [Basel 2004], Sonderausgabe Darmstadt 2019). Die drei genannten Theorien und die noch folgende Konvergenztheorie finden sich dort in dem Abschnitt zur „Analytischen Philosophie“ (Sp. 115–123).

Gemäß der **Korrespondenztheorie** ist ein Satz wahr, wenn er der Wirklichkeit entspricht – aber können wir wirklich *sicher* sein, dass alle Raben weiß sind?¹⁴¹ Können wir den Daten wirklich trauen?

Die **Kohärenztheorie** ist mir am fremdesten: Ihr gemäß ist etwas genau dann wahr, wenn es zu einer maximal kohärenten Menge von Meinungen oder akzeptierten Aussagesätzen gehört.¹⁴² Demgemäß wäre ein Horoskop, das mir einen Lottogewinn voraussagt, wahr, wenn es sich stimmig in den SINNZUSAMMENHANG (zum Begriff siehe oben II 4 a) der Astrologie einfügt. Das hat mir denn doch zu wenig Bezug zur Wirklichkeit „da draußen“.

70

Die sogenannte **Konsenstheorie** der Wahrheit ist ambivalent. In einer platten Form – wahr ist, worüber wir uns alle einig sind –, ist sie sicher falsch: Die Erde ist keine Scheibe, auch wenn man sich lange Zeit darüber einig war. Wenn die Konsensstheorie hingegen meint (und so meint es in Anlehnung an Peirce vor allem Habermas):

Wahr ist, worauf sich am Ende alle einigen *müssten*, und zwar aufgrund des „eigentlich zwanglosen Zwanges des besseren Arguments“¹⁴³,

dann ist das im ersten Schritt richtig. Wenn Habermas daraus dann aber im zweiten Schritt *folgert*, man müsse sein Augenmerk darauf richten, dass der „Diskurs“ über die Argumente bestimmten Regeln zu folgen hat („herrschaftsfreier Diskurs“), und *dies* sei Garant dafür, dass am Ende ein Konsens über die *Wahrheit* herauskommt¹⁴⁴ – dann fehlt auch hier der entscheidende Bezug zur Wirklichkeit „da draußen“.¹⁴⁵ Wie kommt *sie* dazu, unsere falschen Überzeugungen zu korrigieren?

Anders gewendet: Wenn ich aus der Aussage „Wenn eine Aussage wahr ist, wird darüber ein vernünftiger Konsens erzielt“, folgere: „Wir müssen dafür sorgen, dass ein vernünftiger Konsens entsteht“, dann beruht dies auf einem logischen Fehler, nämlich auf einem Schluss von der *Folge* (Konsens) auf die *Voraussetzung* (Wahrheit). Gerade so, als wollte man aus „Wenn die Sonne scheint, bin ich fröhlich“ schließen: „Ich bin fröhlich, also scheint die Sonne“. Oder gar aus „Wer ein guter Wissenschaftler ist, wird häufig zitiert“ folgern: „Wer häufig zitiert wird, ist ein guter Wissenschaftler“. Er kann auch ganz einfach gut vernetzt sein („Zitierkartelle“).¹⁴⁶

In Kurzform also: Aus „Wenn Wahrheit, dann Konsens“, lässt sich nicht gültig schließen: „Hier Konsens, also Wahrheit.“

141 Zu dieser Unterscheidung auf gerade einmal zwei Seiten *Karl Raimund Popper*, Über Wahrheit und Sicherheit, in: *Rechtstheorie* 7 (1976), S. 65 f.

142 *Wolfgang Künne*, Artikel „Wahrheit“, Abschnitt C, in: *HWPh* (Fn. 140), Band 12 (2004), Sp. 118.

143 Berühmte Formulierung, siehe *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien, in: *Helmut Fahrenbach* (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walther Schulz* zu 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, S. 211–265 (226, 240).

144 Explizit *Habermas* (Fn. 143), S. 240: „Die Konsensustheorie der Wahrheit beansprucht den eigentlich zwanglosen Zwang des besseren Arguments durch formale Eigenschaften des Diskurses zu erklären“ (und nicht durch einen Rekurs auf Logik oder Empirie). In der Jurisprudenz hat dies einen Anhänger im frühen Alexy gefunden: *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1978, 2. Aufl. 1991.

145 Meine Kritik an Habermas: *Lege*, *Pragmatismus* (Fn. 18), S. 133–136.

146 Zur Versuchung, Zitationsergebnisse zu manipulieren, schon oben Fn. 17 am Beispiel der „h.M.“ in der Jurisprudenz.

Am überzeugendsten scheint mir daher die sogenannte **Konvergenztheorie** der Wahrheit¹⁴⁷ zu sein – sie ist letztlich nur eine in die Zukunft verlegte Kombination von (primär) Korrespondenztheorie und (sekundär) Konsenstheorie der Wahrheit: Wahr ist diejenige Meinung über die Realität/Wirklichkeit „da draußen“, auf die sich in *the long run* alle, die nach ihr mit Hilfe der Logik suchen, einigen *müssten*. In *the long run*, das heißt: wenn wir unendlich viel Zeit und unendlich viel Kraft, Hirn und Geduld hätten.

71

Diese Konvergenztheorie ist, erneut, eine Erfindung von Charles Sanders Peirce:

„The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real. That is the way I would explain reality.“¹⁴⁸

c) Rechtliche Richtigkeit: Ronald Dworkins „Richter Hercules“

Es scheint mir auf der Hand zu liegen: Die berühmte Metapher, die der berühmte amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin (1931–2013) eingeführt hat, um so etwas wie rechtliche Richtigkeit zu begründen – der allwissende Richter „Hercules“ –, ist nichts anderes als eine dichterische Version der Peirce’schen Konvergenztheorie der Wahrheit.

72

Dworkin geht bekanntlich davon aus, dass es in jeder rechtlichen Frage *eine und nur eine* richtige Antwort gibt – das ist die sogenannte *right answer thesis*. Es gibt also nicht mehrere richtige Antworten, unter denen der Richter nach freiem Ermessen (*discretion*) auswählen könnte.¹⁴⁹

Nur, und das ist der Witz: Anders als der allwissende Hercules können *wir*, als so fehlbare und so häufig irrende Menschen, die wir sind, niemals guten Gewissens behaupten, dass wir in einem konkreten Fall *wirklich* die richtige Antwort gefunden haben. Wir können als Richter kurz nach Verkündung eines Urteils plötzlich gewahr werden: Oh nein, das war ja falsch! (Studenten kennen diese Erfahrung nach Klausuren ...). Nichtsdestoweniger müssen wir als Richter **voraussetzen**:

Bei der Frage, *ob A nun im Recht war oder nicht*, kann es nur *eine* richtige Antwort geben. Das sind wir ihm oder ihr (und auch uns selbst) schuldig.

Aber nur ein Richter, der unendlich klug ist und alles weiß, was man für diesen Fall wissen muss – eben Hercules, als idealer Richter –, *würde* stets die richtige Antwort finden.¹⁵⁰

73

147 In der Jurisprudenz z.B. vertreten von *Arthur Kaufmann*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1986, S. 425–442.

148 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.407 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 205.

149 Am deutlichsten *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously (1977), London 2013, reprint 2022, S. 335–348, 393–402 (als *Reply to Critics*); deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 448–466, 529–540; eingehend dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988, S. 215–243, auch S. 71–82.

150 *Dworkin*, Taking Rights Seriously (Fn. 149), S. 132–159; deutsch: Bürgerrechte (Fn. 149), S. 182–221; auch dazu *Bittner*, Interpretative Praxis (Fn. 149), S. 165–174, 182–193.

Natürlich greift Dworkin mit diesem Bild letztlich auch auf Kant zurück. Kant führt in der „Kritik der reinen Vernunft“ dort, wo es wirklich spannend wird, nämlich im Übergang zur Ethik, den Begriff der „regulativen Idee“ ein. Dies sind Begriffe, die wir **voraussetzen** müssen („a priori“), auch wenn wir sie nicht beweisen können. Am deutlichsten wird dies bei der Idee „Freiheit“: Würden wir nicht *voraussetzen*, dass Menschen die Freiheit haben, so oder auch anders zu handeln, wir könnten niemanden wegen eines Verbrechens zur Verantwortung ziehen. Aber *beweisen*, dass es Freiheit „gibt“ (und wir nicht in Wahrheit [!] die Automaten unserer Hirnströme sind), das können wir nicht. Wobei Kants Pointe dann darin besteht: Wir können auch nicht beweisen, dass es Freiheit „nicht gibt“. So dass man die Frage, ob es Freiheit gibt oder nicht, sehr juristisch „nach Beweislast“ (§ 22 Rn. 12–14, 21–22) entscheiden¹⁵¹ darf: Wir können es nicht wissen, wir müssen es glauben.

Oder nehmen wir Kants zweiten Begriff: „Seele“ (altgriechisch *psyché*): Wir können nicht beweisen, dass wir eine haben. Nichtsdestoweniger gehen wir zu einem Psychologen oder Psychiater. Und wir glauben, eine „Persönlichkeit“ (so die heutige Psychologie) oder „Identität“ zu haben.

- 74 Wichtig ist nun allerdings, dass man, Kant gemäß, derartige „Ideen“ nur **regulativ** verwenden darf, nicht etwa *konstitutiv*. Man darf also nicht etwa aus der „Idee“ von Gott – das ist die dritte dieser regulativen Ideen¹⁵² – schließen, dass er wirklich existiert („sonst könnten wir doch gar nicht von ihm sprechen, oder?“).¹⁵³ Oder aus der „Idee“ von Gerechtigkeit, wie man sie konkret und notfalls mit Gewalt zu verwirklichen hat – etwa in Gestalt einer kommunistischen Gesellschaft. Dies ist dann eben „Ideologie“.

Kurz: „Rechtliche Richtigkeit“, personifiziert im idealen Richter Hercules, ist, ganz ebenso wie „Wahrheit“, eine **regulative Idee** im Sinne Kants (mehr dazu unten § 30 III). Oder noch besser: Hercules ist eine Personifikation von Peirce‘ Konvergenztheorie der Wahrheit.

- 75 Nebenbei: Hercules ist nicht der einzige Rückgriff Dworkins auf Kant. Auch seine Unterscheidung von „Regeln“ und „Prinzipien“, die über Robert Alexy (geb. 1945) in die deutsche Grundrechtsdogmatik eingesickert ist (näher dazu unten § 18 Rn. 84–85), findet sich schon in der „Kritik der reinen Vernunft“: Der Verstand sei „das Vermögen der Einheit der Erscheinungen vermittelt der *Regeln*“, die Vernunft (im engeren Sinn) „das Vermögen der Einheit der Verstandesregeln (!) unter *Prinzipien*“.¹⁵⁴

151 Darauf läuft die Argumentation in der Transzendentalen Dialektik der „Kritik der reinen Vernunft“, genauer in der dritten kosmologischen Antinomie, hinaus; siehe Joachim Lege, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft und die richterliche Methode“, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226 (220–224).

152 Kant benennt die drei Ideen übrigens nicht immer einheitlich. Am bekanntesten ist der Dreiklang „Gott, Freiheit, Unsterblichkeit“. Man findet aber auch: „Seele“ (das denkende Subjekt), „Welt“ (Inbegriff aller Erscheinungen), „Wesen aller Wesen“.

153 Einen solchen Vernunftgebrauch nennt Kant in der „Kritik der reinen Vernunft“ dreist (KrV B 716), faul (B 717) und verkehrt (B 720); zum Kürzel KrV schon Fn. 39.

154 Kant, KrV B 359 (Fn. 39).

d) Erfahrung (Empirie) als Kriterium der Wahrheit (und Peirce' Kategorienlehre)

Wie auch immer: Wenn wir für die Wahrheit (oder Richtigkeit) darauf abstellen, dass am Ende *alle* sie akzeptieren müssten, bleibt ein Problem (wir haben es schon angedeutet): Wie kommt die Realität dazu, uns in unserem „Denken“ (*thinking* und *thought*¹⁵⁵) zu wahren Aussagen „über“¹⁵⁶ eben diese Realität zu führen?

76

Die Antwort ist leicht: Indem sie uns in unserem Handeln, genauer: in den Erwartungen an unser Handeln immer wieder enttäuscht – oder aber auch belohnt. Wenn wir immer weiter nach Westen segeln, fallen wir nicht irgendwann über den Rand der Welt ins Bodenlose, sondern landen in Amerika. Kurz: Die *Erfahrung*, d.h. die Erfüllung oder Enttäuschung von Erwartungen an das, was „da draußen“ ist,¹⁵⁷ führt uns letztlich zur Wahrheit.

Peirce hat die Art und Weise, wie Erfahrung uns durch immer neue Überraschungen korrigiert, in einer sehr abstrakten, aber auch sehr schönen Kategorienlehre analysiert.¹⁵⁸ Demgemäß hat alles (alles!) seine ureigene *Qualität*, z.B. eine Rose ein sehr rotes Rot, ein Stein eine gewisse Härte – Peirce nennt dies „Erstheit“ (*Firstness*). Diese Firstness trifft, in einem **outward clash**, auf eine andere Qualität, z.B. die relative Weichheit meines Fußes – diesen Zusammenstoß nennt Peirce „Zweitheit“ (*Secondness*) und sieht in ihm die eigentliche, „harte“ Realität. Allerdings sind diese ersten beiden Kategorien noch völlig irrational. Rational wird es erst, wenn aus dem Aufeinandertreffen etwas Drittes entsteht, nämlich die Repräsentation dieses Aufeinandertreffens in einem Zeichen, hier: einem Schmerz (auf meiner Seite; ob der Stein etwas empfindet, wissen wir nicht). Dies nennt Peirce „Drittheit“ (*Thirdness*).

77

An dieser Stelle passt ein kleiner Rückblick auf die These, dass Wertungen erste Prädikate sind. Peirce sagt: „Aber es gibt kein Gefühl, das nicht auch eine Repräsentation ist, ein Prädikat von etwas, das bestimmt ist durch die Gefühle, die ihm vorausgehen“¹⁵⁹ – in unserem Fall: durch ein zuvor noch vorhandenes körperliches Wohlbefinden.

Wichtig ist nun: *Wirklich* rational und „vernünftig“ sind Erfahrungen erst dann, wenn sie sich nicht nur mit Drittheiten beschäftigen, auch nicht nur mit Erstheiten wie den Gefühlen und Bedeutungen, die wir schon kennen und die wir vielleicht sogar, sagen wir: in einer „Internet-Blase“, mit Gleichgesinnten teilen. *Wirklich* rational wird es nur, wenn wir uns immer wieder dem *outward clash* (Zweitheit) mit anderen Erstheiten aussetzen. Nur diese *Secondness* schafft den nötigen Realitätsbezug.

78

Wie auch immer: Im Begriff der *Wahrheit* ist letztlich enthalten – als praktische Konsequenz¹⁶⁰ –, dass es eine äußere Realität gibt, die uns korrigieren oder bestätigen

79

155 *Thinking* ist der Prozess des Denkens als Aktivität, *thought* ist der Gedanke als Produkt, vgl. *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 161 und öfter.

156 Zu diesem „über“ oben II Rn. 42.

157 Das „da draußen“ kann übrigens auch ich selbst sein. Es kann mich überraschen, wenn ich plötzlich merke: Hoppla, das kann ich ja doch!

158 Darstellung bei *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 243–262 mit der Interpretation: „ein normativer Begriff von Erfahrung“.

159 *Charles Sanders Peirce*, Some Consequences of Four Incapacities (1868), in: CP 5.292 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 292.

160 Zur pragmatischen Maxime oben I Rn. 14–16.

kann. Eben deshalb kann denn auch ein Konsens allein – auch ein nur hypothetischer Konsens in ferner Zukunft! – nicht das *Kriterium* der Wahrheit sein. Dies dürfte in den empirischen Wissenschaften („Naturwissenschaften“) Konsens sein (Zwinkersmiley).

- 80 Stattdessen gilt, weitgehend unbestritten, der sogenannte Falsifikationismus: Wir können niemals sicher sein, die Wahrheit erreicht zu haben, vielmehr befinden wir uns immer nur auf dem gegenwärtigen Stand unseres Irrtums. Die generelle Aussage „Alle Schwäne sind weiß“ wird widerlegt (falsifiziert), wenn uns ein schwarzer Schwan begegnet.

Aber vielleicht ist ja die partikuläre Aussage: „Dieser Schwan ist schwarz“ falsch? Und in Wahrheit ist es gar kein Schwan, sondern eine ganz neue Gattung?¹⁶¹ Ganz so einfach ist es mit dem Falsifizieren also nicht! Wir werden im Rahmen der Syllogistik („Geflecht von Schlussfolgerungen“) darauf zurückkommen (§ 6).

Klassiker eines solchen Falsifikationismus ist der sich selbst so bezeichnende Kritische Rationalismus des gelehrten Physikers Karl Raimund Popper (1902–1994) – Hauptwerk: „Logik der Forschung“ (1932) – und des gelehrten Ökonomen Hans Albert (1921–2023)¹⁶²; in der Rechtsphilosophie folgen ihm vor allem Reinhold Zippelius (geb. 1928) und Klaus Adomeit (1935–2019).¹⁶³

e) Konsens als Kriterium normativer (moralischer, rechtlicher) Richtigkeit?

- 81 Wie verhält es sich nun aber in den normativen Wissenschaften? Vorausgesetzt, dass man dort *überhaupt* von z.B. ethischer oder rechtlicher Richtigkeit sprechen kann (wir tun dies) – wie soll dann dort eine äußere Realität aussehen, die uns korrigiert? Kann man zum Beispiel sagen, dass die Todesstrafe zu allen Zeiten und überall¹⁶⁴ objektiv „richtig“ oder „falsch“ ist? Bleibt das nicht immer eine Frage „bloßen Meinens“ (statt Wissens)? So dass wir im Bereich des Normativen gar kein anderes Kriterium für Richtigkeit haben als einen Konsens? Aber wie ist es dann mit den ganz Dummen, die es immer gibt? Dürfen wir deren Meinung vernachlässigen? Und nur auf den Konsens der Vernünftigen abstellen (so Aristoteles in seiner „Topik“¹⁶⁵)? Oder in der Demokratie, *faute de mieux*,¹⁶⁶ auf die Meinung der Mehrheit?
- 82 Es dürfte auf der Hand liegen: Im Bereich des Normativen kann es für die *Richtigkeit* einer Meinung noch weniger auf den Konsens ankommen als im Bereich der (deskriptiven) Wahrheit. Die Mehrheit kann irren, schwer irren sogar. Und wenn man so will, beruht jeder Fortschritt in der Ethik oder im Recht geradezu darauf, dass alte Konsense, z.B. bei der Sprachverwendung (generisches Maskulinum!), durch neue Erkenntnisse über den Haufen geworfen werden.

Erkenntnisse? Wirklich neue Erkenntnisse? Oder nur neue Machtverhältnisse?

161 Beispielsweise hat man die Sperlinge lange Zeit für eine Art der Finken gehalten. Mittlerweile bilden sie neben den Finken eine eigene Familie, einige Arten gehören auch zu den Webervögeln.

162 Bekanntestes Werk: *Albert*, Kritische Vernunft (Fn. 84).

163 Zu ihnen bereits § 1 Rn. 24 und 26.

164 Zur historischen Relativität der Todesstrafe und weiterer harter Strafen eindrücklich *Gertrude Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts. Über Härte, Milde und Fortschritt im Recht, Basel 2017.

165 Siehe das Zitat oben § 2 am Ende (Rn. 36).

166 *Reinhold Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 66, 129–144 (135), 291.

Wie auch immer, es muss auch im Bereich der normativen Aussagen gelten: Der Konsens *folgt* der Richtigkeit, er ist nicht ihr Kriterium. Man darf auch hier nicht von der Folge auf die Ursache, vom Konsens auf Richtigkeit schließen (zu diesem logischen Fehler bei Habermas schon oben Rn. 70). Vielmehr gilt: Wenn wir zu etwas zustimmen, wenn wir konsentieren sollen – und nicht bloß gehorchen (gar vorausseilend gehorchen) –, dann wollen wir davon *überzeugt* werden, dass es so und nicht anders *sachlich richtig* ist. Zum Beispiel das Gendersternchen verwenden oder auch nicht (dies sollte uns „freigestellt“ sein, s.o. Rn. 63).

Die Konsequenz ist dann freilich auch, dass es in der Demokratie gerade nicht um „Richtigkeit“ geht. Dass wir *idealerweise* (oben Rn. 71) allesamt dem wirklich Vernünftigen zustimmen *würden* – bei Rousseau: in einer *volonté générale*¹⁶⁷ –, ist auch hier die *Folge* der Vernünftigkeit einer Problemlösung. Weil wir diesen idealen Konsens aber, wie die Erfahrung zeigt, niemals erreichen, müssen wir auf die Mehrheit abstellen – aber nicht aus Gründen der Richtigkeit, sondern aus Gründen der *Macht*: Demokratie ist geradezu ein „Ersatz für Wahrheit“¹⁶⁸ (und politisch betrachtet primär Mehrheitsschutz).

83

Geradezu falsch erscheint mir daher Habermas' Konzept einer „deliberativen Demokratie“ (lateinisch *deliberare* = erwägen, überlegen, beratschlagen).¹⁶⁹ Es ist eine Wiederholung seines Versuchs, das Ideal eines „herrschaftsfreien Diskurses“ nicht regulativ, sondern konstitutiv zu verwenden: konstitutiv für moralische Richtigkeit.

Ganz ebenso verkehrt ist es, wenn in der Rechtswissenschaft als Kriterium für rechtliche Richtigkeit die „Konsensfähigkeit“ einer rechtlichen Problemlösung genannt wird.¹⁷⁰

Was aber kann dann im Bereich des Normativen, insbesondere im Bereich des Rechts, ein Kriterium für *Richtigkeit* sein?

84

Im Vorgriff (zu §§ 31–34): Die Kriterien rechtlicher und juristischer Richtigkeit findet man in der juristischen Ästhetik – diese freilich nicht verstanden als die Lehre vom Schönen oder Erhabenen, sondern als Lehre vom Gelungenen (und Misslungenen, versteht sich).

167 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Buch II Kapitel 3, 4 und 6; deutsch: Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1977. – *Volonté générale* ist der allgemeine Wille, nicht etwa der Wille aller (*volonté de tous*). Er kann sich daher nur im Hinblick auf „allgemeine Gegenstände“ bilden, so dass Einzelfallgesetze kein legitimes Instrument der Demokratie sind (so auch Art. 19 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes).

168 Eine mündliche Formulierung von Bernd Rüthers, die ich in seinen Schriften so explizit leider nicht wiedergefunden habe.

169 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, vor allem S. 383–398.

170 So insbesondere Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2011, § 18 I 4, 20 I. – Die dahinter stehende Überzeugung von einem „experimentierenden Denken“ im Recht vernachlässigt, dass es im Recht keine derart „harte“ Realität gibt wie in den Naturwissenschaften, keine Realität, die uns derart eindeutig korrigiert wie ein Stein, der uns auf den Kopf fällt.

7. Übergang: Aussagen als Bestandteile von Schlussfolgerungen

- 85 Aber schauen wir noch einmal zurück: In jeder Aussage, so hatten wir gesehen, steckt immer schon „mehr drin“, als sie explizit sagt, zum Beispiel die Verneinung ihres Gegenteils (oben unter 5). Dies führt dann dazu, dass mehrere Aussagen derart zusammengestellt werden können, dass sich aus ihnen ein schlüssiger Gedankengang ergibt, an dessen Ende man geradezu perplex sagt: Klar! Warum habe ich das nicht gleich so gesehen? „Wenn A in B steckt und C steckt in A, dann steckt C auch in B.“¹⁷¹

Ganz ebenso ist es vielleicht mit der Logik insgesamt. Es gab sie schon immer, ebenso wie die Fallgesetze. Nichtsdestoweniger hat irgendjemand sie erstmals entdecken und formulieren müssen, also etwa Aristoteles (Logik) oder Galilei (Fallgesetze).

Kant schreibt in der Vorrede zur zweiten Auflage der „Kritik der reinen Vernunft“: „Dem ersten, der den gleichschenkligen Triangel [= Dreieck] demonstrierte, er mag nun Thales oder wie man will geheißen haben, dem ging ein Licht auf; (...)“.¹⁷²

- 86 Und es ist wohl gerade eine **ästhetische** Qualität der Logik gewesen, die den „zwanglosen Zwang“ besserer Argumente begründete – einen **sachlichen** Zwang, der eine Alternative zu der Möglichkeit bot, sich wegen Streitigkeiten um „Alteigentum“ erneut die Köpfe einzuschlagen (zur Geburt der Rhetorik und damit auch der Logik¹⁷³ nach dem Ende der Tyrannis in Syrakus oben § 2 Rn. 2–3). Paul Feyerabend hat es einmal so formuliert:

Es war eine neue Art, Stories zu erzählen, Stories, deren Ablauf als „von innen her geregelt“ erscheint.¹⁷⁴

- 87 Wir wollen im Folgenden nun diese Art des logischen *storytelling* genauer betrachten. Dabei wollen wir, über die üblichen Darstellungen der Logik hinaus, von der Überzeugung ausgehen: „Die“ Logik ist nicht etwa nur dazu da, Ergebnisse zu *begründen* – Ergebnisse, die man zuvor auf anderen Wegen „außerhalb der Logik“ gefunden hat (so wie die h.M. in der juristischen Methodenlehre es sieht, § 3 Rn. 1, 15, 18, 20). Sondern die Logik ist auch schon aktiv, wenn es darum geht, Problemlösungen zu *finden* – teils vermutend, teils kreativ (siehe schon § 3 Rn. 21, 28, 32).

Im Juristischen findet man diese Unterscheidung von Erfindungszusammenhang (auch: Entdeckungszusammenhang, *context of discovery*) und Begründungszusammenhang (auch: Rechtfertigungszusammenhang, *context of justification*)¹⁷⁵ geradezu stilisiert¹⁷⁶ in der Dichotomie von Gutachtenstil und Urteilsstil. Der Gutachtenstil

171 Aristoteles, Zweite Analytik I 3 (72b37), Ausgabe: Organon Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998.

172 Kant, KrV B XI f. (Fn. 39).

173 Genauer müsste man sagen: der Logik in ihrer europäischen griechisch-römischen Tradition. Andere Kulturen haben natürlich ebenfalls ihre Lehren von dem, was wir Logik nennen.

174 Paul Feyerabend, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.

175 Zu dieser in der Wissenschaftstheorie gut etablierten Unterscheidung umfassend Jutta Schickore, Artikel „Scientific Discovery“, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2022, unter (5), <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/scientific-discovery/> <15.11.2023>; siehe auch Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2020, Rn. 12 f., mit der weiteren Formel von „Herstellung und Darstellung“ einer Entscheidung.

176 „Stil“ ist eine ästhetische Kategorie, dies bestätigt einmal mehr die Thesen der NJML. Genauer zum Thema Stil: Lege, Pragmatismus (Fn. 18), S. 334 f.

beginnt mit der Frage, und er endet nach mehr oder weniger aufwendiger Begründung mit dem Ergebnis. Der Urteilsstil beginnt mit dem Ergebnis, und es folgt die scheinbar fraglose Begründung – eingebettet in logische Schlussfolgerungen.

III. Das Potential von Schlussfolgerungen: Begründung

Wir hatten soeben unter II 5 gesehen: Eine Aussage steht nie für sich allein, sondern aus einer Aussage *folgt* – immer schon – auch etwas für andere Aussagen. 88

Aus dem wahren Satz „Alle Hühner sind grün“ folgt zum Beispiel: Auch der Satz „Einige Hühner sind grün“ ist wahr, bis hin zu dem Einzelfall „Das Huhn Ginger ist grün“. Es folgt daraus ferner: „Der Satz ‚Einige Hühner (einschließlich Ginger¹⁷⁷) sind rot (= nicht-grün)‘ ist falsch.

Aber WARUM kann aus dem einen Satz etwas für einen anderen folgen? Es liegt daran, dass auch das Schlussfolgern von Voraussetzungen lebt, die es nicht selbst liefern kann, sondern die ihm vor-gegeben sind (1) und ohne die es logische Begründungen nicht gäbe (2).

1. Die drei logischen Grundsätze („Axiome“)

Diese Voraussetzungen sind die sogenannten „logischen Grundsätze“ (oder auch „logischen Axiome“) – gelegentlich werden sie auch als die „obersten Denkgesetze“ bezeichnet.¹⁷⁸ Von ihnen gibt es drei (vielleicht auch vier¹⁷⁹). Sie lauten (wir knüpfen an unser Beispiel an): 89

- | | |
|--|---|
| - (1) der Satz der Identität (oder auch: $A = A$) | Ein Huhn ist ein Huhn;
grün ist grün. |
| - (2) der Satz vom Widerspruch ($A = \text{nicht Non-}A$) | grün ist nicht nicht-grün |
| - (3) der Satz vom ausgeschlossenen Dritten
(lateinisch: <i>tertium non datur</i>) | grün oder nicht-grün! Rot
ist keine weitere Option |

Erst wenn man all dies *voraussetzt*, ist die folgende *Schlussfolgerung* „schlüssig“:

Der Satz „Einige Hühner, zumindest das Huhn Ginger, sind rot“ ist falsch, wenn und weil der Satz „Alle Hühner sind grün“ wahr ist.

Man kann auch sagen: Erst unter diesen Voraussetzungen hat sie einen tragfähigen Grund. 90

Nebenbei: Im englischen Wort *reasoning* für „schlussfolgern“ kommt dieser Bezug auf einen „Grund“ (*reason*) und damit eine Begründung sehr schön zum Ausdruck.

177 Ginger ist die Hauptfigur in dem englischen Knet-Animationsfilm „Chicken Run“ von 2000.

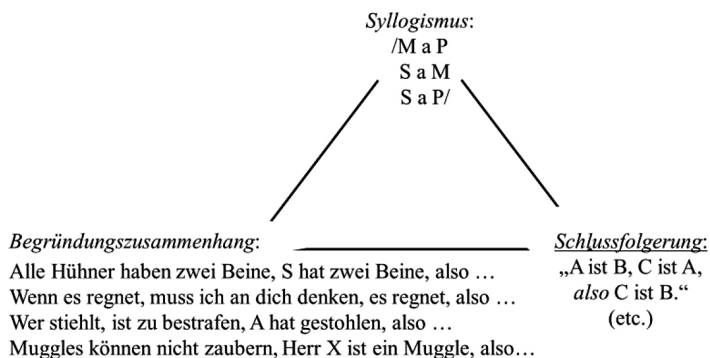
178 Schneider/Schnapp, Logik (Fn. 132), S. 87–99.

179 Hinzu kommt dann der Satz vom zureichenden Grund, dazu ebendort S. 95–99.

2. „Schlussfolgerung“ und „Syllogismus“ (und das semiotische Dreieck)

- 91 Was aber „ist“ dann eigentlich eine Schlussfolgerung? Es mag etwas überraschen, aber auch Schlussfolgerungen lassen sich semiotisch (zeichentheoretisch) deuten. Und zwar dergestalt, dass ihr pragmatistisch-logisches „Wesen“ in die Definition mit einbezogen wird:

Eine Schlussfolgerung ist die **Bedeutung** eines Syllogismus (er ist das Zeichen¹⁸⁰) im Hinblick auf einen *Begründungszusammenhang*.



- 92 Wir gehen also davon aus, dass auch und gerade Syllogismen auf etwas Äußeres verweisen – mag dies nun die „wirkliche Wirklichkeit“ sein, und hier eine Tatsache oder eine Norm, oder auch eine Welt der *fiction* – sagen wir: die Welt des Harry Potter.

Wir haben dies oben einen SINNZUSAMMENHANG genannt (Rn. 40-43), und wir werden noch sehen, dass die *formale* Gültigkeit der Logik (genauer: der deduktiven Logik) sich nur mit Bezug auf diesen *materialen* Zusammenhang begründen (!) lässt (unten § 6 Rn. 28–31) – wenn man denn mit dem Verweis auf Evidenz nicht völlig glücklich ist.¹⁸¹

3. Syllogismen als Kombination dreier Sätze (zwei Prämissen, eine Konklusion)

- 93 Aber kommen wir nun zur sozusagen technischen Seite des Schlussfolgerns: zu den Syllogismen. Sie bestehen aus mindestens drei Sätzen. Ein Satz oder zwei Sätze allein reichen für eine tragfähige Begründung nicht aus.

Der Satz „Ich bin schließlich der Mann“ reicht nicht aus, um ein Privileg zu begründen, das Privileg muss vielmehr aus einem anderen Satz folgen, z.B. aus dem alten

180 Einzelheiten siehe Fn. 18.

181 Siehe auch *Peirce*, *Some Consequences*, in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: *Schriften* (Fn. 1), S. 49: „Die Schwierigkeit zu zeigen, inwiefern das Gesetz des deduktiven Schlussfolgerns gültig ist, beruht auf unserer Unfähigkeit, uns vorzustellen, es sei nicht gültig.“

§ 1626 BGB von 1900, gemäß dem der Vater in Sachen Kindererziehung das letzte Wort hatte.¹⁸²

Ebenso reichen die beiden Sätze: „Der Embryo ist Träger der Menschenwürde“ und „Deshalb darf der Embryo nicht einer PID (Präimplantationsdiagnostik) unterzogen werden“ als tragfähige Begründung nicht aus. Man muss vielmehr klarstellen, was aus der Menschenwürde praktisch folgt oder genauer folgen soll (s.o. Rn. 3–5), zum Beispiel: „Die Menschenwürde verbietet es, ein menschliches Wesen zu einem bloßen ‚Mittel zum Zweck‘, zu einem bloßen Objekt zu machen.“¹⁸³

Und dann muss man natürlich noch begründen, warum die PID eine derartige „Herabwürdigung“ zu einem bloßen Mittel ist.

Wenn diese mindestens drei Sätze nun logisch-folgerichtig aufeinander bezogen sind, 94
nennt man das Ganze einen **Syllogismus**. Dabei bezeichnet man die beiden ersten Sätze als *Prämissen* (wörtlich: die Vorausgeschickten) und den dritten Satz als die *Konklusion* (lateinisch *conclusio*, wörtlich: Zusammenschluss). Zum Beispiel:

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.

Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.

Konklusion: Ginger ist grün.

Oder auch:

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.

Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.

Konklusion: Ginger ist nicht rot (= nicht nicht-grün).

Wenn man sodann bei den Prämissen im ersten Satz eine allgemeine (universelle) 95
Aussage hat und im zweiten Satz einer besondere(re) (partikuläre oder singuläre) Aussage,¹⁸⁴ werden diese Sätze in der klassischen Logik als die *Maior* und die *Minor* bezeichnet (wörtlich „die größere“ und „die kleinere“). Zum Beispiel:

182 Die Vorschrift lautete: „Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.“ Zum Epheser-Brief des Apostels Paulus schon Fn. 56.

183 Dass diese sogenannte „Objektformel“ von Kant inspiriert ist, genauer: von der dritten Fassung des kategorischen Imperativs, liegt auf der Hand. – Man sollte sich aber klar machen: Diese Formel ist „nicht wirklich“ der autoritative Text (zum Begriff § 14 II), der als Recht gilt, sondern lediglich eine Interpretation dieses Textes. Zudem sollte man sich klarmachen, dass Günter Dürig, als er die Formel im Jahr 1958 formulierte, sich nicht allzu viel dabei gedacht hat: Das Grundgesetz war völlig neu, die Würdeformel erst recht ... „was kann ich groß dazu schreiben ... muss mir was einfallen lassen ...“. Dürig hat sicher nicht damit gerechnet, dass man derart viel daraus herausdeduziert: das Verbot der Präimplantationsdiagnostik (h.M., siehe *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber [Fn. 5], Art. 1 GG Rn. 25); das Verbot, ein Passagierflugzeug abzuschießen, das von Terroristen in ein Atomkraftwerk gelenkt wird, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 133, 241 – Luftsicherheitsgesetz[2013]); die Art und Weise der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, etwa bei Geldleistungen an Asylbewerber (BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz [2012]).

184 Zu dieser Unterscheidung *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 79–103.

praemissa maior: Kein Huhn ist grün.

praemissa minor: Ginger ist grün.

conclusio: Ginger ist kein Huhn.

Oder um endlich ein juristisches Beispiel zu bringen:

praemissa maior: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist zu bestrafen.

praemissa minor: Täter A hat einen Menschen heimtückisch getötet.

conclusio: Täter A ist zu bestrafen.

4. Kategorische und hypothetische Schlüsse: nur eine Formulierungsfrage

- 96 Es dürfte aufgefallen sein: Das letzte Beispiel ist anders formuliert als die drei ersten. Macht dies auch einen Unterschied in der Sache?

– (1) Schauen wir zunächst genau hin: Die ersten drei Syllogismen bestehen aus drei Aussagesätzen („A ist B, C ist A, also ist C auch B“). Demgegenüber besteht beim letzten Syllogismus die erste Prämisse schon aus *zwei* Sätzen: einem vorangestellten Konditionalsatz als Nebensatz und einem darauf folgenden Hauptsatz („Wenn ... dann ...“). Die zweite Prämisse nimmt sodann in einem nächsten Aussagesatz Stellung zu dem, was im Konditionalsatz als Bedingung (Hypothese) in den Raum gestellt wurde. Daraus folgt der dritte Satz, wieder ein einfacher Aussagesatz (hier mit der normativen Aussage „ist ... zu bestrafen“¹⁸⁵). Alles zusammen hat dann diese Form: „Wenn A, dann B; hier A; also auch B“.

- 97 – (2) In der traditionellen Logik nennt man nun die erste Form –

„A ist B, C ist A, also ist C auch B“¹⁸⁶

einen **kategorischen** Syllogismus (griechisch *kat-ēgoría* bedeutet eigentlich „Anklage, Beschuldigung“; in diesem Kontext kann man es gut mit „Urteil“ übersetzen: eben weil der Syllogismus aus drei „bedingungslosen“ Urteilen über die Welt besteht).

Die zweite Form –

„Wenn A, dann B; hier A; also auch B“

bezeichnet man hingegen als einen **hypothetischen** Syllogismus, eben weil er in dem Bedingungssatz (Konditionalsatz) eine Hypothese aufstellt; anders gewendet: weil er dort eine *Voraussetzung* formuliert (griechisch *hypó-thēsis* kann man gut so übersetzen¹⁸⁷).

- 98 – (3) Für ein pragmatistisches Logikverständnis – so wie es einer rechtlichen und juristischen Logik zu Grunde zu legen ist – ist nun am wichtigsten: Ob eine Schlussfolgerung in der Form eines hypothetischen oder eines kategorischen Syllogismus **formuliert** wird, macht **praktisch**, also in der objektiven Bedeutung, **keinen Unter-**

185 Siehe oben II Rn. 24–30 (25).

186 Siehe Rn. 85 mit Fn. 171.

187 Das Verb *tithēnai* (1. Person Singular Präsens Aktiv: *tithēmi*) bedeutet „legen, setzen, stellen“, vergleichbar dem lateinischen *ponere*. Ableitungen davon: Thema, These, Theke; Antithese, Hypothese, Prothese; etc.

schied. Kategorische Schlüsse lassen sich ohne Mühe in hypothetische Schlüsse umformulieren: Die Schlussfolgerung

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.

Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.

Konklusion: Ginger ist grün.

ist *in der Sache* dieselbe wie

Prämisse 1: Wenn etwas ein Huhn ist, ist es grün.

Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.

Konklusion: Ginger ist grün.

Ebenso gilt nun im Rechtlichen oder Juristischen: Die Formulierung

99

Prämisse 1: Wer einen Menschen ermordet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Prämisse 2: Täter A hat einen Menschen ermordet.

Konklusion: Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

bezeichnet *in der Sache* dasselbe wie die Formulierung

Prämisse 1: Der Mörder ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Prämisse 2: Täter A ist ein Mörder.

Konklusion: Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Mit anderen Worten: Logisch besehen, besteht **in der Sache** kein Unterschied.

(4) Nicht zu verkennen ist allerdings: Die Formulierungen können einen Unterschied **im Ton** machen¹⁸⁸ – und dies kann auch mehr oder weniger „bewusst und gewollt“¹⁸⁹ sein.

100

Ein wenig rühmliches Beispiel ist die aktuelle Formulierung des § 211 StGB. Sie lautet wörtlich: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“ „Der Mörder“ – das ist im Ton immer noch die Sprache des Nationalsozialismus mit seiner Vorstellung, dass ein Mensch vor allem danach zu beurteilen ist, was er *ist* (z.B. Jude), und nicht danach, was er *tut* (siehe dazu bereits oben Rn.12). Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat sich zwar längst von dem sogenannten Täterstrafrecht des Nationalsozialismus verabschiedet, es herrscht unbestritten ein sogenanntes Tatstrafrecht. § 211 StGB lautet aber immer noch so, wie er 1933 umformuliert wurde (damals mit Androhung der Todesstrafe).

5. Die Formeln des Schlussfolgerns („Syllogistik“)

Was macht aber nun die genannten Schlussfolgerungen so überzeugend? Worauf beruht ihre Kraft der Begründung? Ich beginne mit einem Umweg:

101

188 Vgl. Kant, KrV B 772 (Fn. 39): „Das, was hierbei streitig wird, ist nicht die *Sache*, sondern der *Ton*.“ Kontext: „Die Disziplin der reinen Vernunft in Ansehung ihres polemischen Gebrauchs“. – In der ersten Auflage hieß es übrigens noch „streitig“ statt „streitig“ (was durchaus juristischer klingt!).

189 Für Nichtjuristen: „bewusst und gewollt“ ist eine Kurzdefinition des Begriffs „Vorsatz“ (im Gegensatz zur Fahrlässigkeit).

a) Platon oder: Logik als die Mathematik hinter dem Begründen

- 102 In Platons „Politeía“, dem wohl wichtigsten Buch der europäischen Philosophie – meist wird der Titel falsch mit „Der Staat“ übersetzt¹⁹⁰ –, in Platons „Politeía“ wird sehr ausführlich der Bildungsgang entworfen, den die sogenannten Wächterinnen und Wächter in jungen Jahren zu durchlaufen haben, bevor sie auf die Praxis „losgelassen“ werden. Dieser Bildungsgang beginnt mit Arithmetik und Geometrie, und er endet mit Astronomie (!), Musiktheorie (!) und „Dialektik“ – was man am besten mit „Logik und Argumentationstheorie“ übersetzen sollte. Denn die *Idee*, die hinter diesem Programm steht, ist ganz schlicht: Wir wollen die Welt *rational durchschauen* („Theorie“ kommt von *theân*, das bedeutet „sehen, betrachten“) – und „rational“ heißt für Platon offensichtlich: „berechenbar“ mit mathematischen Formeln (Arithmetik, Geometrie).

Warum dann aber Astronomie und Musiktheorie? Nun, für Platon sind der Sternenhimmel und gute Musik das Schönste, das es in der Natur zu sehen und zu hören gibt (menschliche Schönheit ist ein Kapitel für sich¹⁹¹). Eben deshalb interessieren Platon die *Gesetzmäßigkeiten*, die „dahinter“ stehen, so wie in der Geometrie die Formeln von Thales oder Pythagoras „hinter“ allen Dreiecken stehen. Anders gewendet: Astronomie und Musiktheorie sind die *Mathematik* hinter den Sternen und hinter einem musikalischen Gelingen.

- 103 Ganz ebenso verhält es sich nun mit der Dialektik, wörtlich: Kunst der sprachlichen Auseinandersetzung (*légein* = reden, sprechen, *diá* = durch, hindurch, mithilfe). Auch diese „Dialektik“ enthält offenbar eine Mathematik: die Mathematik hinter dem (sprachlichen) Begründen.

Bereits hier will ich einflechten: Die Jurisprudenz ist demgemäß die Mathematik hinter dem Recht.

b) Die historische Entwicklung der Formeln

- 104 Im Einzelnen hat man nun die logischen Schlüsse (Schlussfolgerungen, Syllogismen) immer wieder neu auf „Formeln“ gebracht – man nennt dies **Syllogistik**. Eine Blütezeit war das Mittelalter, aus dieser Zeit stammen die erwähnten logischen Quadrate (soeben unter II 5). Ohne Übertreibung kann man zudem sagen, dass das bekannteste Werk, die „*Summulae logicae*“ des späteren Papstes¹⁹² Petrus Hispanus (1205–1277), bis heute *state of the art* sind. (Wir haben das Werk im Kontext der „Logik von Port Royal“ bereits erwähnt, s.o. § 1 Rn. 12–13). Das, was man heute unter „formaler Logik“ versteht (im Philosophie-Studium ist es Pflichtstoff), ist hingegen erst im 19. Jahrhundert entstanden (zu Gottlob Frege siehe oben I 3) und dabei noch eine Stufe abgehobener, kalkülisierter, „mathematischer“ geworden (mehr dazu sogleich unter c bis e).

190 In Wahrheit bedeutet *politeía* „Verfassung des Staates“ oder gar „gute Verfassung“ (mit der *stasio-teía* als Gegenbegriff). „Staat“ hingegen heißt auf Griechisch bekanntlich *polis* und meint eigentlich nur die griechischen Stadtstaaten, nicht aber große Reiche wie das der Perser oder der Ägypter. – Ein kleines *aggiornamento*: Joachim Lege, „Politeía“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

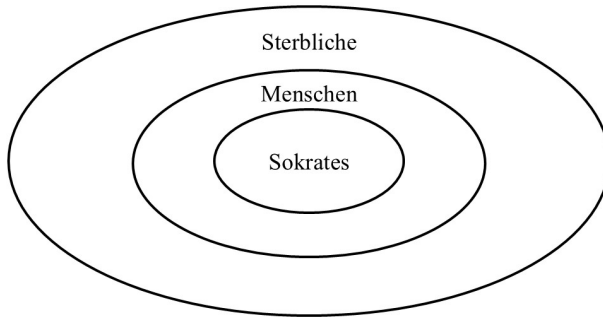
191 Nämlich: Nach dem griechischen Idealbild hatte der vollkommene Mensch *kalós kai agathós* zu sein (Kurzformel *kalós kagathos*), das heißt ganz wörtlich: „schön und gut“. – Für Frauen muss es natürlich *kalé kagathé* heißen; der Name Agathe kommt daher.

192 Als Papst nannte er sich Johannes XXI. (1276–1277).

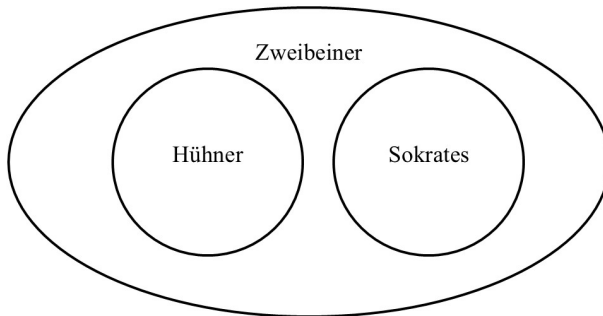
Um ein Missverständnis zu beseitigen: Es wäre falsch, den Begriff „formale Logik“ auf diese mathematisierte Logik zu beschränken. *Jede* Logik ist formal.¹⁹³

Es gibt, nebenbei, nicht nur algebraische Formeln der Logik, sondern auch – und sehr hilfreich, weil der Mensch nun mal ein Augentier ist – geometrische Darstellungen der Logik. Am bekanntesten sind die sog. Euler'schen Kreise und die Venn-Diagramme.¹⁹⁴ Der Schluss: „Alle Menschen (M) sind sterblich (S), Sokrates ist ein Mensch, also ist Sokrates sterblich“ würde dann so aussehen:

105



Hingegen wäre dies die graphische Darstellung von „Alle Hühner haben zwei Beine, Sokrates ist ein Huhn, Sokrates hat zwei Beine, also ist Sokrates ein Huhn“:



Wir können im Folgenden nun die „juristisch relevanten“ und bereits vorgestellten Darstellungsformen der Syllogistik – die kategorischen und die hypothetischen Schlüsse (oben unter 4) – noch etwas genauer unter die Lupe nehmen.

106

193 Tugendhat/Wolf, Propädeutik (Fn. 15), S. 14.

194 Dazu etwa Wesley C. Salmon, Logik, Stuttgart 1983, S. 121–140; eingehend auch Joerden, Logik (Fn. 132), S. 97–111.

c) Die kategorischen Schlüsse, insbesondere: *Modus Barbara* und *Modus Darii*

- 107 Die erwähnten kategorischen Schlüsse (unter 4) knüpfen an die oben präsentierten Aussagequadrate an (s.o. Rn. 62), genauer: an die dort unterschiedenen vier Arten von Sätzen (bejahend, verneinend, teils bejahend, teils verneinend).

In den aus solchen Sätzen gebildeten Syllogismen kann man nun das Subjekt, das Prädikat (genauer: Prädikatsnomen) und den sogenannten Mittelbegriff (dazu sogleich mehr) durch die Großbuchstaben S, P und M ersetzen, außerdem die sogenannte Kopula („alle sind“, „keiner ist“, „einige sind“, „einige sind nicht“) durch die Kleinbuchstaben a (wie *affirmo*), e (wie *nego*), i (wie *affirmo*) und o (wie *nego*).¹⁹⁵ Der Syllogismus

Alle Menschen sind sterblich.

Sokrates ist ein Mensch.

Sokrates ist sterblich.

erhält dann die folgende Formel, sie trägt als Merkwort den Namen *Modus Barbara*:

M a P

S a M

S a P

– „Barbara“, weil in allen drei Sätzen als Kopula (man kann auch sagen: als Hilfsverb) ein „alle sind“ (= a) fungiert.

- 108 Aber Achtung: Genau besehen ist die Schlussform, obwohl dies in allen Juristischen Methodenlehren so behauptet wird, gar nicht der *Modus Barbara*, sondern der *Modus Darii*, denn im Untersatz und in der Schlussfolgerung haben wir gerade nicht einen universellen, sondern einen partikulären oder gar singulären Satz.¹⁹⁶ Die Formel müsste also ganz korrekt lauten:

M a P

S i M

S i P

Ich entschieße mich schweren Herzens, die gängige Halbwahrheit fortzusetzen, und spreche ebenfalls vom *Modus Barbara*.

- 109 Am wichtigsten ist nun: Das, was den Syllogismus sozusagen zusammen-schließt (griechisch *syn* bedeutet „zusammen“, wie in Synthese oder Syndikat) ist der sogenannte **Mittelbegriff** „M“, auf Latein *terminus medius*. Er kommt in beiden Prämissen vor und setzt sie zueinander dergestalt in Beziehung, dass für das Subjekt und das Prädikat der Konklusion – auf die wir ja hinauswollen! – berechenbar wird, ob deren Aussage „stimmt“. Im Fall des *Modus Barbara* stimmt sie (die Konklusion) offenbar, der Satz ist „richtig“.

¹⁹⁵ Lateinisch *affirmo*: ich bejahe; lateinisch *nego*: ich verneine. Der erste Vokal bezieht sich also jeweils auf die allgemeine (generelle) Aussage, der zweite Vokal auf die partikuläre (individuelle) Aussage.

¹⁹⁶ Joerden, Logik (Fn. 132), S. 295, 319–321 – mit dem juristischen Beispiel „Soldaten sind Mörder“.

Bei anderen Formeln ist dies nicht der Fall. Nehmen wir den Syllogismus

110

Alle Menschen sind sterblich.
Henoch und Elias sind sterblich.
 Henoch und Elias sind Menschen.

oder gar

Alle Hühner haben zwei Beine.
Sokrates hat zwei Beine.
 Also ist Sokrates ein Huhn.

Dieser Syllogismus lässt sich auf die Formel bringen (es ist kein gültiger Modus, er hat daher auch keinen dem „Barbara“ vergleichbaren Namen):

P a M
S a M
 S a P

Offensichtlich „stimmt“ in diesem Syllogismus die Konklusion nicht – oder nicht ohne weiteres (dazu sogleich unter III). Henoch und Elias könnten auch Hühner sein – und Sokrates gerade nicht.

Zur Vertiefung: *Modus Barbara* ist nur einer der 64 „Modi“ (das ist der Plural von *modus* = die Art und Weise), die Petrus Hispanus in seinen „Summulae logicales“ auflistet. Er knüpft dabei an Aristoteles an, insbesondere an dessen Lehre von den „Figuren“ des Schlussfolgerns, entwickelt sie aber eigenständig weiter und gibt den Modi dieser Figuren jeweils ein Merkwort, damit man sie gut auswendig lernen kann (und die Buchstaben B, C, D und F wiederum eine eigene Bedeutung haben). Das muss hier nicht vertieft werden, der Skurrilität wegen will ich die Merkwörter aber gern zitieren:¹⁹⁷

111

Barbara Celarent Darii Ferio Baralipon
 Celantes Dabitis Fapesmo Frisesomorum
 Cesare Cambestres Festino Baroco Darapti
 Felapto Disamis Datisi Bocardo Ferison

Und eine ganz wunderbare „Durchdeklinaton“ aller dieser Modi mit jeweils einem juristischen Beispiel findet sich bei Joerden¹⁹⁸ – etwa: „Alle Raubdelikte sind Diebstähle; Kein Diebstahl ist ein Betrug; Kein Betrug ist ein Raubdelikt.“

d) Die hypothetischen Schlüsse I: *Modus ponens*

Was die oben genannten hypothetischen Schlüsse angeht (unter 4), so gibt es kein ähnlich ausgefeiltes System wie bei den kategorischen Schlüssen. Vielleicht deshalb findet man viele Unterschiede in der „Notation“ – sowohl bei den verwendeten Kleinbuchstaben („x“ und „y“ oder, stärker verbreitet, „p“ und „q“) als auch bei den logischen Symbolen und/oder ihrer Platzierung. Im Folgenden verwende ich die wohl geläufigsten Darstellungen.

112

¹⁹⁷ Petrus Hispanus, *Summulae Logicales/Logische Abhandlungen* (ca. 1240), lateinisch-deutsch, München 2006, S. 63.

¹⁹⁸ Wohl vollständige Tafel: Joerden, *Logik* (Fn. 132), S. 15.

Dabei sind die wichtigsten Symbole die folgenden¹⁹⁹ (in Klammern eine umgangssprachliche Umschreibung):

- das eine nicht ohne das andere („immer wenn ... dann“)
- ¬ keines („liegt nicht vor“, Negation)
- ^ beides („und“, Konjunktion)

- 113 Dies vorausgeschickt, lässt sich der folgende Schluss ...

Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.

Es regnet.

Ich muss an dich denken.

... wie folgt algebraisch-formelhaft darstellen:

$p \rightarrow q$

p

q

Oder auch in einer einzigen Zeile:

$((p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow q$

- 114 Wie auch immer: Man nennt die Form dieses Schlusses den *Modus ponens* (genauer *Modus ponendo ponens*, übersetzt in etwa: der Modus, in dem „das in die Formel einzusetzende“ [lateinisch *ponendo*], nämlich „p“, wirklich eingesetzt wird [lateinisch *ponens*]).

Und es liegt auf der Hand, dass dies der alltägliche Schluss ist, mit dem Juristinnen und Juristen von einem Tatbestand (im Wenn-Satz) auf die Rechtsfolge (im Hauptsatz) schließen:

Wenn jemand einen Menschen ermordet, ist er mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Täter A hat einen Menschen ermordet.

Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Dies wird dann auch von Juristen gern auf Formeln gebracht,²⁰⁰ auch wenn diese gegenüber der fachphilosophischen Logik ein wenig *home grown* wirken (TB steht für Tatbestand, RF für Rechtsfolge):

Wenn TB, dann RF.

Hier TB (+).

Also RF (+).

e) Eine nötige Korrektur für den Bereich der Jurisprudenz: „wenn“ als Bikonditional

- 115 Wenn man das Beispiel weiterdenkt, sieht man freilich sofort, dass die **juristische** Logik gegenüber der fachphilosophischen Logik eine kleine **Korrektur** anbringen muss. Wenn der Syllogismus nämlich lautet:

¹⁹⁹ Joerden, Logik (Fn. 132), S. 291.

²⁰⁰ So etwa von Larenz, Methodenlehre (Fn. 94), S. 271–273.

Wenn jemand einen Menschen ermordet, ist er mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Täter A hat den B nicht ermordet.

Täter A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

dann ist dieser Schluss seiner Form nach *nicht* zwingend, wie folgender Schluss zeigt:

Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.

Es regnet nicht.

Ich muss *nicht* an dich denken.

Oh doch! Sehr oft auch dann, wenn es nicht regnet!

Daraus folgt: Der für Juristinnen und Juristen so wichtige Syllogismus, in dem ein Tatbestand verneint wird, so dass die Rechtsfolge wegfällt („kein Mord, keine lebenslang“, siehe § 3 Rn. 6–7) – ein Schluss, der sich mit der Formel beschreiben lässt:

Wenn TB, dann RF.

Hier TB (-).

Also RF (-)

– dieser Schluss ist nur dann gültig, wenn man das „Wenn“ *anders interpretiert*, nämlich nicht als ein „immer wenn“, sondern als ein „immer und nur wenn“ (sogenanntes Bikonditional statt eines einfachen Konditionals):

Immer, aber auch *nur* bei Vorliegen des Tatbestandes soll die in diesem Rechtssatz vorgeschriebene Rechtsfolge eintreten.

Wenn man so will, kann man hier einen gewissen Vorrang der Interpretation vor der Mathematik beobachten.²⁰¹

f) Die hypothetischen Schlüsse II: Vorsicht mit dem *Modus tollens* im Recht!

Mit einer gewissen Warnung ist schließlich der sogenannte *Modus tollens* zu verstehen (genauer *Modus tollendo tollens*, weil in ihm das „aufzuhebende“ [lateinisch *tollendo*], also zu verneinende, nämlich „q“, wirklich „aufgehoben wird“ [*tollens*]):

Immer wenn es geregnet hat, ist die Straße nass.

Die Straße ist nicht nass.

Es hat nicht geregnet.

Als Formel formuliert:

$p \rightarrow \neg q$

$\neg q$

$\neg p$

Oder auch:

$((p \rightarrow q) \wedge \neg q) \rightarrow \neg p$

Dieser Schluss ist in der fachphilosophischen Logik zwingend. Im Juristischen wäre er hingegen durchaus dubios, wie das folgende Beispiel zeigt (wir hatten den Fall schon in § 3 Rn. 16 vorgestellt: A dreht den Gashahn auf, um Frau und Tochter zu ersticken):

201 Platon würde, in seiner Ironie, wohl nichts dagegen haben.

Wer einen Menschen ermordet, soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.
Täter A sollte nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.
Also hat Täter A den B *nicht* ermordet.

Wenn TB, dann RF.

Hier RF (-).

Also TB (-)

- 119 Dubios, denn: Wenn man davon ausgeht, dass der Richter an das Recht gebunden ist, dann ist der Schluss vom Verneinen der Rechtsfolge auf das Nicht-Vorliegen des Tatbestandes zumindest nahe an der Rechtsbeugung (und damit gemäß § 339 StGB selbst strafbar).

Und doch *haben* wir bereits gesehen, dass auf genau diese Art und Weise auch im Juristischen wenn nicht ganz alltäglich, so doch häufig genug geschlussfolgert wird (oben § 3 Rn. 36–40). Man schließt vom Nicht-Wollen eines Ergebnisses auf das Nicht-Vorliegen-Dürfen der Voraussetzungen – und überlegt sich dann unter Umständen etwas anderes:

Täter A hat den B nicht *ermordet*. Es ist nur *Totschlag*.

Und für Totschlag (§ 212 StGB) gilt dann ein milderer Strafrahmen: Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

IV. Das Zusammenspiel von Begriff, Urteil und Schluss

- 120 Ich denke, es wird an dieser Stelle ganz unvermutet, „zwanglos“ und schlagartig erneut deutlich: Ein *Begriff* – z.B. der Begriff „Mord“ – ist alles, was aus ihm folgt (s.o. Rn. 14), und zwar schlussfolgernd (*by reasoning*) aus ihm folgt.

Es hat sich zudem wohl gezeigt: Die logische Trias von „Begriff“, „Aussage“ (Urteil) und Syllogismus („Schluss“) hängt untrennbar miteinander zusammen, man ist versucht zu sagen: Sie bezeichnet verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis. Oder wie Habermas es einmal, übrigens in seiner Peirce-Interpretation, sehr gelungen formuliert hat:

„Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen [besser wäre: Aussagen, J.L.] und Begriffen kondensiert werden.“²⁰²

Dies ist der sozusagen erste Teil dessen, was ich „working logic“ nenne.

- 121 Wichtig für die juristische Methode ist nun freilich zweierlei: Zum einen funktioniert diese „working logic“ auch (und ohne besondere „Kluft“-Probleme) dort, wo Werturteile (= normative Aussagen) verarbeitet werden müssen.

Zum anderen und darüber hinaus lüftet die „working logic“ aber auch das Geheimnis um den „Erfindungszusammenhang“, der so häufig dem „Begründungszusammenhang“ entgegengesetzt wird. Auch dort walten keine geheimnisvollen, „kreativen“ Mächte, sondern Logik, Logik, Logik.

Dies zu entfalten, ist Aufgabe des nun folgenden § 6.

202 Jürgen Habermas, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 155.

§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion

Vorwarnung: Die ersten beiden Abschnitte dieses Paragraphen „eiern“ ein bisschen – vornehmer gesagt: sie mäandrieren in vielfachen Windungen. In Abschnitt III läuft es dann wieder stringent und rund.

Wir müssen mit einer terminologischen, aber auch sachlichen Vorbemerkung beginnen: Die Syllogistik, die im Folgenden vorgestellt wird, deckt sich nicht mit der „herrschenden Meinung (h.M.)“ in der akademischen Philosophie („Fachphilosophie“). Zum einen wird unsere neue Syllogistik den Begriff „Induktion“ präziser fassen und dabei zwei Erscheinungsformen unterscheiden. Zum anderen wird sie eine dritte Form des Schlussfolgerns einführen: die „Abduktion“. Wir haben diese drei Formen des Schlussfolgerns in § 3 Rn. 22-27 bereits grob skizziert und wie folgt charakterisiert: zwingende Schlüsse (Deduktionen), vermutende Schlüsse (Induktionen) und kreative Schlüsse (Abduktionen). Gemeinsam ergeben sie die „working logic“, die unser Denken von den ersten Wahrnehmungen und Wertungen bis hin zum abschließenden Handeln führt.

Charles Sanders Peirce (1839-1914) hat seine berühmten Lectures on Pragmatism (1903) mit dem folgenden Satz beschlossen:

„The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passport at both those two gates is to be arrested as unauthorized by reason.“¹

Sehr frei interpretiert² (wörtlicher oben § 5 Rn. 36):

„Die Bestandteile jedes Begriffs betreten den Bereich des logischen Denkens durch das Tor der Wahrnehmung [auch: der Wertung, J.L.], und sie verlassen ihn durch das Tor eines zumindest potentiell regelhaften³ Handelns. Und was auch immer an diesen beiden Toren keine Substanz vorweisen kann [einigermaßen seriöse Daten, einigermaßen plausible Gründe], ist zu verhaften, weil es sich nicht auf die Vernunft als seinen Urheber (*author*) berufen kann.“

Zum „zumindest potentiell regelhaften Handeln“ ergänzend: Eine Überzeugung (*belief*) und die darauf beruhende *Entscheidung* – also das, was letztlich Kerngeschäfts der Jurisprudenz ist – trägt in sich „den Keim zur Verallgemeinerung“⁴.

1 Charles Sanders Peirce, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.212 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931-1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 212); deutsch in: Karl-Otto Apel (Hrsg.), Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 420. – Die von Elisabeth Walther herausgegebene zweisprachige Ausgabe der „Lectures“ (Hamburg 1973) unterschlägt das „be“ bei „to be arrested“.

2 Ich nehme dabei implizit Bezug auf § 5 I Rn. 14-17, 18-21 (Pragmatische Maxime; Begriffe als Knotenpunkte), auf § 5 II Rn. 31-39 (Werturteile) und auf § 5 II Rn. 76-78 (Peirce' Kategorienlehre, insbesondere die Kategorien der Erstheit und Zweitheit).

3 Dies ist die größte Übersetzungsfreiheit, denn „purposive“ bedeutet „zweckhaft“. Weil aber die Unterscheidung von Konditionalprogrammen und Zweckprogrammen für das Verständnis des Rechts wesentlich ist und das Zweckprogramm dem Recht ferner liegt, wird hier diese Übersetzung bevorzugt.

4 Charles Sanders Peirce, The Architecture of Theories (1891) in: CP 6.33 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 285; dazu bereits Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 272, 379 f., 480 (dort mit Hinweis auf den Gleichheitssatz)

Als Jurist denkt man natürlich sogleich an den Gleichheitssatz und speziell an die sogenannte Selbstbindung der Verwaltung („das haben wir schon immer so gemacht“).⁵

I. Deduktionen oder: Formal zwingende Schlüsse

- 4 Mit ein wenig Übertreibung kann man sagen: Das Schwierige am Begriff der Deduktion ist nicht so sehr die Deduktion selbst, sondern ihr Gegenbegriff. In der Fachphilosophie wird für ihr Gegenwesen⁶ meist der Begriff „Induktion“ verwendet (dazu unter 1). Wir werden allerdings sehen (unter 2), dass eine Gegenüberstellung von „deduktiven“ und „nicht-deduktiven Schlüssen“ fruchtbarer ist.

1. Die gängige Unterscheidung: Deduktion versus Induktion

a) Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere (und umgekehrt)

- 5 Nach der grössten Definition sind Deduktionen Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere.⁷ Berühmtestes Beispiel (wir haben es schon oft genannt):

Allgemeines: Alle Menschen sind sterblich.

Besonderes: Sokrates ist ein Mensch.

Schlussfolgerung: Also ist Sokrates sterblich.

Demgegenüber folgern Induktionen vom Besonderen auf das Allgemeine⁸:

Besonderes 1: Sokrates ist ein Mensch und hat zwei Beine.

Besonderes 2: Xanthippe ist ein Mensch und hat zwei Beine.

Allgemeines: Alle Menschen haben zwei Beine.

- 6 Diese Definitionen sind allerdings recht ungenau, und sie lassen vor allem im Dunklen, wie denn die Zubereitung der Prämissen⁹ funktioniert. Wie kommt man insbesondere

5 Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 23 und § 24 Rn. 27 (etwas versteckt); Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 14 Rn. 47 (deutlicher, auch mit Hinweis auf den Satz „keine Gleichheit im Unrecht“, etwa beim Vorgehen gegen Schwarzbauten).

6 Treffender Terminus von Alexander Hollerbach, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63-76 (66): erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc., 1996, 42-55. – Der Kontext lautet: Das ethische Gegenwesen zur Gerechtigkeit sei „natürlich die Ungerechtigkeit, aber vielleicht *noch mehr*, zumindest in gleicher Weise, die Selbstgerechtigkeit, die sich jeder kritischen Frage entziehen glaubt oder die wähnt, man könne Gerechtigkeit als fix und fertigen Besitz haben (Hervorhebung J.L.).“

7 Besser wäre, ganz nebenbei, diese Formulierung: Schlüsse vom Allgemeinen (Mensch) über das Besondere (Sokrates) auf das Konkrete (seine Sterblichkeit). – Zum Schwurbelbegriff „Konkretisierung“ s.u. § 15c I.

8 Mit dieser Definition arbeitet z.B. Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 598.

9 Als Prämissen (wörtlich: die Vorausgeschickten) bezeichnet man die ersten beide Sätze des Syllogismus, der dritte Satz (hier: unter dem Strich) ist die Konklusion (wörtlich: Zusammenschluss); siehe schon § 5 III Rn. 93-95.

innerhalb des ersten Schlusses zu der Subsumtion „Sokrates ist ein Mensch“? Was lässt uns *erkennen*, dass Sokrates „ein Fall“ der Sorte Mensch ist?

Kant vertraut insofern auf eine etwas mysteriöse Urteilskraft, diese definiert als „das Besondere als enthalten im Allgemeinen zu denken“¹⁰ – für Juristen: den besonderen Fall XY als einen Fall von, sagen wir, Diebstahl oder Mord.

Dasselbe gilt in der Gegenrichtung: Wie komme ich dazu, in viele Besonderheiten ein Allgemeines hinein-zu-„denken“, sagen wir: in die Fälle von Frau X und Herrn Y und Embryo E das Universale „Mensch“ (s.o. § 5 Rn. 9)? Oder in die Fälle von Kauf, Miete, Ehe¹¹ oder gar Staat¹² den Begriff „Vertrag“? Auch hier waltet für Kant eine Urteilskraft, eine „verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele“.¹³

Und im ersten Fall – dem Fall der Individualisierung – bezeichnet Kant die Urteilskraft als „bestimmende“, im zweiten Fall – dem der Generalisierung – als „reflektierende“ Urteilskraft.¹⁴

Mir persönlich ist die Rede von „Urteilskraft“ eine allzu aktivistische, meinetwegen auch: selbstherrliche Mystifizierung des nicht-deduktiven Schlussfolgerns (unten Abschnitte II und III). Denn in Wahrheit – aber vielleicht ist das nur eine Gegenmystik – ist die Logik gar nicht so sehr *unser* Werkzeug, wie *wir* das Werkzeug der Logik sind (siehe schon § 3 Rn. 34). – Wir werden auf die Urteilskraft noch einmal zurückkommen im Rahmen der Ästhetik (§ 31 Rn. 34-43, 51).

b) „Wahre“ und „wahrscheinliche“ Schlussfolgerungen

Einen Schritt weiter geht eine Definition, die auf das abstellt, was man mit Hilfe eines Syllogismus erreichen kann: Wahrheit (*truth*) oder nur „Wahrscheinlichkeit“ (*probability*). Gemäß dieser Definition gilt: *Deduktionen* liefern, wenn der Schluss „gültig“ ist¹⁵ und die beiden Prämissen *wahr* sind, stets ein *wahres* Ergebnis:

Prämisse 1 (*maior*): Alle Hühner sind grün.

Prämisse 2 (*minor*): Ginger ist ein Huhn.

Konklusion (*conclusio*): Ginger ist grün.¹⁶

10 Immanuel Kant, KdU B XXV f. (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl., Berlin 1793, S. XXV f.; „A“ wäre die erste Auflage), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1974.

11 So das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und übrigens auch Immanuel Kant. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 75 Anm., § 161, in: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1986, hat es hingegen vehement bestritten: Die Ehe ist eine vernünftige Institution, sie ist mehr, als man mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen (= Vertrag) in die Welt setzt; nämlich: *der* rechtlich gesicherte Freiraum für die Liebe. Warum auch sonst hätten sich so viele die „Ehe für alle“ gewünscht?

12 Auch hiergegen *Hegel*, Rechtsphilosophie (Fn. 11), § 75 Anm.

13 So die Formulierung in der Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 180 f. (Kürzel: KrV B 180 f.); zitiert nach der Studienausgabe, Stuttgart 1985.

14 Kant, KdU (Fn. 10), S. XXV f.

15 So die auch in der Fachphilosophie gängige Bezeichnung.

16 Ginger ist die Hauptfigur in dem englischen Knet-Animationsfilm „Chicken Run“ von 2000.

Ist eine der Prämissen materiell falsch (wie in unserem Beispiel¹⁷) ändert dies nichts an der, wie ich es nennen will, *Deduktivität* oder *Zwingendheit* des Schlusses (hier im Modus Barbara¹⁸). Eben deshalb ist dann auch die Konklusion falsch.¹⁹

- 8 Demgegenüber liefern *Induktionen* keine wahren, sondern nur wahrscheinliche Ergebnisse: Auch wenn die beiden Prämissen wahr sind, ist die Konklusion dies nicht zwangsläufig:

Prämisse 1 (minor): Alle Hühner haben zwei Beine.

Prämisse 2 (maior): Sokrates hat zwei Beine.

Konklusion (conclusio): Also ist Sokrates ein Huhn.

Allerdings *kann* – das ist das eigentlich Wichtige – die Konklusion trotz dieser nicht gültigen *Form* dennoch *materiell* wahr sein:

Prämisse 1 (maior): Alle Menschen können sprechen.

Prämisse 2 (minor): Sokrates kann sprechen.

Konklusion (conclusio): Also ist Sokrates ein Mensch.

Auf diese Weise begründen induktive Schlüsse zwar nicht, wie die deduktiven, einen zwingenden Schluss auf die Wahrheit. Wohl aber begründen sie eine mehr oder weniger gut gestützte *Wahrscheinlichkeit* (bzw. *Vermutung*²⁰), dass die Konklusion ebenso wahr ist wie die Prämissen.

Nehmen wir daher einmal an, im Hühnerbeispiel käme als weitere Information hinzu, dass „Sokrates“ einen roten Kamm und Federn hat und jeden Morgen kräht: Dann müssten wir den Satz „Sokrates ist ein (männliches) Huhn“ für wahr halten, und wir würden erkennen, dass wir uns eine ganz falsche Vorstellung von dem *Kontext* gemacht haben (oder SINNZUSAMMENHANG, s.o. § 5 Rn. 40-59), in dem *dieser* Sokrates sich bewegt. Sagen wir: als Hahn auf einem Bauernhof.

c) Zwingende und nicht-zwingende Schlüsse

- 9 Die letzte Definition der Deduktion fasst die soeben genannten Begriffe „gültig“ und „wahr“ noch ein wenig schärfer. Zum einen fügt sie eine Unterscheidung hinzu, die Juristinnen und Juristen ganz ebenso im Blut haben wie die Unterscheidung „subjektiv/objektiv“: die Unterscheidung „formell/materiell“. Zum anderen kehrt sie in gewisser

17 Siehe auch das nette Beispiel von Guy Beaucamp/Jacob Beaucamp, Methoden und Techniken der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, S.32: „Alle Lebewesen sind Affen; Sokrates ist ein Lebewesen; Sokrates ist ein Affe.“

18 Dazu bereits oben § 5 III Rn. 107 f.

19 Allerdings kann auch einmal aus *zwei* falschen Prämissen ein richtiges Ergebnis folgen: „Alle Menschen sind grün. Der Laubfrosch ist ein Mensch. Der Laubfrosch ist grün.“

20 Ich war in Versuchung zu schreiben: „(objektive) Wahrscheinlichkeit bzw. (subjektive) Vermutung“; oder auch: „Wahrscheinlichkeit (da draußen) und Vermutung (im Denken)“. Dagegen spricht aber, dass eine *Vermutung* nicht „bloß subjektiv“ im einzelnen Denken (*thinking*) ist, sie ist vielmehr ein objektiver Gedanke (*thought*), der von anderen „geteilt“ werden kann – oder auch nicht. Und *Wahrscheinlichkeit* ist keine rohe Tatsache, sondern liegt irgendwie auch, wie Schönheit, im Auge des Betrachters. So dass man die Dinge vielleicht am besten ohne weitere Attribute schlicht semiotisch wie folgt darstellen sollte (vgl. § 5 III Rn. 91):

(Induktiver) /Syllogismus/

Referenz: Wahrscheinlichkeit

Bedeutung: Vermutung

Weise das Ursache-Wirkungsverhältnis um: Der deduktive Schluss ist nicht „zwingend, wenn die Form gültig ist“, sondern „die Form ist gültig, weil sie zwingend ist“.

Im Einzelnen heißt dies:

• *Definition der Deduktion:*

10

Deduktive Syllogismen sind ihrer *Form nach zwingend*, weil dann, wenn ihre Prämissen *materiell wahr* sind, zwangsläufig auch die Konklusion *materiell wahr* ist. Ein letztes Mal das berühmte Beispiel:

Prämisse 1 (maior): Alle Menschen sind sterblich.

Prämisse 2 (minor): Sokrates ist ein Mensch.

Konklusion (conclusio): Sokrates ist sterblich.

Dass man die Form *dieser* Deduktion Modus Barbara nennt, haben wir schon gesehen („M“ = Mittelbegriff, „P“ = Prädikat, „a“ = „alle sind“):

$$\begin{array}{c} M \ a \ P \\ \hline S \ a \ M \\ \hline S \ a \ P \end{array}$$

Demgegenüber lautet dann die

• *Definition der Induktion:*

11

Induktiv sind Schlussfolgerungen, die ihrer *Form nach nicht-zwingend* sind, d.h.: Auch wenn die beiden Prämissen *materiell wahr* sind, ist die Konklusion es *nicht zwangsläufig*.

Die beiden Sokrates-Abwandlungen (zwei Beine, sprechen können) müssen nicht wiederholt werden.

Sehr wohl aber *können* sie durchaus einmal wahr sein, und deshalb sind Induktionen die Schlussformen, mit deren Hilfe man *Vermutungen* formulieren kann („Wahrscheinlichkeiten“):

Prämisse 1 (minor): Das BVerfG ist im Verfahren X vor der Politik eingeknickt.

Prämisse 2 (minor): Das BVerfG ist im Verfahren Y vor der Politik eingeknickt.

Konklusion (conclusio): Das BVerfG wird auch im Verfahren Z vor der Politik einknicken.

Allerdings liegt auf der Hand: Der zuletzt genannte Schluss ist erst dann wirklich schlüssig, wenn man per Induktion einen Zwischenschritt einfügt, nämlich eine Regel (*maior*), die eine Verhaltensgewohnheit (*habit*) beschreibt (zur pragmatischen Maxime siehe § 5 Rn. 14-17, zum Keim der Verallgemeinerung schon oben Rn. 3):

12

Prämisse 3 (maior): Wenn es politisch hart auf hart kommt, wird das BVerfG einknicken.

Nur unter dieser Prämisse dürfen wir vermuten, dass unsere **Prophezeiung** „wahr wird“, dass die Wahrscheinlichkeit gleichsam zur Wahrheit erstarkt (s. auch unten Rn. 31 und, zum Futur, unten Rn. 22).

Nebenbei: Es gibt eine wunderbare Definition des Rechts, die vermutlich vom Pragmatismus und dessen Vorstellung einer „working logic“ beeinflusst ist, nämlich die Definition des berühmten Richters am Supreme Court Oliver Wendell

Holmes jr. (1842-1935) – er kannte Peirce aus einem berühmten „Metaphysical Club“²¹ in Boston:

„The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“²²

„Die Voraussagen, was die Gerichte tatsächlich tun werden, und nichts Extravaganteres, sind das, was ich unter ‚Recht‘ verstehe.“

- 13 Um zusammenzufassen: Deduktionen sind ihrer *Form* nach zwingend, Induktionen begründen ihrer *Form* nach lediglich eine Vermutung.

2. Nebenbei: Die Frage nach der Geltung (Gültigkeit) der deduktiven Logik

- 14 Wir haben anlässlich der Definitionen der Deduktion mehrfach davon gesprochen, dass Syllogismen, und zwar deduktive Syllogismen, „gültig“ oder auch nicht gültig sind. Wenn wir uns nun daran erinnern, dass die Logik eine normative Wissenschaft ist (§ 5 Rn. 52-53), können wir durchaus die Frage stellen, worauf eigentlich diese Geltung²³ der deduktiven Schlüsse, worauf ihre „Deduktivität“ und „Zwingendheit“ beruht (siehe schon oben § 5 Rn. 92).

Für Aristoteles beruhte sie offenbar auf Evidenz²⁴: Wenn A in B und B in C, dann auch A in C – das sieht man doch! (Zu den Venn-Diagrammen schon oben § 5 Rn. 105). Oder auch²⁵

Wenn A, dann B:
Nun aber A;
B

- 15 Und Peirce schreibt: „Die Schwierigkeit zu zeigen, inwiefern das Gesetz des deduktiven Schlussfolgerns gültig ist, beruht auf unserer Unfähigkeit, uns vorzustellen, es sei nicht gültig.“²⁶

Wir wollen uns trotzdem dieser Herausforderung stellen und dabei unterscheiden zwischen deduktiven und nicht-deduktiven Schlussfolgerungen. Diese hängen in einer dynamischen „working logic“ dergestalt zusammen, dass sie sich gegenseitig begründen.

21 Zu ihm gibt es eine Fülle von Literatur; Standardwerk wohl *Louis Menand*, *The Metaphysical Club*, New York 2001, insb. S. 201-232. Aus deutsch-juristischer Sicht dazu schon *Gerhard Casper*, *Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin 1967, S. 43-46.

22 *Oliver Wendell Holmes jr.*, *The Path of the Law*, in: 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), S. 991-1009 (994).

23 Ich benutze die Begriffe „Gültigkeit“ und Geltung in der Regel dergestalt, dass sich „Gültigkeit“ auf einen einzelnen Syllogismus bezieht, „Geltung“ auf die deduktive Logik insgesamt.

24 *Aristoteles*, *Zweite Analytik I 3* (72b37), Ausgabe: *Organon* Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998. – *Aristoteles*’ Werke werden nach der sogenannten Bekker-Ausgabe (Berlin 1831) zitiert mit Seite, Spalte und Zeile, hier also Seite 72, rechte Spalte, Zeile 37.

25 *Charles Sanders Peirce*, *Some Consequences of Four Incapacities* (1868), in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: *Schriften* (Fn. 1), S. 49.

26 *Charles Sanders Peirce*, *Grounds of the Validity of the Laws of Logic. Further Consequences of Four Incapacities* (1869), in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: *Schriften* (Fn. 1), S. 91.

3. Deduktive und nicht-deduktive Schlüsse

Der aufmerksame Leser wird bemerkt haben: Bei der ersten Definition der Induktion (oben Rn. 5 – Sokrates und Xanthippe) haben wir als Beispiel eine andere Form des Schlusses verwendet als bei der zweiten (oben 1 b – Sokrates und die Hühner). Die erste Form ist die sozusagen „Durchzählform“: Wir mustern alle Exemplare der Gattung Mensch durch und kommen zum Ergebnis: Sie alle haben zwei Beine.²⁷ Bei der zweiten Form, man könnte sie als „Abstempelform“ bezeichnen, beobachten wir an einem konkreten Wesen eine bestimmte Eigenschaft („hat zwei Beine“) und ordnen es deshalb „als etwas“ ein, hier (wenn auch fälschlich): Sokrates als Exemplar der Gattung Huhn. 16

Wir müssen uns nun an dieser Stelle nicht genauer damit auseinandersetzen, ob man beide Formen als „Induktion“ bezeichnen sollte (wir werden es tun, sogleich unter III), und auch nicht damit, wie differenziert sich die Fachphilosophie und die Wissenschaftstheorie mit ihnen beschäftigt haben. Wir wollen lediglich dreierlei zeigen: 17

- Es gibt jenseits der deduktiven Schlüsse – das ist die Art von Schlüssen, von denen die herrschende juristische Methodenlehre meint, dass sich „die“ Logik auf sie beschränkt – ein **sehr weites Feld** von **nicht-deduktiven** Schlüssen und Schlussfolgerungen.
- Diese deduktiven und nicht-deduktiven Schlüsse hängen in ihrer Gültigkeit voneinander ab, sie bedingen sich gegenseitig und bilden dadurch eine „working logic“.
- Auf dieser gegenseitigen Abhängigkeit beruht geradezu und gerade auch die **Geltung**²⁸ der **deduktiven** Logik. Etwas präziser: Sie lässt sich pragmatistisch dergestalt begründen, dass sie sich *in the long run* auch dann bewähren würde, wenn man sie als **nicht-deduktive** Logik **interpretiert**.²⁹

Ich gebe zu, das klingt noch ein wenig rätselhaft.

a) Das Bohnenbeispiel von Charles Sanders Peirce (Ausgangskonstellation)

Den wohl besten Einstieg in die weniger beachteten, nämlich nicht-deduktiven Felder der Logik bietet immer noch ein berühmtes Beispiel, das der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839-1914) eingeführt hat.³⁰ Das Beispiel kehrt, wenn man so will, einen deduktiven Syllogismus gleichsam wie einen musikalischen Akkord zweimal um³¹: 18

27 Zu dieser Interpretation Freges siehe *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983/1986, S. 91: „Man nehmen der Reihe nach jedes.“

28 Die Logik ist, das darf man nicht vergessen, eine normative Wissenschaft (§ 5 II Rn. 52 f.), und Geltung ist die Art und Weise, wie Normen existieren (§ 5 II Rn. 26 mit Nachweisen).

29 Thesenartig dazu bereits in § 3 Rn. 24 mit Fn. 39. – Die Formel *in the long run* ist ein durchgehender Topos in Peirce' Philosophie, siehe *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), z.B. S. 85 f. (zum jetzigen Kontext), 192 (zu Wahrheit und Realität) und passim.

30 *Charles Sanders Peirce*, Deduction, Induction, and Hypothesis (1878), in: CP 2.622 f. (Fn. 1); deutsch in: *Schriften* (Fn. 1), S. 231 f.

31 Peirce spricht selbst (2.622) von einer „Umkehrung“ (*inversion*) des Syllogismus.

„DEDUKTION

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.

./.. Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

INDUKTION

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.

./.. Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

HYPOTHESE³²

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

./.. Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.“

- 19 Wir werden sogleich sehen, dass man die Bezeichnung „Hypothese“ durch eine andere ersetzen muss (freilich nicht, wie es manche vorgeschlagen haben: Abduktion³³). Zunächst möge der Originaltext jedoch so, wie er ist, stehen bleiben.

Man sieht schon hier: Was Peirce als „Hypothese“ bezeichnet, ist das, was Juristen als Subsumtion bezeichnen – die Qualifizierung eines Lebenssachverhalts *als Fall* einer Regel („Alle Fälle von Heimtücke sind ein Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit; X hat die Arg- und Wehrlosigkeit von Y ausgenutzt; X hat einen Fall von Heimtücke verwirklicht“).

b) Das Bohnenbeispiel: Abwandlung (wenn Logik auf Wirklichkeit trifft)

- 20 Besonders interessant ist nun: Für Peirce ist die Logik auch dann nicht am Ende, wenn man in seinen deduktiven Schlussfolgerungen von der Wirklichkeit³⁴ korrigiert wird³⁵:

„Beginnen wir z.B. mit folgender Wahrscheinlichkeit im Modus Barbara:

Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Fall. – Diese Handvoll Bohnen ist aus diesem Sack.

./.. Resultat. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen dieser Handvoll weiß.

Leugnen wir nun das Resultat, akzeptieren aber die Regel:

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß.

Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.

./.. Negation des Falls. – Wahrscheinlich wurden die Bohnen einem anderen Sack entnommen.

32 Bereits hier ist klarzustellen: Es handelt sich „in Wahrheit“, besser: bei richtiger Interpretation, *nicht* um eine Hypothese und auch nicht um eine Abduktion (so aber z.B. *Arthur Kaufmann*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München 1994, S. 67), sondern um eine qualifizierende Induktion (siehe unten Rn. 25 f.).

33 So etwa im Anschluss an *Arthur Kaufmann Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 2018, S. 297-301.

34 Besser: vom jeweils einschlägigen SINNZUSAMMENHANG (oben § 5 II Rn. 40-59). Auch Aussagen über die Welt Harry Potters könnten falsifiziert werden, z.B. wenn ein Muggel plötzlich zaubern kann. Oder ist er dann kein Muggel?

35 *Peirce*, Deduction, in: CP 2.627 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 234 f.

Das ist ein hypothetischer Schluss.

Leugnen wir als nächstes das Resultat, akzeptieren aber den Fall:

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen dieser Handvoll sind weiß.

Fall. – Diese Bohnen wurden diesem Sack entnommen.

./ Negation der Regel. – Wahrscheinlich sind nur wenige Bohnen im Sack weiß.

Das ist eine Induktion.“

Man sieht: Das **logische „Denken“** geht geradezu zwangsläufig **weiter** (*the beat goes on*), auch wenn und gerade wenn es enttäuscht oder überrascht wird. Man sieht zudem (wir haben es schon angedeutet): 21

Deduktive Schlussfolgerungen schließen zwar der *Form* nach zwingend *aus* wahren Aussagen *auf* wahre Aussagen (hier sogar: aus wahren Aussagen über Wahrscheinlichkeiten auf wahre Aussagen über Wahrscheinlichkeiten). Was die *materielle* Welt und ihre Wahrheit angeht, sind aber **auch Deduktionen** – hier der erste der drei Syllogismen – nichts weiter als **Vermutungen**, die widerlegt werden können.³⁶ 22

Anders gewendet: Man kann auch deduktive Schlüsse (Syllogismen) jederzeit als eine bloß nicht-deduktive Vermutung **interpretieren**: „Alle Menschen sterben, Sokrates ist ein Mensch, *vermutlich wird* auch Sokrates sterben“.

Futur! Siehe oben Rn. 12.

c) Das Bohnenbeispiel: Zwei Korrekturen an Peirce' Konzeption

Wenn man das berühmte Bohnenbeispiel genau betrachtet, zeigt sich allerdings, dass Peirce in der Abwandlung eine kleine Ungenauigkeit eingebaut hat, nämlich bei der *ersten Umkehrung* des deduktiv enttäuschten Syllogismus: Aus den beiden Sätzen „Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß“ und „Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß“ lässt sich eigentlich *nur* schließen: 23

„Wahrscheinlich stammen die Bohnen *nicht aus diesem Sack*.“

Dass sie aus einem **anderen Sack** stammen, geht darüber hinaus – und deshalb nennt Peirce dies wohl auch, ganz unwillkürlich, eine „Hypothese“ (und nicht „Induktion II“ oder so).

Wegen dieser Ungenauigkeit müssen wir uns nun auch endgültig von dem Begriff „Hypothese“ verabschieden. In Wahrheit handelt es sich in der Ausgangskonstellation des Bohnenbeispiels (oben unter a) bei der „Hypothese“ um eine zweite Art der Induktion, in der Abwandlung (unter b) um eine „richtige“ Abduktion.

aa) Die „Hypothese“ in der Abwandlung: eine Abduktion

Bei der „Hypothese“ in der **Abwandlung** (oben b: „die Bohnen stammen aus einem *anderen Sack*“) kommt zu den Daten, die wir bisher kennen (Bohnen, weiß, dieser Sack) ein **neues, viertes Datum** hinzu (der andere Sack). Dieses neue Datum stellt das Resultat, das wir in der Dreierkonstellation nicht erwartet hatten, in einen ganz 24

36 „Conjectures and Refutations“ (1962) ist der Titel eines recht berühmten Buchs des Philosophen und Wissenschaftstheoretikers *Karl Raimund Popper*; deutsch: Vermutungen und Widerlegungen, Tübingen 1994 (mehrere Neuauflagen).

neuen Rahmen,³⁷ in ein ganz neues *setting* – und wir vermuten nunmehr mit Hilfe einer **neuen** Deduktion:

Regel. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen in jenem *anderen Sack* nicht-weiß.

Fall. – Wahrscheinlich stammen diese Bohnen aus jenem *anderen Sack*.

./ Resultat. – [Deshalb:] Die meisten Bohnen in dieser Handvoll sind nicht-weiß.

Kurz: Die von Peirce hier so genannte „Hypothese“ ist letztlich der *Schluss auf einen neuen Schluss* (und seine beiden [!] Prämissen).³⁸

Derartige Schlüsse auf einen neuen Schluss – und nur derartige Schlüsse – wollen wir mit dem späten Peirce „Abduktion“ nennen (Genauerer sogleich unter III).

bb) Die „Hypothese“ im Ausgangsfall: eine qualifizierende Induktion

- 25 Demgegenüber fügt der von Peirce im *Ausgangsbeispiel* (oben a) als „Hypothese“ bezeichnete Schluss den bereits bekannten drei Daten nichts *wirklich* Neues, er fügt ihnen **kein neues Datum** hinzu: „Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß. Diese Bohnen sind weiß. Diese Bohnen sind aus diesem Sack.“ Die so bezeichnete „Hypothese“ schließt lediglich auf ein sozusagen *verborgenes* Neues – auf etwas, das man sich leicht zusammenreimen kann – wie in einem *puzzle*.³⁹ Vielleicht mit einem kleinen „Aha-Effekt“.

Abduktionen können hingegen ein WOW-Erlebnis auslösen.⁴⁰

- 26 Bei genauem Hinsehen ist somit die zweite Umkehrung im Ausgangs-Bohnenbeispiel – die „Hypothese“ – gar nicht innovativer als die erste („Diese Bohnen sind weiß, sie sind aus diesem Sack, alle Bohnen im Sack sind weiß“). Und deshalb handelt es sich auch bei ihr „nur“ um eine Induktion, genauer: eine „qualifizierende Induktion“ (mehr dazu unter II).

Auch der späte Peirce selbst scheint in diese Richtung gegangen zu sein: Er unterscheidet nach 1900 in der Sache wie hier eine „qualitative“ und eine „quantitative Induktion“. Und in einem Brief von ca. 1910 bekennt er, vor 1900 Induktion und Hypothese mehr oder weniger vermengt zu haben.⁴¹

37 Natürlich könnte der Rahmen auch phantasievoller gewählt werden, etwa: Die Bohnen hat jemand achtlos weggeworfen. Oder gar: Jemand hat absichtlich unsere Daten verfälscht (Verschwörungstheorie). Oder es waren Außerirdische im Spiel.

38 Eingehend dazu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 445-475.

39 Anspielung auf *Thomas R. Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), deutsch: *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 27. Aufl., Frankfurt a.M. 2023. Kuhn unterscheidet „normale Wissenschaft“, die im Rahmen der herrschenden Vorstellungen neue Details erforscht, von „außerordentlicher Forschung“, die ein ganz neues „Paradigma“ einführt – etwa das heliozentrische Weltbild statt des geozentrischen. Derartige Paradigmenwechsel gibt es gelegentlich sogar in der Jurisprudenz, siehe unten § 20.

40 *Joachim Lege*, *Die Abduktion im System der Wissenschaften*, in: Frithjof Rodi (Hrsg.), *Urteilkraft und Heuristik in den Wissenschaften*, Weilerswist 2003, S. 93–110 (103); weniger deutlich noch *Lege*, *Pragmatismus* (Fn. 4), S. 363.

41 Siehe die Anmerkung Nr. 3 von *Karl-Otto Apel*, in: Charles S. Peirce, *Schriften* (Fn. 1), S. 81.

d) Zusammenfassung

Fassen wir noch einmal mit anderen Worten zusammen: Peirce bringt im Bohnenbeispiel (und dessen Abwandlung) zwei Arten des Neuen durcheinander: das *wirklich* Neue und das gleichsam nur *verborgene* Neue. Beide Arten des Neuen werden logisch erschlossen, allerdings – angesichts unvollständiger Daten (es sind noch nicht alle Bohnen ausgezählt) – nicht zwingend-deduktiv, sondern nur mit „Wahrscheinlichkeit“ (oder wenn man will: Vermutlichkeit⁴²). Beim *nur verborgenen* Neuen wird im Wege der Induktion aus schon *vorhandenen* Daten etwas relativ Neues „kombiniert“: Verallgemeinerung oder Klassifizierung. Beim *wirklich* Neuen führen *neue Daten* zu ganz neuen syllogistischen Szenerien – im Wege der Abduktion (dazu unter III).

27

Eine Vermutung zum Abschluss: Wahrscheinlich ist Peirce die geschilderte Ungenauigkeit unterlaufen, weil er zeigen wollte, dass auch das *wirklich* Neue („die Bohnen stammen aus einem *anderen* Sack“) über einen Prozess des Schlussfolgerns ins Denken kommt – und nicht durch „Intuition“, nicht durch unvermittelt-höhere Einsicht.

4. Nebenbei: Der Geltungsgrund der Logik

Mir scheint, dass wir mit Hilfe des Peirce'schen Bohnenbeispiels nun recht zwanglos – und in einer rechtswissenschaftlichen Arbeit eher als Zufallsfund – die „große Frage“ beantworten können, die wir oben (unter 2) sozusagen in einem Zwischenschritt aufgeworfen haben: Worauf beruht eigentlich die Geltung der deduktiven Logik? – wenn man sich nicht auf Evidenz berufen will („das sieht man doch!“). Sie beruht, ganz ähnlich dem Peirce'schen Verständnis von Wahrheit und Realität (§ 5 Rn. 71), auf einem **großen Konjunktiv**.

28

a) Die formale und die materiale Seite der Logik

Wir haben gesehen, dass man bei der Logik eine formale und eine materiale Seite unterscheiden kann – Juristen ist dies, wie schon gesagt, sehr geläufig. Die formale Seite der Logik bezieht sich auf die Anordnung der Daten, auf ihre Zusammenstellung in einem Syllogismus (der Begriffe und Aussagen zusammenfügt). Die materiale Seite der Logik bezieht sich auf die – wie wir sie genannt haben – SINNZUSAMMENHÄNGE, auf die in den Begriffen, Aussagen und Schlussfolgerungen Bezug genommen wird. Diese „realen“ SINNZUSAMMENHÄNGE sind es, die mit Hilfe der Logik verarbeitet werden: in deduktiven und nicht-deduktiven Schlussfolgerungen.

29

b) Die Verschränktheit des deduktiven und des nicht-deduktiven Schlussfolgerns

Das Bohnenbeispiel zeigt nun sehr schön, dass diese beiden Gattungen – oder soll man sagen: Aggregatzustände – des Schlussfolgerns in ihrer Gültigkeit oder Geltung voneinander abhängig sind, man kann auch sagen: Sie sind miteinander im Konjunktiv⁴³ „verschränkt“.

30

⁴² Siehe bei und in Fn. 20.

⁴³ Lateinisch *coniungere* (verbinden, verknüpfen) kann man vielleicht sogar mit „verschränken“ übersetzen.

Wenn alle Bohnen ausgezählt sind, *würde* sich die Vermutung, dass alle Bohnen in dem Sack weiß sind, bestätigen.

Es *würde* der induktive Akkord „Diese Bohnen sind weiß, sie stammen aus diesem Sack, alle Bohnen in dem Sack sind weiß“ ganz „zwanglos“ in einen deduktiven Akkord umschlagen: „Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß, die Bohnen sind aus diesem Sack, die Bohnen sind weiß“. Ganz ebenso *würde* sich aber auch die **Form** des deduktiven Akkords, wenn man alle Bohnen und alle Säcke dieser Welt (und alle Sokratesse, Hühner und Menschen dazu, auch in aller Zukunft) nach seinem Schema durchgeprüft *hätte* und dabei alle relevanten Daten zutreffend ermittelt *hätte*, immer als zwingend bewähren. Anders gewendet⁴⁴:

- 31 Die Gültigkeit (formale Richtigkeit) nicht-deduktiver Schlussfolgerungen beruht darauf, dass sie letztlich, wenn sie sich bei vollständiger Informiertheit in jeder Hinsicht als material richtig erweisen, in eine Deduktion umschlagen *würden*. Die Gültigkeit deduktiver Schlussfolgerungen beruht darauf, dass sie sich, wenn man sie in eine nicht-deduktive Schlussfolgerung umdeuten würde (also in eine Vermutung), in dem Idealfall vollständiger Informiertheit und materialer Richtigkeit immer bewähren *würden*: Ein Fehler könnte niemals zu Lasten der Form gehen.

Bildlich gesprochen:

Eine nicht-deduktive Schlussfolgerung kann zur Deduktion erstarken; eine deduktive Schlussfolgerung kann in eine nicht-deduktive Schlussfolgerung zerbrechen.

II. Zwei Arten der Induktion: generalisierend und konkretisierend

- 32 Kommen wir aber nun zur eher praktischen Seite, und werfen wir dabei auch immer schon einen Seitenblick auf die Jurisprudenz!

Wir hatten gesehen: Die sozusagen erste und weniger sensationelle Stufe zum logischen Erschließen neuer Ideen sind die Induktionen. Bei ihnen gibt es, wie schon mehrfach gesagt, zwei Spielarten: Verallgemeinerung (Generalisierung) und Klassifizierung (Konkretisierung, Subsumtion). Die erste Spielart nenne ich quantifizierende Induktion, die zweite Spielart qualifizierende Induktion.⁴⁵

1. Quantifizierende Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung

a) Definition

- 33 Bei der quantifizierenden Induktion geht es um das, was uns in der größten Definition von Deduktion und Induktion schon begegnet ist: um den Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine. In Peirce' Bohnenbeispiel (soeben unter I 3):

⁴⁴ Frei nach Lege, *Pragmatismus* (Fn. 4), S. 89 f.

⁴⁵ In *Lege, Pragmatismus* (Fn. 4), S. 443-445, habe ich sie als „quantitative“ und „qualitative“ Induktion bezeichnet, ebenso wie offenbar der späte Peirce, siehe die Anmerkung Nr. 3 von *Karl-Otto Apel*, in: *Peirce, Schriften* (Fn. 1), S. 81.

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.

./ . Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Oder in Anlehnung an ein philosophisches Wörterbuch⁴⁶:

Natriumsalpeter ist gut löslich in Wasser.

Kalisalpeter ist gut löslich in Wasser.

Kalkammoniaksalpeter ist gut löslich in Wasser.

Montansalpeter ist gut löslich in Wasser.

Alle Salpeter sind [vermutlich] gut in Wasser löslich.

Es liegt auf der Hand, dass dieser Schluss seine Gültigkeit letztlich darin findet, dass man ihn gleichsam – wie in der Musik einen Akkord – umkehren kann. Mehr noch: Er *würde*, wenn wir alle Salpeterarten durchgeprüft haben, geradezu zwanglos in viele deduktive Schlüsse dieser Art *umschlagen*:

34

Alle Salpeter sind gut in Wasser löslich.

Kalisalpeter ist ein Salpeter.

Kalisalpeter ist gut in Wasser löslich.

Dieser Schluss wäre dann nicht nur formal zwingend, sondern auch materiell wahr. (Bis man einen Salpeter findet, der sich nicht gut in Wasser löst.⁴⁷)

b) In der Jurisprudenz: Beispiel „positive Vertragsverletzung“ und die Analogie

In der Jurisprudenz spielen quantifizierende Induktionen auf den ersten Blick eine geringere Rolle als in den Naturwissenschaften. Dies gilt jedenfalls für den Bereich, der in den Methodenlehren und in der Juristenausbildung das Zentrum bildet: bei der Entscheidung von Einzelfällen im Wege der „Anwendung“ von Gesetz und Recht. Nichtsdestoweniger werden aber auch im Recht im Wege der Induktion Verallgemeinerungen vorgenommen. Erstes Beispiel (in Parallele zu Peirce‘ Bohnen):

35

Resultat. – Verzug und Unmöglichkeit verpflichten zu Schadensersatz.

Fall. – Verzug und Unmöglichkeit sind Leistungsstörungen.

./ . Regel. – Also sollten *alle* Leistungsstörungen zu Schadensersatz verpflichten.

Man sieht leicht, dass dies der erste Schritt zur Analogie ist – in diesem Fall der Analogie zu Gunsten einer *weiteren* Leistungsstörung, der damals so genannten „positiven Vertragsverletzung“.⁴⁸ Das BGB in seiner Fassung von 1900 hatte nämlich zwar den Fall geregelt, dass eine Leistung zu spät erbracht wird, etwa ein Auto zu spät geliefert (Verzug), und auch den Fall, dass die Leistung überhaupt nicht mehr erbracht werden kann, etwa weil die zu liefernde Sache zerstört wurde (Unmöglichkeit). Nicht geregelt war hingegen der Fall, dass trotz („positiver“) Erfüllung des Vertrags ein Schaden

46 N.[ikolaj] I.[wanowitsch] Kondakow [sic, also nicht Kondakov], Wörterbuch der Logik, hrsg. von Erhard Albrecht und Günter Asser, Leipzig 1983, S. 214; das Beispiel ist naturwissenschaftlich vielleicht nicht ganz korrekt oder veraltet, aber darauf kommt es nicht an. – Albrecht und Asser waren übrigens Professoren in Greifswald.

47 Das ist jetzt die Wendung zum Popperschen Falsifikationismus, siehe § 5 II Rn. 80 und auch schon § 1 Rn. 24 und 26.

48 Genauer zu diesem Beispiel unten § 16 Rn. 13-15; auch hier sei aber der Erfinder der „pVV“ nicht verschwiegen: Hermann Staub (1856-1904), seiner Profession nach übrigens Rechtsanwalt.

durch Schlechtleistung entsteht, der zudem nicht schon mit den vertragstypischen⁴⁹ Gewährleistungsansprüchen ersetzt werden kann.

Beispiel: Verkäufer V liefert verdorbenes Schweinefutter, die Schweine des Käufers K verderben. Es nützt dem K wenig, wenn er – kaufvertragstypisch – nur den Kaufpreis ersetzt bekommt (§ 439 BGB alte Fassung) oder gar im Wege der Nacherfüllung einwandfreies Futter (§ 439 BGB neue Fassung) erhält.

- 36 Mit Hilfe der Kategorie „positive Vertragsverletzung“ ließ sich nun auch dieser Fall unter die (neue) Regel subsumieren, die man per Induktion aufgestellt hatte – mit der praktischen Konsequenz, dass auch *diese* Leistungsstörung („Leistungsstörung“ ist der neue Ober-Begriff!) zu Schadensersatz (in Gestalt von Geldersatz) verpflichtet.

Erstaunlicherweise wird in den gängigen Methodenlehren dieser erste Schritt der Analogie meist übergangen. Stattdessen wird sogleich gefragt,⁵⁰ ob eine (a) „planwidrige Regelungslücke“ vorliegt und (b) die Interessenlage im ungeregelten Fall und im geregelten Fall gleich zu bewerten ist. Wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 22-41 mit neuem Prüfschema Rn. 37-41).

c) In der Jurisprudenz: Beispiel Gesetzgebung und die *Cautio Muciana*

- 37 Erstaunlich ist auch: Den gängigen juristischen Methodenlehren scheint kaum bewusst zu sein, dass die quantifizierende Induktion bei einer zweiten zentralen Art und Weise der Rechtserzeugung eine bedeutende Rolle spielt: bei der Gesetzgebung. *Alle* Gesetze (im materiellen Sinn⁵¹) sind ja nichts anderes als induktiv erschlossene Regeln, die in „abstrakt-genereller“ Weise eine Vielzahl von Fällen erfassen – auf mehr oder weniger hoher Abstraktionshöhe.

Sehr schön die Konzeption von Jan Schapp: das Gesetz als Regelung einer „Fallreihe“.⁵²

- 38 Auf einer relativ moderaten Abstraktionshöhe hält sich zum Beispiel die folgende Regel (die sogenannte *Cautio Muciana* im Römischen Recht⁵³):

49 Für Nichtjuristen: Im sogenannten Allgemeinen Schuldrecht gibt es „ganz allgemeine“ Ansprüche für den Fall, dass etwas schief läuft – eine zentrale Vorschrift ist § 280 BGB („Schadensersatz wegen Pflichtverletzung“). Hinzu kommen im Besonderen Schuldrecht „besondere Ansprüche“, z.B. beim Kauf- und Werkvertrag ein Recht auf Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB) bzw. des Werklohns (§ 638 BGB).

50 Siehe etwa Franz Reimer, Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 562, 555-576; dort heißt es zudem (Rn. 556) in Anlehnung an Markus Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen, in: Archiv für civilistische Praxis (AcP) 206 (2006), S. 946-979 (978): Die Analogie sei „in erster Linie keine Frage der Logik, sondern der Teleologik“. Im Ansatzpunkt ebenso (liegt eine Lücke vor?) Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 6 Rn. 99, differenzierend Rn. 148-152: Die Lücke als Prämisse (gemeint: Hypothese).

51 Als Gesetze im materiellen Sinn bezeichnet man alle abstrakt-generellen Regeln (Wer X tut, ist mit Y zu bestrafen). Gesetze im formellen Sinn sind alle Akte, die von den zuständigen Gesetzgebungsorganen, z.B. von Bundestag und Bundesrat, in den dafür vorgesehenen Verfahren erlassen werden, so z.B. das Haushaltsgesetz.

52 Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9-11 und durchgehend.

53 In Anlehnung an Fritjof Haft, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Paderborn 1997, S. 136 f.

„Wenn ein Ehemann stirbt und seiner Witwe sein Vermögen unter der Bedingung hinterlässt, dass sie nicht wieder heiratet, dann soll die Witwe das Vermögen sofort erhalten, es aber wieder herausgeben müssen, falls sie wieder heiratet.“

Sie muss also nicht warten, bis sie stirbt.

Demgegenüber formuliert § 2075 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – sehr viel abstrakter:

„Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, dass der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterlässt oder fortgesetzt tut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, dass die Zuwendung von der *aufhebenden* Bedingung abhängen soll, dass der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterlässt“ (Hervorhebung J.L.).

Die Zuwendung soll also nicht abhängen von der *aufschiebenden* Bedingung, dass er oder sie es nicht tut bzw. nicht unterlässt, z.B. heiraten. (Im BGB sind die aufschiebende und die auflösende Bedingung geregelt in § 158 Abs. 1 und Abs. 2.)

Für eine Juristische Methodenlehre stellt sich vor diesem Hintergrund vor allem die Frage, auf welcher **Abstraktionshöhe** Gesetze hantieren sollten (unten § 38 Rn. 6, 45). Die heutige Gesetzgebung neigt dazu, entweder zu abstrakt (Formulierung großer Ziele) oder zu konkret-detailverliebt zu sein.

39

2. Qualifizierende Induktion: Klassifizierung, Subsumtion

a) Definition

Wir haben es schon gesehen: Bei der hier so bezeichneten qualifizierenden Induktion wird ein Resultat als *Fall* einer bestimmten Regel qualifiziert – man kann dies Klassifizierung nennen oder auch Einordnung oder „Abstempeln“ oder eben: Qualifizierung.

40

Klassisches Exempel einer qualifizierenden Induktion ist in Peirce' Bohnenbeispiel die zweite Umkehrung des ersten, deduktiven Akkords – auch wenn Peirce diese Umkehrung fälschlich als „Hypothese“ bezeichnet hatte:

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

./ Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.“

Derartige qualifizierende Induktionen spielen offensichtlich auch in den Naturwissenschaften eine bedeutende, ja systembildende Rolle – man denke an das Periodensystem der Chemie oder an das Linnésche System zur Einordnung der Pflanzen. Dass diese Einordnungen immer wieder in Frage gestellt und revidiert werden können, versteht sich von selbst (das Beispiel der Sperlinge habe ich schon erwähnt⁵⁴).

b) In der Jurisprudenz: Subsumtion

Es liegt auf der Hand: Dieser Schluss entspricht dem, was wir bereits in § 3 Rn. 8-10 als den – der gängigen Methodenlehre geläufigen – Subsumtionsschluss kennengelernt haben:

41

⁵⁴ Lange Zeit hat man sie für eine Art der Finken gehalten. Mittlerweile bilden sie neben den Finken eine eigene Familie, einige Arten gehören auch zu den Webervögeln.

Regel: Die Straftat XY hat die Tatbestandsmerkmale M1, M2, und M3.

Resultat: Die Tat des A erfüllt die Merkmale M1, M2 und M3.

./ Fall: Also liegt ein Fall der Straftat XY vor.

Dieser Schluss wäre, *interpretiert als deduktiver Schluss*, nicht gültig, weil nicht zwingend. (Man könnte sogar sagen: Es ist ein Fehlschluss, nämlich ein Schluss von der Folge auf die Ursache). Er entspräche dem Schema (s.o. 1):

Regel: Alle Hühner haben zwei Beine.

Resultat: Sokrates hat zwei Beine.

./ Fall: Sokrates ist ein Huhn.

Oder auch (siehe schon § 5 Rn. 70):

Regel: Wer ein guter Wissenschaftler ist, wird häufig zitiert.

Resultat: X wird häufig zitiert.

./ Fall: X ist ein guter Wissenschaftler.⁵⁵

- 42 *Interpretiert als induktiver Schluss* hat der Subsumtionsschluss jedoch seine Berechtigung: Es spricht eine wohlbegründete Vermutung dafür, dass ein Fall der Straftat XY vorliegt, wenn deren Definitionsmerkmale erfüllt sind. Etwas konkreter (unter Rückgriff auf § 3):

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen einer Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.

Resultat: Täter A hat die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers O ausgenutzt.

./ Fall: Täter A hat heimtückisch gehandelt.

c) Die Ergebnisoffenheit (!) der Subsumtion

- 43 Allerdings: Wenn man *noch konkreter* hinschauen will, das heißt: wenn man wissen will, wie der Fall *im wahren Leben* aussah (und nicht auf der Ebene der Definitionen), können sich weitere Fragen stellen. Sie richten sich letztlich an diejenigen SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 5 Rn. 40-59), die das Recht zu regeln für sich in Anspruch nimmt. Erinnern wir uns an den Lebenssachverhalt, den wir schon in § 3 diskutiert haben:

Täter A öffnet den Gashahn, als seine Frau und seine Tochter schlafen. Er will sie auf diese Weise, ohne dass sie es bemerken, durch Erstickung töten.

Damit wird die Definition gleichsam mit Leben gefüllt: Wer schläft, ist „arglos“ (Definition: „sich keines Angriffs bewusst“) und aufgrund dessen⁵⁶ auch „wehrlos“. Juristen würden also in ihrer Lösungsskizze notieren:

„Heimtücke (+)“

- 44 Die nächste Frage kann dann aber auch einmal lauten: Soll diese Definition von Heimtücke für jeden Fall gelten? Auch etwa, wenn der Lebenssachverhalt wie folgt liegt (siehe schon § 3 Rn. 16)?

⁵⁵ Weiteres Beispiel: „Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken. Ich muss an dich denken. Also: Es regnet.“

⁵⁶ Für die Freunde der Feinheiten: In der Tat ist es herrschende Meinung, dass die Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen muss; an „diesem Kausalzusammenhang“ fehlt es etwa, wenn sich das Opfer auch bei rechtzeitigem Erkennen des Angriffs (z.B. wegen Lähmung) nicht hätte verteidigen können“ (Christoph Safferling, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch [Kommentar], 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 211 Rn. 42).

In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, die er sehr liebte, zu töten, indem er den Gashahn öffnete. Er wollte damit seiner Familie Entehrung und Not ersparen. A wurde gerettet, F und T starben.⁵⁷

Sollte hier die Liebe ein Unterschied sein, der einen Unterschied *macht* (s.o. § 5 Rn. 21, 42)? Weil aus der Liebe etwas folgt, das gegen Heimtücke spricht? So dass entgegen dem ersten Eindruck *kein* Fall von Heimtücke und damit *kein* Mord vorliegt? Sozusagen „vom Gefühl her“?

Wenn man dies wirklich „fühlt“, meinetwegen auch: intensiv fühlt, ist der Fall natürlich noch lange nicht gelöst. Vielmehr ist dies dann der Punkt, wo das kreative Schlussfolgern beginnt: die Abduktionen. Erst sie führen, über die klassifizierenden oder generalisierenden Induktionen hinaus, etwas **wirklich Neues** ein.

In diesem Fall was? Siehe sogleich Rn. 65.

III. Kreative Schlüsse: Abduktionen

Um es noch einmal zu betonen: Die Lehre von der Abduktion ist in der akademischen Fachphilosophie nicht gerade „herrschende Meinung“. Deshalb ist, was im Folgenden vorgestellt wird, durchaus neu – und daher gewiss nicht perfekt.⁵⁸ Nichtsdestoweniger bringt es vielleicht ein wenig Licht in das hinein, was man gemeinhin „Kreativität“ nennt. Und es scheinen tatsächlich Richterinnen und Richter, wenn sie mit etwas Neuem konfrontiert werden, sich in dieser Weise zu einer Lösung voranzutasten.⁵⁹ 45

1. Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüssen

Abduktionen sind Schlussfolgerungen, die etwas *wirklich* Neues erschließen – etwas, das in den Prämissen bisher noch nicht enthalten war. Wie sie funktionieren, haben wir in der Kritik des Peirce'schen Bohnenbeispiels bereits angedeutet: Während Induktionen aus *zwei* Prämissen auf *ein* Unbekanntes schließen – sei es im Wege der Verallgemeinerung oder im Wege der Klassifikation bzw. Subsumtion –, schließen Abduktionen aus *einer* Prämisse auf die *beiden* fehlenden.⁶⁰ Führen wir es uns noch einmal vor Augen: 46

57 BGHSt (GS) 9, 385 (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [hier des Großen Senats] Band 9, Seite 385).

58 „*Nihil est simul et inventum et perfectum*“ – Nichts ist zugleich erfunden und vollendet, so schon Marcus Tullius Cicero (106–43 v. chr.), Brutus, lateinisch-deutsch, 5. Aufl., Düsseldorf etc. 2000, Abschnitt 71 (S. 52). – Das Zitat auch bei Alexander Gottlieb Baumgarten (zu ihm § 31 Rn. 31–33) in seiner Ästhetik-Theorie, ich zitiere aus der Erinnerung.

59 So als Fazit zu einer empirischen Studie Ralf Kölbel/Thorsten Berndt/Peter Stegmaier, Abduktion in der justiziellen Entscheidungspraxis, in: Rechtstheorie 32 (2006), S. 85–108.

60 So die Interpretation von Jo Reichertz, Aufklärungsarbeit. Kriminalpolizisten und Feldforscher bei der Arbeit, Stuttgart 1991, S. 69 und öfter; dem folgend und weiterführend Lege, Pragmatismus (Fn. 4), S. 441.

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß.

Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.

./.. Negation des Falls. – Wahrscheinlich wurden die Bohnen *einem anderen Sack* entnommen.

Dieser andere Sack ist das wirklich Neue, genauer: die Vermutung, dass (1) die meisten Bohnen in dem anderen Sack nicht weiß sind und (2) die Bohnen aus eben diesem Sack stammen. Um es zu wiederholen:

Regel. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen in *jenem anderen Sack* nicht-weiß.

Fall. – Wahrscheinlich stammen diese Bohnen aus *jenem anderen Sack*.

./.. Resultat. – [Deshalb:] Die meisten Bohnen in dieser Handvoll sind nicht-weiß.

Kurz: Abduktionen sind ein „Zusammenschluss von Schlüssen“. Wohl wegen dieses Kurzschlusses kommen sie über uns, wie Peirce gesagt hat, „wie ein Blitz“.⁶¹

2. Drei Spielarten der Abduktion

- 47 Bei genauerer Betrachtung wird sich nun allerdings zeigen: Der besagte Schluss aus *einer* auf *zwei* Prämissen kann seinen Ausgang nicht nur, wie in Peirce' Bohnenbeispiel, vom *Resultat* eines Syllogismus nehmen, genauer: von der Negation eines erwarteten Resultats. Er kann vielmehr auch von jeder der beiden anderen Prämissen (nach deren Negation) ausgehen.

Mit anderen Worten:

Es gibt nicht nur, wie bei der Induktion, zwei Spielarten, sondern sogar drei Spielarten der Abduktion – die Abduktion *vom Resultat* her, die Abduktion *von der Regel* her und die Abduktion *vom Fall* her.

- 48 Die erste Spielart ist „idealtypisch“⁶² für die an einer äußeren „Natur“ arbeitenden empirischen Wissenschaften, die zweite für die an Texten arbeitenden Geisteswissenschaften, die dritte für die an Verhaltensmaßstäben arbeitenden normativen Wissenschaften.⁶³

Letztlich arbeiten aber, das erscheint mir am wichtigsten, *alle* Wissenschaften mit *allen* drei Spielarten. Auch die Naturwissenschaften interpretieren Daten, auch die Geisteswissenschaften entlarven Fälschungen, auch die Ethik stößt auf äußere Reali-

61 Peirce, Lectures, in: CP 5.181 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 404.

62 Zum Begriff „Idealtypus“: Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Kapitel I § 1 I 6, auch 3 und 11: ein Sinnzusammenhang (!), den es in dieser reinen Form nur selten gibt, der vielmehr meist vermischt ist mit anderen Sinnzusammenhängen (Beispiel bei Weber unter 3: wirtschaftliches Handeln bei „Börsenpanik“) oder der auch – so meine Ergänzung – in anderen Sinnzusammenhängen vorkommen kann, dort allerdings weniger häufig, weniger charakteristisch, kurz: weniger „typisch“. – Zu dem hier verwendeten Begriff Sinnzusammenhang oben § 5 II Rn. 40-59.

63 Zum Folgenden bereits – und ausführlicher als hier – Lege, Pragmatismus (Fn. 4), S. 441, 445-475; kürzer dann Lege, Abduktion im System der Wissenschaften (Fn. 40), S. 93-110; Joachim Lege, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259-280.

täten (und gelegentlich auf Menschen, die sie leugnen, handele es sich nun um den Klimawandel oder um die biologische⁶⁴ Zweigeschlechtlichkeit).

a) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft)

Bei der Abduktion vom Resultat her geht es, salopp gesagt, um ein fehlgeschlagenes Experiment, um etwas, das unserer bisherigen Erfahrung (*experience*) mehr oder weniger gründlich zuwiderläuft.⁶⁵ Wir sind daher gezwungen, uns eine neue Erklärung der – nicht zu leugnenden – Tatsachen zu überlegen. 49

Man sieht: Was eine Tatsache ist, ist immer schon eine Frage der Interpretation von Daten. Tatsachen sind, anders gewendet, in der Tat „Fakten“ (*facts*), das heißt: etwas Gemachtes (lateinisch *facere* = machen). Interpretationen aber sind letztlich eine Sache von Vertrauen (man denke an das italienische *traduttore traditore*⁶⁶ oder daran, dass man manchmal „seinen Augen nicht traut“), so dass für ein gesundes Zusammenspiel von „Daten, Fakten, Interpretationen“⁶⁷ gilt: Tatsachen (Fakten) sind ein Ergebnis von Daten und Vertrauen.

Und bewusster *Fake* ist Vertrauensbruch.

Peirce‘ Lieblingsbeispiel waren insofern die Überlegungen Johannes Keplers (1571-1630) zur Umlaufbahn des Planeten Mars. Bis dato hatte man angenommen, dass die Planeten die Sonne auf Kreisbahnen umrunden. Leider stimmten die Daten, die Kepler von dem großen, höchst vertrauenswürdigen (!) Astronomen Tycho Brahe (1546-1601) erhalten hatte, damit nicht überein. Die neue – und gar nicht so fernliegenden – Idee Keplers war nun: Es könnte sich um eine Ellipse handeln, genauer: um einen *Fall* von Ellipse, so dass die *Regel* der Ellipse – also ihre mathematische Formel – zu den Daten Tycho Brahes passen müsste. Kurz: 50

Resultat. – Die Daten der Marsumlaufbahn lauten ABC.

Regel. – Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

Fall. – Also beschreibt die Marsumlaufbahn eine Ellipse.

* * *

Nun sieht man natürlich auf den ersten Blick, dass dieser „Dreisatz“ nicht *ohne weiteres* funktioniert, denn er enthält nicht lediglich drei Begriffe, sondern **vier**: Marsbahn, Ellipse, XYZ und ABC. 51

Anders gewendet: Es *fehlt* offenbar etwas, nämlich der Übergang von den rohen Daten ABC zur Formel XYZ – wenn man so will: von der Beobachtung der „Lebenswelt“ zu deren „Bewertung“ als ein Fall von Ellipse. (Die Naturwissenschaften haben es also mit

64 Was natürlich (!) nicht heißt: streng „binär“! Es gab schon immer Zwischenformen (Zwitter, Hermaphroditen). – Bei „Hermaphroditen“ muss man akustisch eine Trennung zwischen den ersten beiden Silben machen, ähnlich dem sogenannten Gender-Sternchen: Herm*aphroditen, denn es handelt sich um eine Kombination der beiden Gottheiten Hermes (der Götterbote, auch Gott der Kaufleute und der Diebe; auf Latein: Mercurius) und Aphrodite (die Göttin der Liebe und der Schönheit, auf Latein: Venus).

65 In der Psychologie spricht man – sehr ästhetisch! – auch von „kognitiver Dissonanz“.

66 Wörtlich: Übersetzer = Verräter.

67 Dazu schon *Lege*, Abduktion im System der Wissenschaften (Fn. 40), S. 93-110 (110).

einer ganz ähnlichen „Kluft“⁶⁸ zu tun wie die Rechtswissenschaft!) Wie geschieht nun dieser Übergang?

Nun, er geschieht in Gestalt der *Abduktion*, die, wie schon gesagt, ein *Zusammenschluss von Schlüssen* ist, nämlich diesen beiden:

(Vermutende) DEDUKTION

Regel. – Alle Daten der Marsumlaufbahn beschreiben eine Ellipse.

(salopp-ontologisch: Die Marsbahn „ist“ eine Ellipse.)

Fall. – Die Daten ABC sind Daten der Marsumlaufbahn.

Resultat. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

Resultat. – Die Daten ABC lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

Fall. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*

Dieser Zusammen-Schluss wird möglich, weil *ein* Satz in *beiden* Schlüssen vorkommt (es ist zugleich der Satz, der die „Kluft“ überwindet): „Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse“.

* * *

- 52 So dass man beide Schlüsse auch zu einem einzigen Syllogismus mit fünf Sätzen komprimieren kann (es ist dann ein Schluss von den Resultaten [Daten] und den Fällen [Fakten] auf die Regel):

ABDUKTION

Resultat. – Die Daten ABC sind Daten der Marsumlaufbahn.

Fall. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*

Erläuterung: Die Daten ABC lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

Regel. – Alle Daten der Marsumlaufbahn beschreiben eine Ellipse.

Erläuterung: Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

- 53 Es ist frappierend, wie sehr dies an den vollständigen rhetorischen Syllogismus erinnert (Epicheirema, s.o. § 2 Rn. 21-22).

Und es fällt auf: Der Satz, der zweimal vorkommt und dadurch beide Ausgangssyllogismen zusammenschließt – „Aha! Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse“ –, ist in der Abduktion der *Fall*. Vielleicht hat Wittgenstein an so etwas gedacht, als er schrieb: „Die Welt ist alles, was der Fall ist.“⁶⁹

b) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft)

- 54 Aber nun zur Abduktion „von der Regel her“, wie sie für die Geisteswissenschaften typisch, genauer: „idealtypisch“⁷⁰ ist! Diese Wissenschaften finden als Datum einen *Text* vor, der vermutlich etwas bedeutet, es fragt sich nur: Was? Und in welchem SINNZUSAMMENHANG (zum Begriff siehe oben § 5 Rn. 40-59)?

68 Dass es diese Kluft nur scheinbar gibt (also „nicht wirklich“): § 5 II Rn. 43, 47-49.

69 Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*. Logisch-philosophische Abhandlung (1921), Frankfurt a.M. 1963 (zahlreiche weitere Ausgaben), Ziffer 1.

70 Siehe Fn. 62.

Man nehme den gerade erwähnten Satz „Die Welt ist alles, was der Fall ist.“ Oder den Satz „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ – was will uns das sagen? Nun, er bedeutet vor allem: *Begrenzung* (!) der Rache, Verbot der Eskalation.⁷¹

Derartige Texte wollen wir als die „Regel“ bezeichnen, deren Sinn es zu ermitteln oder wenn man will: zu „verstehen“⁷² gilt. Anders gewendet: Deren Sinn man *begreifen* will. (Wie hatte schon Kant gesagt: „Der Begriff vom Hunde bedeutet eine Regel.“⁷³)

* * *

Als Beispiel wollen wir im Folgenden einen Text aus der Bibel nehmen, einen Text, der den unbefangenen Leser durchaus überraschen dürfte. Jesus Christus spricht: 55

„Es ist leichter, dass ein Kamel durch ein Nadelöhr geht, als dass ein Reicher ins Reich Gottes komme.“⁷⁴

Was, um Himmels willen, hat ein Kamel mit einem Nadelöhr zu tun?

Nun, eine erste Hypothese könnte lauten: Das Kamel soll gar nicht durch ein echtes Nadelöhr gehen, sondern durch eine kleine Pforte in der Stadtmauer Jerusalems, die im Volksmund „das Nadelöhr“ heißt – und für Kamele zu klein ist. Soweit ich weiß, ist eine solche Theorie durchaus vertreten worden. Aber ist es wahrscheinlich, dass ein Text, der universal gelten will, so viel Ortskenntnis voraussetzt?

Also kann man wohl besser vermuten: Es darf beim „Nadelöhr“ bleiben, man muss aber beim „Kamel“ genauer hinschauen. Handelt es sich vielleicht um eine falsche Übersetzung? Vielleicht muss man es *anders übersetzen*? 56

Dieses „anders übersetzen“ ist, wie im Bohnenbeispiel der „andere Sack“ (oben I 3 c), das „wirklich Neue“.

* * *

Sodann könnte man in einem Altgriechisch-Lexikon⁷⁵ suchen und dort finden: Das griechische Wort *kámēlos* oder *kámilos* kann nicht nur „Kamel“ bedeuten, sondern auch „Schiffstau“. So dass man seine Vermutung nun in zwei (diesmal nicht kategorisch, sondern hypothetisch formulierten⁷⁶) Schlüssen explizieren kann: 57

71 Ein Gegenbeispiel zeigt der Mafiafilm „Der Pate“ (1972): Bringt ihr zwei von uns um, bringen wir zehn von euch um.

72 Zur Erklären-Verstehens-Kontroverse siehe oben § 1 Rn. 8.

73 Immanuel Kant, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, S. 181; die 1. Auflage wird mit „A“ zitiert); zitiert nach der Studienausgabe, Stuttgart 1985.

74 Matthäus 19, 24; Markus 10, 25; Lukas 18, 25. – Matthäus (Kürzel: Mt), Markus (Mk), Lukas (Lk) und Johannes (Joh.) sind die vier „Evangelisten“, die in der Bibel in unterschiedlichen Versionen („Evangelien“) das Leben und Wirken des Jesus Christus berichtet haben; zitiert wird nach Kapitel und Vers, z.B. 19, 4. – „Evangelium“ kommt von altgriechisch *eu* (= gut) und *angelía* (= die Botschaft); ein Engel ist ein [Götter-] Bote).

75 Das Neue Testament ist in altgriechischer Sprache überliefert.

76 Zur Gleichwertigkeit dieser beiden Formulierungen § 5 III Rn. 96-100.

(Vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wenn man das Wort „Kamel“ durch ein anderes ersetzt, ergibt der Text einen besseren Sinn.

Fall. – Das Wort „Kamel“ kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.

Resultat. – Der Text ergibt einen besseren Sinn.

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Wenn es eine andere Übersetzung für das griechische Wort *kámēlos* gibt, kann das Wort „Kamel“ durch ein anderes Wort ersetzt werden.

Resultat. – Das Wort „Kamel“ kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.

Fall. – Das griechische Wort *kámēlos* kann mit dem anderen Wort „Schiffstau“ übersetzt werden.

Auch hier wird nun der Zusammen-Schluss beider Syllogismen dadurch möglich, dass ein Satz in *beiden* Schlüssen vorkommt, der Satz: „Das Wort ‚Kamel‘ kann durch ein anderes Wort ersetzt werden“.

* * *

- 58 Folglich kann man auch hier beide Schlüsse zu einem fünfgliedrigen Syllogismus zusammenfassen (es ist dann ein Schluss von der Regel über den Fall auf das Resultat):

ABDUKTION

Regel. – Wenn man das Wort „Kamel“ durch ein anderes Wort ersetzt, ergibt der Text (vermutlich) einen besseren Sinn.

Erläuterung: Wenn es eine zweite Übersetzung für das griechische Wort *kámilos* gibt, kann das Wort „Kamel“ durch ein anderes Wort ersetzt werden.

Fall. – Das Wort „Kamel“ kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.

Erläuterung: Das griechische Wort *kámilos* kann durch das andere Wort „Schiffstau“ ersetzt werden.

Resultat. – Der Text ergibt (vermutlich) einen besseren Sinn.

- 59 Ob dieser neue Text dann *wirklich* besser passt, ist eine zweite Frage – letztlich eine Frage der Ästhetik und damit der Erfahrung mit den relevanten SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40-59). Man muss wissen, dass Nähgarn eine größere Ähnlichkeit mit Schiffstauen hat als mit Kamelen.

Bereits erwähnt haben wir: Ästhetik ist in ihrem Ursprung gar nicht die Lehre vom „Schönen“, sondern die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aisthánomai*).

* * *

- 60 Halten wir fest: Die Abduktion „von der *Regel* her“ nimmt einen **Text** als das Datum, dessen Sinn zu erschließen ist. Sie sucht daher nach *Fällen* und *Resultaten*, die diesen Text „mit Leben füllen“ – oder ihn, wenn er keinen Sinn ergibt, sogar korrigieren.

Bereits an dieser Stelle: So wie ich den Begriff „Regel“ hier weit verstehe, so auch den Begriff „Text“. Ein Text ist nicht nur ein sprachlicher Text, es kann auch eine Formel sein wie „ $E = mc^2$ “ oder gar ein in der Natur vorkommender Text wie die Abfolge der vier Nukleotid-Basen Adenin (A), Cytosin (C), Guanin (G) und Thymin (T) in der DNA – sie bilden dort ja einen genetischen „Code“, der durchaus etwas „bedeutet“, z.B. ein „Gen“.

Bereits hier zudem die Beobachtung: Der menschliche Erkenntnisapparat neigt offenbar dazu, auch dort Texte zu erkennen, wo es gar keinen Text gibt. Bestes Beispiel sind die Sternbilder, sofern sie nicht nur der Orientierung dienen, sondern auch, wie in der Astrologie, herangezogen werden, um die Zukunft vorauszusagen oder den persönlichen Charakter zu bestimmen („ich bin halt ein Löwe“).

Natürlich kann man darauf beharren, dass es dort *doch* einen Text und eine Bedeutung gibt. Ganz ebenso wie man leugnen kann, dass ein wirklicher Text in Wahrheit gar nicht existiert oder eine Fälschung ist.⁷⁷ Wie gesagt (Rn. 49): Fakten sind eine Frage nicht nur von Daten, sondern auch von Vertrauen.

c) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft)

Wie wir gerade gesehen haben, ist idealtypisch⁷⁸ für die geisteswissenschaftliche Abduktion: Sie sucht bei gegebener Regel nach Fällen und Resultaten, um die *Bedeutung* der Regel zu klären. Demgegenüber ist typisch für die Abduktion in den „Normwissenschaften“ – insbesondere in der Jurisprudenz –: Sie sucht für einen – neuen – *Fall* nach einer *Regel* und einem *Resultat*.

61

Dabei ist der Begriff „neu“ natürlich relativ: Es kommt darauf an, wie viele Fälle man schon gesehen hat, wie groß, mit anderen Worten, die Fallerfahrung ist. Ein Studienanfänger tappt häufiger im Nebel als ein gestandener Bundesrichter (hat dafür aber vielleicht Ideen, auf die dieser wegen seiner *déformation professionnelle* nicht mehr kommt).

* * *

Greifen wir zur Illustration wieder das Heimtücke-Beispiel auf! Also den folgenden Fall (dazu schon § 3 Rn. 16):

62

Der städtische Vollzugsbeamte A hatte seine Frau und seine Tochter, die er sehr liebte, getötet, um ihnen Schmach und Not zu ersparen. Er hatte hierzu den Gashahn geöffnet, als beide schliefen. Er wollte sich auf diese Weise auch selbst töten, wurde aber, anders als die beiden Frauen, gerettet.⁷⁹

Nähert man sich diesem Fall mit dem damals vorhandenen rechtlichen Wissen, dann war auszugehen von § 211 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch –, der damals wie heute lautete: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“⁸⁰ Von dort aus ließ sich – deduktiv – schließen:

⁷⁷ Das berühmteste Beispiel ist die sogenannte Konstantinische Schenkung. Dies ist eine Urkunde, in der angeblich der römische Kaiser Konstantin (ca. 280–337) dem Papst die Herrschaft über Rom und Italien übertragen hatte. Die Fälschung wurde von dem Rhetoriker (!) Lorenzo Valla (1406–1457) aufgedeckt; zu Valla, dem *enfant terrible* der Renaissance, in einem anderen Kontext *Joachim Lege*, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457), in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*, Tübingen 2008, S. 141–158.

⁷⁸ Siehe Fn. 62.

⁷⁹ BGHSt (GS) 9, 385.

⁸⁰ Zur Skandalosität dieser Formulierung bereits oben § 5 III Rn. 100.

Regel. – Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

Fall. – A ist ein Mörder.

Resultat. – A wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

Aber war A wirklich ein „Mörder“?

Insoweit half und hilft § 211 Abs. 2 StGB weiter, indem er definiert:

„Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.“

- 63 Einschlägig war nur das Mordmerkmal „Heimtücke“, definiert als „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“, was wiederum vorliegt, wenn das Opfer „sich keines Angriffs versieht“ – hier die Frau F und die Tochter T, eben weil sie schliefen. Auf dieser Basis konnte man – induktiv – schließen (Subsumtion, siehe schon § 3 Rn. 8 und oben Rn. 40-43):

Regel. – Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.

Resultat. – A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der F und der T ausgenutzt.

Fall. – A hat heimtückisch gehandelt.

So dass man am Ende im Wege des Justizsyllogismus deduktiv schlussfolgern konnte.

Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Fall. – A hat heimtückisch getötet.

Resultat. – A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

* * *

- 64 Dieses Ergebnis hat nun offenbar den Richtern am BGH nicht gefallen: Der A ist durch den Verlust von Frau und Tochter, die er so sehr liebte, doch schon genug gestraft! Jedenfalls so sehr, dass man ihn nicht lebenslang hinter Gitter stecken sollte!

Kurz: Die Richter *wollten* offenbar, dass entgegen dem ersten Anschein *kein Fall* von Mord vorliegt. Folglich mussten sie eine neue *Regel* finden (oder erfinden?), aus der sich ein neues *Resultat* ergab. Diese gesuchte Regel enthielt – damals wie heute – § 212 StGB: „Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“ Aber wie kommt man dahin, dass der A „kein Mörder“ ist? Nun, man muss wohl – im Wege der Abduktion – den Begriff „Heimtücke“ *anders auslegen*.

Dieses „anders auslegen“ ist, wie der „andere Sack“ im Bohnenbeispiel und die „andere Übersetzung“ im Kamelbeispiel, das *wirklich* Neue. Oder vielleicht besser: Es *führt* zum wirklich Neuen.

* * *

- 65 Das wirklich Neue, das die BGH-Richter in diesem Fall fanden (oder er-fanden?), war nun dies: Im Begriff „Heimtücke“ stecke so etwas wie eine „feindliche Willensrichtung“ des Täters – eben etwas nicht nur Heimliches, sondern „Tückisches“. Und diese Feind-

seligkeit könne man einem liebenden Menschen doch nicht „zusinnen“⁸¹. So dass man nun, nach wie vor ausgehend vom § 211 StGB, auf die folgenden sogar *drei* Syllogismen schließen konnte:

(Vermutende) DEDUKTION⁸²

Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Fall. – A hat *nicht* heimtückisch getötet.

Resultat. – A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

QUALITATIVE INDUKTION

Regel. – Heimtücke ist das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung.

Resultat. – A hat *nicht* in feindlicher Willensrichtung gehandelt.

Fall. – A hat *nicht* heimtückisch gehandelt.

(Weitere vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wer einen Menschen liebt, handelt nicht in feindlicher Willensrichtung.

Fall. – A hat die F und die T geliebt.

Resultat. – A hat *nicht* in feindlicher Willensrichtung gehandelt.

* * *

Und weil nun ein *erster* Satz in den ersten beiden Syllogismen erscheint („A hat *nicht* heimtückisch getötet“) und ein *weiterer* Satz in den beiden zweiten Syllogismen („A hat nicht in feindlicher Willensrichtung gehandelt“), lassen sich die *drei* Schlüsse mit ihren **fünf** Begriffen⁸³ – doppelt abduktiv – zu einem erweiterten fünfgliedrigen Syllogismus zusammenschließen:

66

DOPPELTE ABDUKTION

Fall. – A hat *nicht* heimtückisch getötet.

Neues Resultat: A handelte nicht in feindlicher Willensrichtung.

Weitere Regel: Wer einen anderen Menschen liebt, handelt nicht feindselig.

Dazu der Fall: A hat die F und die T geliebt.

Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Erläuterung: Heimtücke ist das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung.

Resultat. – A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

* * *

Dies, so kann man sagen, ist die annähernd vollständige Beschreibung einer ganz normalen juristischen „Subsumtion“. Und es dürfte sich gezeigt haben:

67

All dies ist **durch und durch** eine Sache der **Logik**.

81 So würde Michael Potacs, Rechtstheorie, 2. Aufl., Stuttgart 2019, es formulieren (siehe etwa S. 52, 99).

82 Achtung: Dieser Schluss ist nur zwingend, wenn man den Konditionalsatz als Bikonditional interpretiert (siehe § 5 III Rn. 115 f.): Immer, *aber auch nur wenn* Heimtücke vorliegt, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

83 „Täter A“ – „Heimtücke“ – „lebenslange Freiheitsstrafe“ – „feindliche Willensrichtung“ – „lieben“.

3. Abduktionen auf zwei Ebenen

- 68 Mir ist bewusst: Die vorangegangenen Überlegungen waren gewiss ein wenig mühsam, und wahrscheinlich enthalten sie nicht die bestmögliche Darstellung des abduktiven Schlussfolgerns.⁸⁴ Nichtsdestoweniger sollte klar geworden sein: Auch das wertende und auch das kreative Denken – wenn es denn ein Denken ist und nicht „Emotion pur“ – geschieht immer schon in einem Geflecht von Schlussfolgerungen.

Oder wenn man will: in einem logischen Kontinuum, in einem Kontinuum des Schlussfolgerns.⁸⁵

Um nun zu zeigen, dass dieses Kontinuum auch in der Lage ist, verschiedene „Welten“ miteinander zu verbinden – so dass die Rede von einer „Kluft“ zwischen Recht und Lebenswirklichkeit wenig Sinn ergibt –, wollen wir noch eine letzte Unterscheidung treffen: die Unterscheidung von qualifizierten und qualifizierenden Abduktionen. Wir werden ihr dann gleich bei der juristischen Subsumtion wiederbegegnen (§ 9).

a) Qualifizierte Abduktionen

- 69 Die qualifizierten Abduktionen bleiben gewissermaßen auf der abstrakten Ebene des Begriffs: Es ist kein Fall von Mord, *aber es könnte ein Fall von Totschlag sein*. „Dann müsste“ dessen Tatbestand erfüllt sein. Oder: Die Marsbahn ist kein Kreis, *es könnte aber eine Ellipse sein*. „Dann müsste“ auf sie die Formel XYZ anzuwenden sein. Kurz: Es wird statt des Begriffs, der nicht passt, ein **neuer Begriff** ins Spiel gebracht.

Nebenbei zum „Dann müsste“: Im Rahmen der sogenannten Gutachtentechnik wird unschuldigen Jura-Studenten seit jeher diese unsägliche Formulierung eingebleut.

Beispiel (nicht zur Nachahmung empfohlen):

„A könnte sich wegen Mordes strafbar gemacht haben. *Dann müsste* er einen Menschen grausam getötet haben. Hier könnte A „grausam“ gehandelt haben. *Dann müsste* er dem B körperliche oder seelische Schmerzen zugefügt haben, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgingen. Im vorliegenden Fall hat A ...“

So darf man doch nicht formulieren! Es geht doch auch anders:

„A könnte sich wegen Mordes strafbar gemacht haben. In Betracht kommt eine Verwirklichung des Mordmerkmals „grausam“. „Grausam“ ist die Tat, wenn der Täter dem Opfer körperliche oder seelische Schmerzen zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Im vorliegenden Fall hat A ...“

b) Qualifizierende Abduktionen

- 70 Demgegenüber schließen *qualifizierende* Abduktionen in *einem Begriff* zwei Wirklichkeiten oder auch Welten oder am treffendsten: zwei **SINNZUSAMMENHÄNGE** (§ 5 Rn. 40-59) zusammen. Die Daten ABC – als ein Text, den wir zu Grunde legen –

⁸⁴ Weitere Versuche aus meiner Feder sind nachgewiesen in Fn. 63; siehe auch Joachim Lege, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2019, S. 416-429 (420 f.).

⁸⁵ Lege, Pragmatismus (Fn. 4), S. 123-127, 205 f., 463, 475-476 und öfter.

sind nicht nur Daten der *Marsumlaufbahn*, sondern liegen auch auf einer *Ellipse*, die sich nun wieder mit der Formel XYZ beschreiben lässt. Kurz: Wir haben den Begriff „Ellipse“ als mathematische Formel und als reale Planetenbahn. Und die Abduktion führt beides zusammen, indem sie die Daten ABC als die *eine* Repräsentation dieser *beiden* SINNZUSAMMENHÄNGE interpretiert.

Wir werden sogleich sehen, dass bei der juristischen „Subsumtion“, diesem Fetisch der Juristenausbildung, ganz Entsprechendes passiert (§ 9).

4. „Die Welt steckt voller Abduktionen“

Die vorangegangene Darstellung des abduktiven Schlussfolgerns dürfte plausibel gemacht haben, dass unser menschliches Denken (und sicher auch schon das von Tieren) durch und durch schlussfolgernd geschieht. Wir stehen dauernd vor neuen Problemen („irgendwas ist immer“) und müssen dauernd neue Lösungen finden – mehr oder weniger kreativ.

71

Daher ist Peirce‘ Ellipsenbeispiel vielleicht gar nicht so *striking*, wie er selbst es empfunden hat. Spektakulärer wären als Beispiel: Der deutsche Chemiker August Kekulé (1829-1896) soll auf die Struktur des Benzolrings gekommen sein, nachdem er von einer Schlange geträumt hatte, die sich in den Schwanz beißt. Der russische Chemiker Dmitri Mendelejew (1834-1907) soll die Entdeckung des Periodensystems der chemischen Elemente seiner Liebe zu Patience verdankt haben, also einem Solo-Kartenspiel, bei dem man Karten in senkrechten Reihen anordnet.

Und wenn ich so persönlich werden darf: Ich selbst verdanke meine juristische Idee zur Abgrenzung von „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“ und „Enteignung“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Art. 14 Abs. 3 GG – Grundgesetz) dem mittelalterlichen Universalienstreit (oben § 4 Rn. 2), so wie Peirce ihn einmal formuliert hat: „Folglich ist ein Gegenstand im Allgemeinen genauso real wie im Konkreten“. Dies kann man fortdenken zu: „Ein Begriff kann nicht im Allgemeinen etwas anderes sein als im Besonderen.“⁸⁶ Also kann auch nicht ein *Gesetz*, das „Inhalt und Schranken des Eigentums“ bestimmt, im *Einzelfall* in eine „Enteignung“, wie man gesagt hat, „umschlagen“.⁸⁷

86 Charles Sanders Peirce, Rezension von Frasers Ausgabe der Werke von George Berkeley (1871), in: CP 8.14 (Collected Papers vol. 7-8, Cambridge/Massachusetts 1958, Band 8, Paragraph 14); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 118.

87 Joachim Lege, Enteignung und „Enteignung“, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, S. 864–872; Joachim Lege, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1995, S. 18 f. mit weiteren Nachweisen. – Näheres § 20 I.

- 72 Daher lässt sich nun abschließend – und substantiierter⁸⁸ als zu Beginn (§ 3 Rn. 25-27) – sagen: Die Welt steckt voller Abduktionen.⁸⁹ Und es arbeiten auch und insbesondere in den Wissenschaften stets alle drei Spielarten der Abduktion zusammen: die Abduktion von der Regel her, die Abduktion vom Fall her und die Abduktion vom Resultat her.

IV. Resümee

- 73 Die hier entworfene neue Syllogistik – Deduktion, Induktion, Abduktion – hatte zum Ziel: Es geht in unserem Denken immer mit rechten Dingen zu, nicht mit höherer Einsicht oder privilegierter Erkenntnis „außerhalb der Logik“. Wir können *prinzipiell* jede Erkenntnis logisch nachvollziehen – und dass wir es *aktuell* nie bis zum letzten Grund können, liegt an zweierlei: Erstens sind wir niemals sicher, über die Welt „da draußen“ vollständig informiert zu sein. Zweitens sind wir auch über uns selbst niemals vollständig informiert, genauer: bewusst informiert. Wir leben in Automatismen und Träumen, in guten und schlechten Gewohnheiten, und „bewusst denken“ ist etwas, das wir vielleicht viel weniger tun, als wir glauben. Für diesen Bereich des *bewussten* Denkens dürfte es aber hilfreich sein zu sehen, wie sehr auch jenseits der deduktiven (zwingenden) Logik logisch geschlussfolgert wird – jenseits jener Logik also, die uns (und den herkömmlichen Juristischen Methodenlehren) oft so fürchterlich trivial erscheint.
- 74 Und dass sich die Geltung der deduktiven Logik pragmatistisch mit Hilfe der nicht-deduktiven Logik begründen lässt – in einem **großen**, konvergenztheoretischen **Konjunktiv** (oben Rn. 28-31) – das ist für eine rechtswissenschaftliche Arbeit ein ganz hübscher Nebenfund.

88 Mit „Substantiierung“ bezeichnet man im Juristischen die Aufgabe, zu einem Rechtsbegriff die ausreichenden Tatsachen vorzutragen (zur sogenannten Relationstechnik unten § 22). Wer aus einem Kaufvertrag den Kaufpreis einklagt, muss behaupten und notfalls beweisen, dass wirklich ein Vertrag geschlossen wurde – mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen des Käufers und des Verkäufers. „Willst du das Auto jetzt haben?“ „Klar“. Wie gut, wenn man dafür dann einen Zeugen hat! – Verträge können, wenn es sich nicht gerade um Grundstücke oder Erbschaften oder ein paar andere Dinge handelt, auch mündlich geschlossen werden.

89 Lege, Pragmatismus (Fn. 4), S. 474 f.

§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1

Wir wollen die §§ 4 bis 6 in einer Übersicht¹ und in 15 Thesen kurz zusammenfassen.

I. Übersicht zur allgemeinen working logic

A. Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit (Konsequenz)

Insbesondere: Folgerichtigkeit des Handelns

B. Die Bestandteile der Logik und deren Potential

1. Begriffe: Klarheit
2. Aussagen („Urteile“, Sätze): Wahrheit bzw. Richtigkeit
3. Schlussfolgerungen („Schlüsse“, Syllogismen): Begründung

C. Die Syllogistik

1. Zwingende Schlüsse: Deduktionen

Kategorisch oder hypothetisch formuliert: kein Unterschied

Beispiel: Sokrates (Modus Barbara)

Beispiel: „Immer wenn es regnet“ (Modus ponens)

2. Vermutende Schlüsse: Induktionen

Das Bohnenbeispiel von Peirce

a) Quantitative Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung

Beispiel: Positive Forderungsverletzung

b) Qualitative Induktion: Klassifizierung, Konkretisierung, „Subsumtion“

Beispiel: Heimtücke

3. Kreative Schlüsse: Abduktionen

Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüssen

a) Drei Spielarten der Abduktion

aa) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft)

Beispiel: Die Daten der Marsumlaufbahn

bb) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft)

Beispiel: Das Kamel und das Nadelöhr

cc) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft)

Beispiel: Heimtücke

b) Zwei Ebenen der Abduktion

aa) Qualifizierte Abduktion

Einführung eines neuen Begriffs

bb) Qualifizierende Abduktion

Zusammenschluss von SINNZUSAMMENHÄNGEN

D. Zusammenfassendes Schema

¹ Man erinnere sich an die letzte Regel in Descartes' „Discours de la méthode“ (1637), s.o. § 1 Rn. 6.

II. Thesen zur allgemeinen working logic

1. Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – nicht nur des Denkens, sondern letztlich: des Handelns.

Und die Logik ist ebenso „in uns“ (in unserem Denken) wie wir „in der Logik“ sind – sofern wir dabei ihren Gesetzen folgen.

2. Das, worin die Logik lebt und arbeitet (*working logic*), sind Schlussfolgerungen.

Schlussfolgerungen bestehen aus mindestens zwei Prämissen (vorausgesetzten Sätzen) und einer Konklusion (Folgerung).

3. Die Logik umfasst nicht nur zwingende Schlussfolgerungen (Deduktionen), sondern auch bloß vermutende Schlussfolgerungen (Induktionen) und kreative Schlussfolgerungen (Abduktionen).

Deduktion: Alle Schwäne sind weiß, S ist ein Schwan, S ist weiß.

Induktion: S ist weiß, S ist ein Schwan, alle Schwäne sind weiß.

Abduktion: S sieht aus wie ein Schwan, S ist aber schwarz, S gehört zu einer anderen Art.

4. Eine klassische Einteilung der Logik lautet: Begriffe – Aussagen – Schlussfolgerungen. (Im Originalton: „Begriff – Urteil – Schluss“).

Das Potential von Begriffen ist: Klarheit; von Aussagen: Richtigkeit, insbesondere Wahrheit; von Schlussfolgerungen: rationale Begründung.

5. Begriffe, Urteile und Schlüsse sind gleichsam verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis.

„Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen und Begriffen kondensiert werden“ (Habermas).²

6. Die Bedeutung von Begriffen liegt in ihren praktischen Konsequenzen.

„Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object“ (Peirce).³

7. „Werturteile“ liegen nicht außerhalb der Logik. Vielmehr sind „Wertungen“ die ersten Prädikate in normativen Aussagen („Sollenssätzen“). Mit ihrem Eintritt in eine Aussage beginnt der Weg vom Unbewussten ins Bewusste und Rationale.

Empörung ist eine Wertung. Die Aussage „Dies dort empört mich“, führt rational weiter, nämlich zur Frage: Warum?

2 Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt a.M. 1968, S. 155.

3 Charles Sanders Peirce, *How to Make Our Ideas Clear* (1878), in: CP 5.402 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 402); deutsch in: *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 195: „Bedenke, welche Wirkungen, die vorstellbarerweise praktische Relevanz haben, wir uns an dem Gegenstand unserer Vorstellung vorstellen. Dann ist unsere Vorstellung dieser Wirkungen das Ganze unserer Vorstellung vom Gegenstand.“ Wenn wir wissen, wie Kraft *wirkt*, wissen wir alles darüber, was Kraft *ist*.

8. „Werturteile“ sind mithin das normative Pendant zu „Wahrnehmungsurteilen“ in deskriptiven (beschreibenden) Aussagen. Dort sind „Wahrnehmungen“ die ersten Prädikate.

Angst ist eine Wahrnehmung. „Dies dort macht mir Angst“ führt rational weiter.

9. Man kann daher sagen: Der Bereich der Logik erstreckt sich von den ersten Wahrnehmungen oder Wertungen bis hin zum Handeln, genauer: zur Überzeugung, wie man zu handeln hat.

„The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passport at those two gates is to be arrested as unauthorized by reason“ (Peirce).⁴

10. Was dazwischen liegt, sind: Schlussfolgerungen, Schlussfolgerungen, Schlussfolgerungen.

Genauer: Deduktionen, Induktionen, Abduktionen (These 3).

11. Auch Kreativität liegt nicht außerhalb der Logik – jedenfalls dann nicht, wenn das Denken auf eine praktische Konsequenz hinauslaufen soll.

Wer allein zum Vergnügen denkt (Emotion pur!) oder um auf andere herabzuschauen, mag das anders sehen.

12. Kreativität im Denken besteht vielmehr darin, mehrere Schlussfolgerungen zusammenzuschließen. Je weiter diese Schlussfolgerungen auseinanderliegen, umso kreativer ist die neue Idee.

Natürlich können diese Schlussfolgerungen zuerst in der Form – oder wenn man will: im Aggregatzustand – eines Begriffs ins Denken eintreten (siehe These 5): z.B. „Ellipse“, wenn Kepler an den Mars denkt; oder „Schiffstau“, wenn das Kamel durchs Nadelöhr geht; oder „feindselig“, wenn es um Heimtücke geht.

13. Die einzige Funktion des Denkens ist: eine Überzeugung zu gewinnen, wie zu handeln ist.

Ob das Denken sich dabei von der Logik leiten lässt, ist eine Frage der Ethik.

14. Es gibt – vielleicht – Gefühle und Emotionen „außerhalb der Logik“ (Thesen 7, 8, 11). Aber es gibt kein rationales Denken außerhalb der Logik.

Auch nicht im Juristischen. Erst recht nicht in Gestalt eines „wertorientierten“ Denkens.

15. Wer meint, in der Jurisprudenz geschehe alles Wesentliche „außerhalb der Logik“, macht sie wehrlos gegen Ideologie⁵.

Beispiel: die Juristischen Methodenlehren (und überhaupt die Jurisprudenz) im und auf dem Weg zum Nationalsozialismus.

4 „Die Elemente jedes Begriffs treten in das logische Denken ein am Tor der Wahrnehmung, und sie gehen hinaus am Tor des bewussten Handelns; und was auch immer an diesen beiden Toren seinen Pass nicht vorzeigen kann, ist zu verhaften, weil nicht autorisiert von Vernunft“ (meine Übersetzung). – Charles Sanders Peirce, *Lectures on Pragmatism* (1903), in: CP 5.212 (Fn. 3); deutsch in: *Schriften* (Fn. 3), S. 420.

5 Ideologien ziehen zu weitgehende Schlüsse aus Begriffen – oder wenn man so will: aus Vorstellungen (*conceptions*, siehe These 6) –, etwa aus dem Begriff der Rasse oder der Nation.

Kapitel 2: Die juristische „working logic“

Der Zweite Teil dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) trägt den Titel: „Die Logik der Rechtserzeugung“. In seinem Ersten Kapitel haben wir die Grundzüge einer *allgemeinen* „working logic“ skizziert. Wir sind insoweit, nach kurzem Bekenntnis zu einem pragmatistischen Logikverständnis („Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit des Handelns“), den klassischen Weg vom „Begriff“ über die „Aussagen („Urteile““) hin zu den „Schlussfolgerungen“ („Schlüssen“, „Syllogismen“) gegangen. Dabei haben wir bereits Überlegungen eingebaut zum Verhältnis von Logik und Wertung („Wertungen sind erste Prädikate“) und zur Richtigkeit rechtlicher Aussagen (am Ende eine Frage der Ästhetik). 1

Im folgenden Zweiten Kapitel geht es nun um die *juristische* „working logic“. Dabei werden wir gewissermaßen den umgekehrten Weg gehen: von den juristischen Schlussfolgerungen („Vollständiger Juristischer Syllogismus“) über die Aussagen („Subsumtion“) hin zu den Rechtsbegriffen („Interpretation“). 2

§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS)

1. Beginnen wir wieder mit einem klassischen, aber anderen Beispiel (um das Heimtücke-Beispiel¹ nicht überzustrapazieren²) – es ist das berühmte Laepple-Urteil des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Der Sachverhalt lautet im Originaltext³:

„Um gegen eine Preiserhöhung der Kölner Verkehrsbetriebe (KVG), die am 24. Oktober 1966 in Kraft treten sollte, zu protestieren, veranstaltete der „Arbeitskreis Kölner Hochschulen“(AKH), eine Vereinigung von Studenten und Schülern, an diesem Tage um 13.30 Uhr einen „Sitzstreik“, durch den der Straßenbahnverkehr an zwei wichtigen Kreuzungspunkten innerhalb Kölns blockiert wurde. Während die eine dieser Demonstrationen um 14.30 Uhr beendet war, dauerte die andere planwidrig an, bis es schließlich zum Einsatz von Wasserwerfern und berittener Polizei kam. An der Vorbereitung und Durchführung der beiden Demonstrationen im vorgesehenen Rahmen waren der Angeklagte L. [Laepple] als Vorsitzender des AKH und der Angeklagte Lu. als Pressereferent des ASTA [sic] beteiligt. Die Anklage wirft dem Angeklagten L. gemeinschaftliche Nötigung, Beihilfe zum schweren Landfriedensbruch und zum schweren Aufruhr sowie einen Verstoß gegen die §§ 26 Abs. 2, 14 VersammlG [Versammlungsgesetz], dem Angeklagten Lu. Beihilfe zur Nötigung, zum schweren Landfriedensbruch und zum schweren Aufruhr vor.“

Das Landgericht hatte beide Angeklagte freigesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hatte teilweise Erfolg.

2. Man sieht zunächst: Die Staatsanwaltschaft hatte gegen den L. schwerstes Geschütz aufgeföhren: Landfriedensbruch (§ 125 StGB – Strafgesetzbuch –) und Aufruhr (§§ 115, 114 StGB alter Fassung) – es ist beruhigend, dass der BGH diese Vorwürfe sehr deutlich zurückgewiesen hat: „Gewalttätigkeit im Sinne des § 125 StGB setzt aggressives Verhalten voraus“ (Leitsatz 4). Stattdessen ging es nur noch um den Straftatbestand der Nötigung, der da lautet (heutige Fassung):

§ 240 (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

3. Um das Bild abzurunden, bleibt erstens darauf hinzuweisen, dass auch noch andere Straftatbestände in Betracht kamen, wenn man den L. nicht ungeschoren davonkommen lassen wollte: „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“, also die Polizisten (§ 113 StGB) und „Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr“ durch das Bereiten eines Hindernisses (§ 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB).
4. Zweitens: Die sogenannte Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ist im Strafrecht ein Unikat und rechtsstaatlich nicht ganz unproblematisch, denn auf wessen

1. Dazu schon § 3 Rn. 6–18 (16) und § 3 Rn. 25, 36–38; außerdem § 6 Rn. 43 f. und, als ein gewisser Abschluss, § 6 Rn. 62–67.

2. Zum Heimtücke-Beispiel auch schon *Joachim Lege*, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259–280 (insb. S. 262 f., 273); ferner *Joachim Lege*, Was leistet „die“ juristische Methode (und Methodenlehre), in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–47 (insb. S. 25 f., 29, auch 45).

3. BGHSt 23, 46 (47 f.) – Laepple (1969) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 23, Seite 46 [Fundstelle]).

(Wert-)Vorstellungen soll es bei der Verwerflichkeit ankommen? Die Frage stellt sich besonders bei „politischen“ Sitzblockaden, wie sie in den 1980er Jahren vor den Lagern amerikanischer Atomraketen stattfanden („Pershing II“, „Mutlangen“) und jetzt in Berlin, wo sich Klimaschutzaktivisten mit Sekundenkleber auf die Fahrbahn von Autobahnen kleben. Sollen da die politischen Fernziele eine Rolle spielen?

Die Rechtsprechung sagt: nur bei der Strafzumessung (also auf der **Rechtsfolge**seite).⁴ Auf der **Tatbestands**seite sei allein abzustellen auf die sogenannte Mittel-Zweck-Relation: Ist das Mittel rechtswidrig? Ist es der „unmittelbare“ Zweck (Fahrzeuge an der Weiterfahrt hindern)? Ist das Verhältnis beider zueinander angemessen?⁵

An dieser Stelle ist terminologisch nachzutragen (siehe aber auch schon § 3 Rn. 6): In der deutschen Jurisprudenz nennt man die verknüpfte Gesamtheit von Tatbestand und Rechtsfolge den „Rechtssatz“. Anders gewendet: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand und Rechtsfolge (mehr dazu § 14 Rn. 2).

Zu den aktuellen „Klimakleber“-Aktionen der sich selbst so bezeichnenden „Letzten Generation“ gibt es mittlerweile eine Reihe von Rechtsprechung, u.a. hat das Amtsgericht Berlin-Tiergarten in einem Fall den Erlass eines Strafbefehls abgelehnt,⁶ in einem anderen Fall eine Freiheitsstrafe von vier Monaten verhängt.⁷ Die juristische Literatur neigt dazu, die „Verwerflichkeit“ zu verneinen.⁸

I. Die ersten beiden Stufen des VJS

Aber bleiben wir beim zunächst Einfachen und fragen uns nur: Hat sich der L (Laeppele) 5 nach § 240 StGB strafbar gemacht? Und wie lässt sich dies begründen?⁹

4 BGHSt 35, 270 – Munitionslager Großengtingen (1988). Die „Lehre“ (= die Meinungen in der akademischen Rechtswissenschaft) sieht es erheblich differenzierter und hält § 240 Abs. 2 ohnehin für problematisch: wegen der Verwandtschaft der „Verwerflichkeit“ mit dem „gesunden Volksempfinden“ im Nationalsozialismus; siehe etwa *Lutz Eidam*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht (Kommentar), 2. Aufl., München 2020, § 240 Rn. 57, 61 (und auch alles drumherum).

5 Knapp dazu *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafrecht (Kommentar), 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 240 Rn. 44–58.

6 Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Beschluss vom 5.10.2022, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 2023, 239; die Staatsanwaltschaft hat hiergegen Einspruch eingelegt.

7 Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urteil vom 26. 4.2023, BeckRS 2023, 13582 (*Beck'sche Rechtsammlung*).

8 Zuletzt *Till Zimmermann/Fabio Griesar*, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, in: *Juristische Schulung* (JuS) 2023, 401–408; siehe auch *Lutz Eidam*, Klimaschutz und ziviler Ungehorsam, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2023, 224–230; anders *Nils Lund*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, in: NStZ 2023, 198–202. – Etwas skurril: *Ulrich Schumacher*, Die strafrechtliche Bewertung der „Letzten Generation“, in: JuS 2023, 820–824, kommt ausgerechnet mit Bezug auf die Hermeneutik-Diskussion der 1970er Jahre (s.o. § 1 Rn. 10) zu der Bewertung, es handele sich bei der Letzten Generation um eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB.

9 Siehe dazu schon *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: *Winfried Brugger/Stephan Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

1. Der sogenannte Justizsyllogismus

- 6 Nun, als sozusagen letzte Begründung, als Schlussstrich unter die Begründung, sollte alles auf den sogenannten Justizsyllogismus hinauslaufen (Kant bezeichnet ihn übrigens als „praktischen Vernunftschluss“ und hängt an ihm nichts weniger als seine Gewaltenteilungslehre auf!¹⁰). Dieser Schluss ist ein *deduktiver* Schluss, das heißt: wenn die beiden Prämissen (Regel und Fall) „richtig“ sind, ist auch das Resultat notwendigerweise „richtig“ (§ 6 Rn. 10). **Abstrakt** formuliert, lautet die Schlussfolgerung (siehe schon § 3 Rn. 6):

Regel. – Wenn der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, soll die Rechtsfolge X eintreten.

Fall. – Der gesetzliche Tatbestand ist erfüllt.

Resultat. – Also möge die Rechtsfolge X eintreten.

Noch abstrakter:

Wenn TB, dann RF.

Hier TB.

Also RF.

- 7 Inhaltlich-**konkret** gibt es dann freilich in unserem Fall zwei Möglichkeiten (der Gesetzeswortlaut wird vereinfacht zitiert):

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist zu bestrafen.

Fall. – L hat einen Menschen mit Gewalt genötigt.

Resultat. – L ist zu bestrafen.

Oder aber:

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist zu bestrafen.

Fall. – L hat einen Menschen *nicht* mit Gewalt genötigt.

Resultat. – L ist *nicht* zu bestrafen.

(Der „Mensch“, der genötigt wird, ist natürlich der Straßenbahnfahrer, der nicht weiterfahren kann.)

- 8 Welcher dieser beiden Syllogismen ist nun aber der **richtige**? Offenbar derjenige, bei dem auch die beiden Prämissen „richtig“ sind! Wie aber lässt sich dies jeweils begründen? Wenn schon nicht allein mit dem Ergebnis? Also nicht allein damit, dass wir den Laeple bestrafen *wollen* – oder eben auch nicht?¹¹

Zur Vertiefung: Was die *Form* der beiden Syllogismen angeht, so haben wir gesehen (§ 5 Rn. 112–114), dass man die Form des ersten als *Modus ponens* bezeichnet.

Bei der Form des zweiten muss man hinzufügen: Sie ist dann *nicht* zwingend, wenn man glaubt, L komme mit dieser Schlussfolgerung um jede Bestrafung herum. (Man denke nochmals an das Beispiel: „Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.“)

¹⁰ Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten (1797), Rechtslehre § 45; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1977.

¹¹ Nebenbei: Man kann unter den Menschen, was die Ethik angeht, die Willenstypen von den Erkenntnistypen unterscheiden. Die Willenstypen wissen, was sie wollen – und finden Gründe, warum dies richtig ist. Die Erkenntnistypen fragen danach, was richtig ist – und wissen deshalb oft nicht sofort, was sie wollen. Das ist gerade für Juristen keine triviale Beobachtung: Es ist nicht selbstverständlich – nicht einmal im Selbstverständnis vieler Juristen! –, dass man der Jurisprudenz überhaupt so etwas wie „Richtigkeit“ – und damit ein „Erkenntnismodell“ – zutraut.

Es regnet nicht. Ich muss nicht an dich denken.“ – Doch! Auch wenn es nicht regnet!) Um zwingend zu sein, muss man also hinzufügen:

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist *wegen Nötigung* zu bestrafen.

Fall. – L hat einen Menschen *nicht* mit Gewalt genötigt.

Resultat. – L ist *nicht wegen Nötigung* zu bestrafen.

Der Schluss ist sogar aus einem weiteren Grund nicht zwingend: L könnte *auch dann* wegen Nötigung zu bestrafen sein, wenn ihm z.B. nur eine „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ vorzuwerfen wäre (§ 240 Abs. 1 Alternative 2 StGB). Ganz korrekt müsste man dies hinzufügen und zugleich klarmachen, dass dies dann *alle* denkbaren Bedingungen sind, kurz:

Regel. – Wenn, aber auch *nur wenn*¹² jemand einen Menschen mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu etwas zwingt, ist er *wegen Nötigung* zu bestrafen.

Fall. – L hat einen Menschen *weder mit Gewalt noch durch Drohung zu etwas gezwungen*.

Resultat. – L ist *nicht wegen Nötigung* zu bestrafen.

2. Der sogenannte Subsumtionsschluss

Nach allem liegt nun auf der Hand: Ob L wegen Nötigung – man sagt auch: „aus § 240 StGB“ – zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er gegenüber den Straßenbahnfahrern „Gewalt“ ausgeübt hat („Drohung“ kommt nicht in Betracht). Und ob dies der Fall ist oder auch nicht, lässt sich wiederum logisch begründen. **Abstrakt** formuliert (siehe schon § 3 Rn. 8):

Die Tatbestandsvoraussetzung X ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.

Die Tat des A ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.

Also liegt ein Fall der Tatbestandsvoraussetzung X vor.

Noch abstrakter:

Alle X sind M1, M2 und M3.

A ist M1, M2 und M3.

Also gilt: A ist X.

Dass diese Schlussfolgerung ihrer **Form** nach *nicht zwingend* ist, haben wir schon gesehen (§ 3 Rn. 9).¹³ Es handelt sich vielmehr um einen nicht-deduktiven Schluss, genauer: um eine qualifizierende Induktion (§ 6 Rn. 25–26, 40–42).

Kurz zur Wiederholung: Deduktionen sind zwingende Schlüsse, Induktionen sind vermutende Schlüsse, Abduktionen sind kreative Schlüsse.

Inhaltlich-konkret gab es nun in unserem Fall wieder zwei Möglichkeiten. Die erste stellte ab auf die bis dahin anerkannte Definition des Begriffs Gewalt, die da lautete: Gewalt ist das Einwirken auf einen anderen Menschen mit physischer Kraftentfaltung

¹² Zu diesem sogenannten Bikonditional schon § 3 Rn. 7, § 5 III Rn. 115 f.

¹³ Daher, um Ermüdung zu vermeiden, nur in der Fußnote: „Alle Hühner haben zwei Beine. Sokrates hat zwei Beine. Also ist Sokrates ein Huhn.“

(„Brachialgewalt“¹⁴). Dies war hier offenbar „nicht der Fall“, weil niemand die Fahrer festgehalten oder sonst tätlich bedrängt hatte. Also war hier zunächst zu schlussfolgern:

Regel. – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.

Fall. – L hat nicht mit physischer Kraftentfaltung auf einen Menschen eingewirkt.

Resultat. – L hat *keine* Gewalt angewendet.

- 13 Offenbar hatte dem BGH dieses Ergebnis aber nicht gefallen – ganz ebenso wie ihm im Heimtücke-fall (§ 3) das Ergebnis nicht gefallen hatte. Während man im Heimtückefall nun aber den Begriff „Heimtücke“ *enger* fasste, um den A nicht zu bestrafen (Heimtücke setzt zusätzlich voraus: „feindliche Willensrichtung“), fasste man im Laepple-Urteil den Begriff „Gewalt“ *weiter*, um den L zu bestrafen: Gewalt sei auch die Errichtung eines „physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung“¹⁵. So dass nun geschlussfolgert werden konnte:

Regel. – Gewalt ist (auch) die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.

Fall. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung errichtet.

Resultat. – L *hat* Gewalt angewendet.

Denn: Es wurde ein Zwang ausgeübt, „der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist, denn er *muss* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge“.¹⁶

3. Die Verschränkung beider Syllogismen

- 14 Bis hierhin ist, das sei zugestanden, noch nichts wirklich neu. Neu ist die Beobachtung, dass man die beiden Syllogismen – Justizsyllogismus und Subsumtionssyllogismus – ineinander verschränken kann, weil *eine* Aussage in beiden Syllogismen vorkommt, und zwar genau diejenige Aussage, die sich auf den konkreten Fall bezieht.¹⁷ Durch diese Verschränkung wird erneut klar, dass juristische Begriffsbildung *immer schon*, und zwar *logisch*, vom Ergebnis her „denkt“ – wie sogleich zu zeigen ist:

a) Das Beispiel Sitzblockade: Nötigung/Gewalt – zwei Varianten des VJS

- 15 In der **Freispruchvariante** ist die Aussage, die in beiden Syllogismen vorkommt, die Aussage, dass L (Laepple) keine Gewalt angewendet hat. Daher können sich der Justizsyllogismus

14 Altgriechisch *brachíōn* ist der Arm (lateinisch *bracchium*).

15 So der BGH freilich nicht ausdrücklich, vielmehr ist dies die Formel, die dann zur neuen h.M. wurde. – Originaltext (BGHSt 23, 46 [46, Leitsatz e] – Laepple [1969]): „Mit Gewalt nötigt, wer psychischen Zwang ausübt, indem er auf den Gleiskörper einer Straßenbahn tritt und dadurch den Wagenführer zum Anhalten veranlaßt.“

16 BGHSt 23, 46 (54) – Laepple (1969).

17 Siehe dazu auch schon mit anderer Stoßrichtung, nämlich zur Entzauberung der „schöpferischen“ oder „kreativen“ Elemente bei der Rechtsfindung, oben § 6 Rn. 66.

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

Fall. – L hat *nicht* mit Gewalt genötigt.

./ Resultat. – L ist *nicht* zu bestrafen

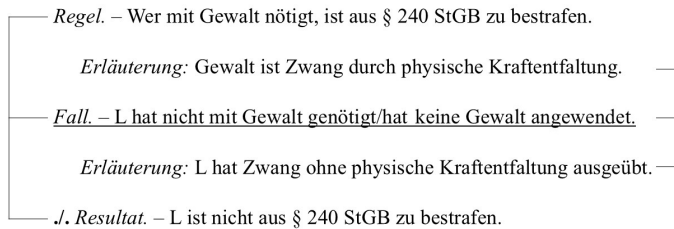
und der Subsumtionssyllogismus

Regel. – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.

Fall. – L hat *nicht* mit physischer Kraftentfaltung auf einen Menschen eingewirkt.

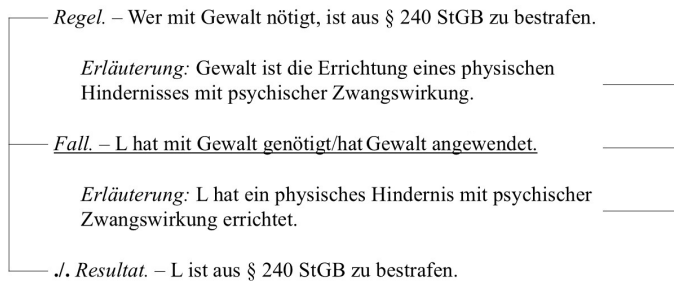
./ Resultat. – L hat keine Gewalt angewendet

zusammenschließen zum Vollständigen Juristischen Syllogismus (Stufe 1):



Dementsprechend bildet in der **Verurteilungsvariante** die Aussage, dass L (Laeppele) im konkreten Fall durchaus „Gewalt“ angewendet habe, das Zentrum des VJS (Stufe 1):

16



b) Anschlussüberlegungen und Übergang zur dritten Stufe

(1) Zunächst nur zur Erläuterung: Die Klammer auf der linken Seite der beiden VJS verdeutlicht den *deduktiven* („Justiz“-) Syllogismus, der das „triviale“¹⁸ Letztgerüst der Begründung abgibt. Die Klammer auf der rechten Seite verdeutlicht den *induktiven* Syllogismus, der in dieses Grundgerüst eingefügt wird, und zwar dergestalt, dass das *Resultat* dieses induktiven Schlusses – „L hat/hat nicht Gewalt angewendet“ – zugleich den *Fall* jenes deduktiven Schlusses bildet.

17

18 Zum Trivium in der mittelalterlichen Universitätsausbildung oben § 2 Rn. 34.

Dass dieser fünfgliedrige Schluss an den Vollständigen rhetorischen Syllogismus erinnert (das sogenannte Epichirem, siehe § 2 Rn. 21–22), sei erneut am Rande erwähnt.

- 18 (2) Dieser Zusammenschluss zweier Schlüsse ist gemäß unserer Neuen Syllogistik (§ 6 III) eine **Abduktion**, also ein Schluss auf etwas Neues.

Dabei kann man sehr schön beobachten, dass „**neu**“ ein relativer Begriff ist: Für denjenigen, der erstmals mit einem Sitzstreik zu tun hat, liegt die Kombination mit den Begriffen „Gewalt“ und „Nötigung“ je nach Sozialisation¹⁹ vielleicht weniger nah (das ist doch eine „gewaltfreie Aktion“!) und ist ihm insofern *sehr* neu. Wenn auf der anderen Seite jemand, wie der BGH, mit der vorläufigen Subsumtion „keine Gewalt“ nicht einverstanden ist, weil ihm das Endergebnis nicht passt, dann muss er sich etwas noch Neueres einfallen lassen, nämlich eine neue Definition von „Gewalt“.

- 19 (3) Bei den Abduktionen, die wir bis hierher betrachtet haben, handelt es sich um *qualifizierte* Abduktionen (§ 6 Rn. 69), das heißt: Es wird ein *neuer Begriff* eingeführt, genauer: das (mehr oder weniger neue) Definiens des Begriffs „Gewalt“.

Eine Definition besteht, um dies nachzutragen,²⁰ aus zwei Bestandteilen: dem „zu definierenden“ (*Definiendum*, hier „Gewalt“) und dem „definierenden“ (*Definiens*, hier die Formeln „physische Kraftentfaltung“ und/oder „psychische Zwangswirkung“).

- 20 (4) Dieser „neue Begriff“ ist über das Vehikel der *qualifizierenden* Abduktion (§ 6 Rn. 70) – und die Verschränkung, die er durch sie bewirkt – immer schon einbezogen in Kontexte, die letztlich in eine praktische Konsequenz münden: strafbar oder nicht strafbar.

Wir *können* daher, auch als Juristen, gar nicht anders denken als „vom Ergebnis her“.

- 21 (5) Auffällig ist freilich: Bisher haben wir eher die Kontexte – oder wenn man will: die SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 5 Rn. 40–59) – des Rechts und der Sprache betrachtet. Völlig unterbelichtet geblieben ist dagegen die „Lebenswirklichkeit“: die Studenten, der Sitzstreik, die Straßenbahner. Wie kommt man dazu, einen Moment dieser Lebenswirklichkeit als „Gewalt im Rechtssinn – Rechts-SINN“ zu qualifizieren? Ist nicht dies dann doch der Ort, wo nicht-logische „Wertungen“ das eigentlich Entscheidende sind?

II. Die dritte Stufe des VJS

- 22 Im Folgenden ist ganz im Gegenteil zu zeigen, dass auch bei der Qualifikation eines Lebenssachverhalts als „rechtlich dies oder jenes“ nicht höhere oder tiefere Einsicht wirken, sondern ganz normales logisches Schlussfolgern.

1. Die Einbindung des dritten Syllogismus

- 23 Beginnen wollen wir diesmal aber nicht im Kleinen, sondern gleich im Großen: nämlich bei dem Gesamtkunstwerk, dass sich ergibt, wenn auch der dritte Syllogismus in

¹⁹ ... und den dadurch vermittelten SINNZUSAMMENHÄNGEN; zu diesem Begriff § 5 II Rn. 40–59.

²⁰ Man hätte es schon in § 5 I erwähnen können. Stattdessen kommen wir ausführlich erst in § 15a Rn. 13–28 darauf zu sprechen: bei der „Auslegung“ von Rechtsbegriffen.

den VJS eingebaut wird. Dann kämen wir in der „Verurteilungsvariante“ in etwa zu dieser Kombination:

DEDUKTION

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

Fall. – L hat mit Gewalt genötigt.

Resultat. – L ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.

Resultat. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung errichtet.

Fall. – L hat Gewalt angewendet.

(Weitere vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, schafft ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.

Fall. – L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.

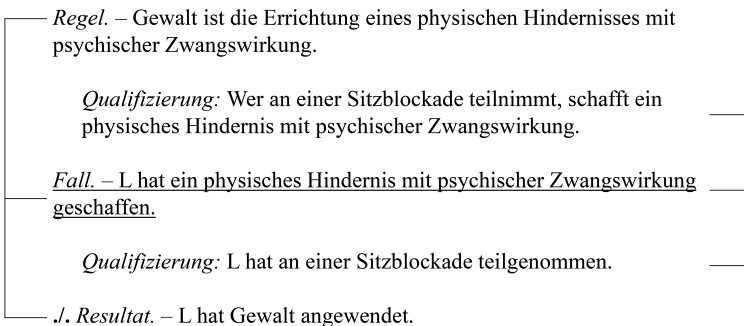
Resultat. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung geschaffen.

2. Der Qualifizierungs- oder Konkretisierungsschluss (als Abduktion)

Die beiden letzteren Schlüsse ergeben nun – zusammengefügt – die folgende

24

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION



Man sieht recht deutlich: In dieser Variante der Abduktion werden in **einem** Begriff – „Gewalt“ – **zwei** SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 5 Rn. 40–59) zusammengeschlossen: das Recht und die Alltagswelt. Anders gewendet: Der Rechtsbegriff Gewalt und der Alltagsbegriff Sitzblockade werden zusammengefügt, und zwar auf durch und durch logischem Weg.

- 25 Ich möchte diesen dritten Schluss, der sozusagen das Innerste des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) bildet, den **Qualifizierungssyllogismus**²¹ nennen (ungenau wäre: Konkretisierungsschluss²²): Ein Phänomen der Außenwelt²³ des Rechts wird interpretiert und qualifiziert als ein Phänomen seiner Innenwelt, nämlich unter dem Code²⁴ rechtmäßig/rechtswidrig. Ein Sitzstreik „ist/ist nicht“ Gewalt im Sinn des § 240 StGB. *Tertium non datur*.²⁵

Vielleicht kann man sogar sagen: Rechtsbegriffe – alle Rechtsbegriffe – sind „strukturelle Kopplungen“ des Systems „Recht“ mit seinen verschiedensten Umwelten.²⁶

Zum Begriff „konkret“: Er kommt vom lateinischen *concrecere*, das bedeutet „zusammenwachsen“. Was aber wächst hier zusammen? Die Welt da draußen und das Denken hier drinnen? Die Sprache und die Dinge? „Words and Objects“²⁷? Wir werden in Kürze sehen: Begriffsinhalt und Begriffsumfang (§ 9).

3. Zum Vorrang der Interpretation

- 26 Um einem möglichen Einwand zuvorzukommen: Natürlich muss man, *bevor* man zu der Aussage kommt:

„Eine Sitzblockade ist ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung“, ... ein wenig weitere Begründungsarbeit geleistet haben. Beim „physischen Hindernis“ wird man sich kürzer fassen dürfen – der BGH hat dieses Merkmal in der Laepple-Entscheidung gar nicht erst genannt,²⁸ es wurde erst später eingeführt, um wenigstens einige Fälle „psychischen Zwangs“ der Strafbarkeit zu entziehen.

Umso mehr musste man sich mit dem „psychischen Zwang“ beschäftigen, allerdings hat sich der BGH insoweit durchaus kurz gefasst. Der Originaltext lautet in voller Länge:

21 In den herkömmlichen Methodenlehren hat wohl nur *Hans Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg 1981, 3. Aufl. 1999, die „Qualifizierung“ als Bestandteil – und sogar wichtigsten Bestandteil – der „Subsumtion“ herausgestellt. Zur Subsumtion sogleicht mehr in § 9.

22 Zur Fragwürdigkeit des Begriffs „Konkretisierung“ im juristischen Sprachgebrauch siehe unten § 15c Rn. 7–28 (27): Wer Konkretisierung sagt, will betrügen.

23 Oder wenn man mit Luhmann so will: aus der Umwelt des Rechts.

24 Dies in Anlehnung an *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, insbesondere Kapitel 4. – Nach Luhmann unterscheiden sich die „Funktionssysteme“ der modernen – und nur der modernen! – Gesellschaft durch ihre jeweils andere binäre Codierung. Zum Beispiel operiert die Wirtschaft unter dem Code „haben/nicht-haben“, das Recht unter dem Code „Recht/Unrecht“ (besser wäre: „rechtmäßig/rechtswidrig“); die Politik: „Macht/Opposition“; die Wissenschaft: „wahr/unwahr“; und so weiter. Meine Darstellung und Interpretation: *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51.

25 Zum *tertium non datur* (etwas Drittes gibt es nicht) als dem dritten logischen Axiom siehe § 5 III Rn. 89. – Aber beachte am Rande: Das Recht kann auch entscheiden, ein Phänomen der Außenwelt als „rechtlich nicht relevant“ zu qualifizieren – so im Zivilrecht die Gefälligkeitsverhältnisse oder im Öffentlichen Recht der USA die *political questions*.

26 Dies in Anlehnung an *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 24), Kapitel 10; die dort prägenden strukturellen Kopplungen sind: Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht“ und „Wirtschaft“, die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht“ und „Politik“.

27 Berühmtes Buch: *Willard Van Orman Quine*, Word and Object, Cambridge/Mass. 1960.

28 Siehe Fn. 15.

„Dieser Bewertung [als Gewalt] steht nicht entgegen, daß die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten, sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen *psychisch* determinierten Prozeß in Lauf setzten. Entscheidend ist hierbei, welches *Gewicht* der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam. Ob das Anbinden eines Hundes auf den Geleisen, um ein Beispiel der Verteidigung aufzugreifen, ausreichen würde, weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen. Stellt sich ein *Mensch* der Bahn auf den Schienen entgegen, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist; denn er *muß* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge. Durch den gleichzeitigen massierten Einsatz vieler Personen auf dem Gleiskörper wird die Zwangswirkung noch gesteigert. Es ist nicht einzusehen, daß die weitere Begehungsform des § 240 StGB, nämlich Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, dieser Betrachtung im Wege stünde, weil sie ausschließlich auf psychische Einwirkungen abstellt; das könnte höchstens dazu führen, das geschilderte Verhalten auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar zu beurteilen.“²⁹

An diesem Text lässt sich u.a. beobachten:

27

Es ist in der Tat ganz konkret von Studenten, Straßenbahngleisen, einem Fahrer und seiner Psyche die Rede – also von SINNZUSAMMENHÄNGEN, die wir in unserer Alltagserfahrung recht leicht durchschauen. Die zentrale Aussage – „ein Zwang, der sogar unwiderstehlich ist; denn er [der Fahrer] muss halten, weil er sonst einen Totschlag beginge“ – stellt dann aber ganz entscheidend auf den SINNZUSAMMENHANG des *Rechts* ab (Totschlag). Dies ist dann aber keine Wertung „außerhalb der Logik“ (zu dieser Fehlvorstellung oben § 3 Rn. 11–20), vielmehr ein weiterer Schluss (!) aus der Prämisse: „Niemand möchte sich wegen Totschlags strafbar machen.“

Die eigentliche „Wertung“ vollzieht sich dann offenbar in zwei Fallvergleichen (was, wie wir noch sehen werden, ebenfalls ein logisches Verfahren ist): Die Tötung eines Hundes würde vielleicht den einen oder anderen Fahrer weniger belasten, und wenn schon Drohung strafbar ist, muss es ein Sitzstreik erst recht sein. Das erste Argument zielt auf die „Lebenswelt“ und wirkt ein wenig weit hergeholt. Das zweite zielt auf die Rechtswelt und ist denn doch etwas unterkomplex. Insbesondere wird unterschlagen, dass der Drohung ein aggressives Moment innewohnt, das bei einer gewaltfreien Aktion gerade fehlt.

III. Der gesamte VJS

Nach dieser kurzen Rückversicherung können wir nun zeigen, dass sich der gesamte Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als ein Zusammenschluss von **drei** Schlüssen darstellen lässt – man kann auch sagen: als eine doppelte Abduktion, die in den deduktiven Justizsyllogismus „eingebaut“ ist (vgl. dazu am Heimtücke-Beispiel schon § 6 Rn. 65–66).

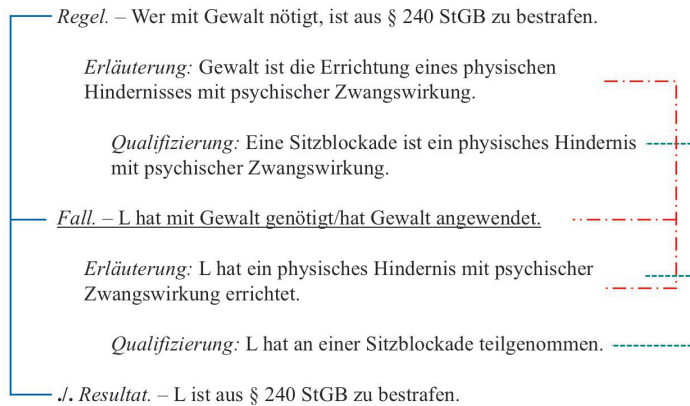
28

1. Die Langfassung (7 Glieder)

Beginnen wir mit der Langfassung. Sie zeigt sehr schön, dass man in einer vollständigen juristischen Argumentation ein Geflecht von Schlussfolgerungen zu konstruieren hat:

29

29 BGHSt 23, 46 (54) – Laepple (1969); Hervorhebungen im Original durch Sperrungen.



blau = der Justizsyllogismus [links, deduktiv]

rot = der Subsumtionssyllogismus [halbrechts, induktiv]

grün = der Qualifizierungssyllogismus [ganz rechts, abduktiv]

Dass sich an jede dieser sieben Aussagen weitere Schlussfolgerungen knüpfen oder knüpfen können, oft nur implizit und aus den verschiedensten SINNZUSAMMENHÄNGEN, haben wir unter II 3 bereits angedeutet, und wir werden vielfach darauf zurückkommen.

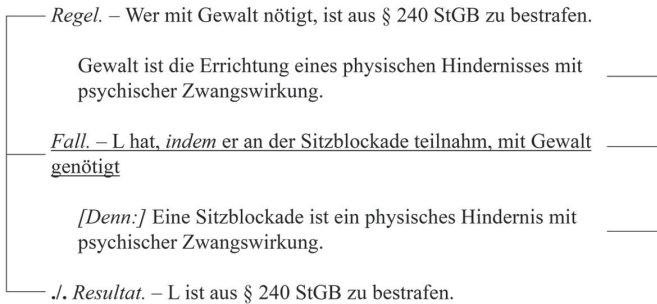
2. Die komprimierte Fassung (5 Glieder mit „indem-Satz“)

- 30 Zuzugeben ist freilich, dass diese Langfassung des VJS in einer Juristischen Methodenlehre wohl wenig attraktiv ist. Dies liegt daran, dass das menschliche Gehirn bei der Anzahl der Elemente (*items*), die es gleichzeitig „auf dem Schirm haben kann“, beschränkt ist.³⁰ (Man sagt im Allgemeinen, es sind *seven plus or minus two*.³¹) Besonders gut zu verarbeiten sind offenbar Aufzählungen von drei oder fünf Elementen – man erinnere sich an den Vollständigen rhetorischen Syllogismus (*Epicheîrēma*) in der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2 Rn. 21–22).
- 31 Aus diesem Grund dürfte eine für die Praxis – und natürlich auch für die akademische Lehre – brauchbare Darstellung wie folgt aussehen:

30 Genauer zu den damit verbundenen Verzerrungen (*biases*), namentlich zum *framing* und zu WYSIATI (= *what you see is all there is*) unten § 35; Stichworte: Verhaltensökonomie, Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie, Daniel Kahneman, Amos Tversky.

31 Klassischer Text (aus dem das so klar eigentlich gar nicht hervorgeht): George A. Miller, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: The Psychological Review, Nr. 63, 1956, S. 81–97; aufgegriffen etwa von Fritjof Haft, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Paderborn 1997, S. 113–116. – Wenn es unübersichtlich wird, muss man daher mehrere *items* zu *chunks* zusammenfassen. Das ist nichts anderes als Fallgruppenbildung (§ 15a Rn. 65–67, § 15b Rn. 20–24, § 15c 33) oder als eine neue Untergliederung (§ 23 Rn. 52).

VOLLSTÄNDIGER JURISTISCHER SYLLOGIMUS (VJS)



Die linke Klammer verdeutlicht den Justizsyllogismus, die rechte den Subsumtions-syllogismus, und in dem *indem* kristallisiert³² sich der Qualifikationssyllogismus.

Diese Darstellung spielt zugleich an auf eine juristische Tradition, nämlich den sogenannten „**indem-Satz**“, der in den meisten Bundesländern bei den Staatsanwaltschaften üblich war, um im Strafprozess den sogenannten Anklagesatz (§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO – Strafprozessordnung –) zu formulieren.³³ Er stellt gewissermaßen die Brücke her zwischen der rechtlichen Würdigung eines Falls und der Schilderung des (Lebens-) Sachverhalts, der ihm zu Grunde lag. In unserem Sitzblockadenfall würde der „indem-Satz“ in Kurzform³⁴ lauten:

32

„Dem Angeklagten wird vorgeworfen, sich gemäß § 240 StGB wegen Nötigung strafbar gemacht zu haben, **indem** er sich am 24. Oktober 1966 zwischen 13.30 und 14.30 Uhr in Köln an einem „Sitzstreik“ beteiligte, durch den der Straßenbahnfahrer X an der Weiterfahrt gehindert wurde.“

Zugegeben: Es handelt sich bei dem „indem-Satz“ um eine Tradition, die inzwischen weitgehend aufgegeben wurde – und in Bayern und Baden-Württemberg gab es seit jeher, gewissermaßen als Umkehrung, den „**somit-Satz**“³⁵. Nichtsdestoweniger zeigt dieser „indem-Satz“ vielleicht am schönsten, wie im konkreten *Fall* die SINNZUSAMMENHÄNGE der Rechtswelt und die SINNZUSAMMENHÄNGE der Außenwelt zwanglos zusammenkommen – letztlich wegen der Logik, die dahintersteht.

32 Auch in Konjunktionen können sich also Bedeutungen gleichsam kristallisieren, vgl. das Habermas-Zitat in § 5 IV Rn. 120: „Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen und Begriffen kondensiert werden.“

33 Die Vorschrift lautet: „Die Anklageschrift hat den Angeschuldigten, die Tat, die ihm zur Last gelegt wird, Zeit und Ort ihrer Begehung, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften zu bezeichnen (Anklagesatz).“

34 Wie man es genau zu machen hat, siehe etwa – mit anderen Beispielen –: *Lars Hombrecher*, Inhalt und Aufbau des Anklagesatzes, in: Juristische Ausbildung (JA) 2011, 57–62.

35 „Dem Angeklagten wird vorgeworfen, er habe sich am 24. Oktober 1966 zwischen 13.30 und 14.30 an einem ‚Sitzstreik‘ beteiligt, durch den der Straßenbahnverkehr in Köln blockiert wurde. Er habe sich **somit** gemäß § 240 StGB wegen Nötigung strafbar gemacht.“

- 33 Neuerdings formuliert die Praxis eher: „wird daher beschuldigt“, „strafbar als ...“³⁶, nachdem die Tatumstände geschildert wurden. Einen Verzicht auf Logik bedeutet es hingegen, wenn es nach Nennung der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen lediglich heißt: „Dem Angeschuldigten wird Folgendes zur Last gelegt“, und es folgt die Schilderung des Sachverhalts.³⁷ Es müsste zumindest heißen: „Die Angeschuldigten haben diese Straftaten durch die folgenden Handlungen verwirklicht: (...)“.

IV. Resümee: Ein Geflecht von Schlussfolgerungen

- 34 Man muss, dies setzen wir voraus, immer unterscheiden zwischen der Darstellung und der Sache selbst. Die Sache selbst, um die es der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) geht, ist die These: Die juristische Methode besteht nicht etwa aus ein bisschen Logik und ganz viel Außerlogischem – was immer dies dann sein mag. Sondern sie besteht aus Logik, Logik, Logik, genauer: aus Deduktionen, Induktionen und Abduktionen – zwingenden, vermutenden und kreativen Schlussfolgerungen.

Die vorstehende Darstellung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), so unvollkommen sie sein mag, sollte daher zumindest plausibel gemacht haben: Eine vollständige juristische Argumentation ist im Kern nichts anderes als ein enges Geflecht von Schlussfolgerungen (die auf weitere Schlussfolgerungen verweisen).

Dass auch an der Peripherie dieses VJS die Logik nicht aufhört, dazu sogleich mehr in § 9 (Subsumtion) und § 10 (Interpretation).

³⁶ Hauke Hinrichs: (Original-)Assessorexamensklausur – Strafrecht: Revisionsaussichten – Bau- markt-Diamanten, in: JuS 2022, 761–771 (761 f.); Carsten Schönfeld, (Original-)Assessorexamensklausur – Strafrecht: Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft, in: JuS 2023, 775–783 (782).

³⁷ Georg Bischoff/Hannah Henning: Assessorexamensklausur – Strafrecht: Anklageschrift – Famili- engeschichten, in: JuS 2020, 1062–1069 (1069).

§ 9 Subsumtion

Wenn es um die Wahl desjenigen Begriffs ginge, mit dem Jurastudentinnen und -studenten jedenfalls in den Anfangssemestern am häufigsten konfrontiert werden, dann wäre dies nicht der Begriff „Recht“ und auch nicht der Begriff „Gerechtigkeit“¹, sondern der Begriff „Subsumtion“. Subsumtion, dieser Eindruck wird vermittelt, ist das Kerngeschäft der juristischen Tätigkeit, und das ist auch nicht ganz falsch. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieser Begriff allerdings als eher vage (unscharf, unbestimmt). Man hat eine ungefähre Vorstellung davon, meist diese: Subsumtion ist die Unterordnung eines Lebenssachverhalts unter das „Gesetz“, besser: unter einen Rechtssatz², genauer: unter den Tatbestand eines Rechtssatzes, noch genauer: unter einen Rechtsbegriff. Aber wie gesagt: Dies bleibt meistens eher vage.

Das Positive daran: Die Subsumtion ist *wirklich* eine vielschichtige Operation, daher ist es kein Wunder, dass man sie gleichsam aus verschiedenen Perspektiven beschreiben kann – je nachdem, worauf der Fokus liegt (die „Scharfstellung“). Das Negative: Wenn man den Studenten sagt: „Sie müssen besser subsumieren“, dies aber nicht genau definieren kann, führt dies zu berechtigter Verzweiflung.

Noch eine Bemerkung am Rande: Der Umgang mit Vagheit ist für Juristen Alltagsgeschäft. Viele Rechtsbegriffe sind vage, teils weniger („Sache“), teils mehr („Gewalt“), teils programmatisch („Treu und Glauben“). Allerdings gilt dies nicht nur für Rechtsbegriffe: *Alle* Begriffe sind, wie Peirce einmal gesagt hat, mehr oder weniger vage.³ Nichtsdestoweniger kann *und muss* man sie immer wieder, je nach Kontext und SINNZUSAMMENHANG (zu diesem Begriff § 5 Rn. 40–59) präzisieren – zum Beispiel im Personenstandsrecht den Begriff „Geschlecht“. Dann „gibt es“ eben statt bisher zwei Geschlechter nun drei: „männlich – weiblich – divers“.⁴

Aber vielleicht „ist“ und bleibt dies im SINNZUSAMMENHANG der Biologie⁵ anders? Also etwa: Es gibt „männlich – weiblich“, repräsentiert durch XX- und XY-Chro-

1 Wenn ich allerdings höre, dass sich Kollegen hinstellen und den Erstsemestern sagen: „Merken Sie sich zuallererst eins: Recht hat nichts mit Gerechtigkeit zu tun“ – dann geht mir das doch über die Hutschnur.

2 Die herrschende Terminologie in Deutschland: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand („wenn dies geschehen ist“) und Rechtsfolge („dann soll“).

3 Warum das so ist: Erstens sind Begriffe eben auch Konventionen, und zweitens besteht die Außenwelt ganz ebenso wie die Innenwelt und Sprachwelt aus Kontinuitäten.

4 Siehe jetzt § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PStG): „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe ‚divers‘ in das Geburtenregister eingetragen werden.“ Die Änderung wurde nötig nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017, gemäß dem die fehlende Möglichkeit einer solchen Eintragung in das Geburtenregister verfassungswidrig ist (BVerfGE 147, 1 – „Drittes Geschlecht“).

5 Während der Arbeit an diesem Kapitel ereignete sich an der Humboldt-Universität zu Berlin (HU) ein kleiner Skandal. Im Rahmen der geplanten „Langen Nacht der Wissenschaften 2022“ stand der Vortrag einer Biologie-Doktorandin auf dem Programm, Titel: „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht. Sex, Gender und warum es in der Biologie nur zwei Geschlechter gibt“. Der Vortrag wurde von der HU abgesetzt, nachdem Proteste angekündigt wurden, initiiert übrigens vom studentischen „Arbeitskreis kritischer Jurist*innen“ (akj) an der dortigen juristischen Fakultät. Allerdings wurde die Kritik des akj von der HU offenbar heißer gegessen, als sie gekocht war: Man hätte den Vortrag nicht absetzen

mosomen, ungeachtet des Kontinuums von genetischen Abweichungen und phänotypischen Ausprägungen, die jedoch – biologisch gesehen – kein anderes, kein drittes, viertes oder weiteres Geschlecht sind? Man wird vielleicht fragen: Wo liegt der praktische Unterschied? Ist das nicht nur eine andere Sichtweise *of the same*?

Nun, man wird nach den praktischen Konsequenzen fragen müssen, danach also, was aus dieser Begriffsbildung *praktisch folgt* (zur pragmatischen Maxime oben § 5 Rn. 14–17). Und man wird dann nicht von der Biologie auf das Recht schließen dürfen (und die Bezeichnung „divers“ im Personalausweis von vornherein verdammen). Aber auch nicht vom erwünschten Recht auf die sozusagen „objektive“ Biologie: § 2 Abs. 3 des ersten Entwurfs zum sogenannten Selbstbestimmungsgesetz – genauer Titel damals: „Gesetz zur Selbstbestimmung über die Geschlechtsidentität (Geschlechtsidentitätsgesetz – GiG)“⁶ sprach daher nur von der „*rechtlichen* Geschlechtszuordnung“. Und § 1 Ziff. 1 GiG definierte „Geschlechtsidentität“ als „alle geschlechtsbezogenen Aspekte der *subjektiv* empfundenen menschlichen Identität“ (Hervorhebungen J.L.).⁷

- 3 Etwas Unverfängliches zum Schluss: Die Lehre vom „unbestimmten Rechtsbegriff“ – mit oder ohne sogenannten „Beurteilungsspielraum“ der Behörden und in Abgrenzung zum „Ermessen“ – ist ein Klassiker im Allgemeinen Verwaltungsrecht (genauer dazu unten § 15a Rn. 69–75, § 15b Rn. 29–34). Letztlich läuft sie, wie fast alles im Öffentlichen Recht, auf die Frage nach der Kompetenz (= Zuständigkeit) hinaus: Zuerst muss man prüfen, *wer* entscheidet, und erst danach, *wie* er oder sie entscheidet. Dass trotz dieses Spielraums gewisse Grenzen nicht überschritten werden dürfen, ist geradezu das Wesen des Rechts.

Und auch der Subsumtion.

Damit nun zum Thema „Subsumtion“: Was ist das, und wie geht man seriös damit um?

müssen (vgl. den Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 08.07.2022, der beide Seiten – die Doktorandin und die Sprecherin des akj – zu Wort kommen lässt). – Mittlerweile hat das VG Berlin es der HU vorläufig untersagt, in Bezug auf die Doktorandin zu behaupten und zu verbreiten, ihre Meinungen stünden „nicht im Einklang mit dem Leitbild der HU und den von ihr vertretenen Werten“ (Aktenzeichen 12 L 399/23, zitiert nach juris).

6 Bundestags-Drucksache 19/20048 vom 16.06.2022, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/200/1920048.pdf> <26.07.2022>.

7 Mittlerweile – Stand 01.11.2023 – ist der Entwurf stark entschärft worden. Das Gesetz heißt nun „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG)“, und es stellt nach wie vor jedem Menschen frei, welchem Geschlecht er*sie „im Rechtsverkehr“ angehören will (§ 6 Abs. 1 SBGG). Jedoch geht das Gesetz offenbar davon aus, dass die Biologie davon in vielen Bereichen unberührt bleibt, etwa beim Sport oder im Gesundheitswesen (§§ 6, 8 SBGG). – Ein gewisser „außer-rechtlicher“ Wertungswiderspruch liegt natürlich vor, wenn einerseits für das dritte Geschlecht separate Toiletten gefordert werden, andererseits (biologische) Männer als selbstdefinierte Frauen Zutritt zur Frauenumkleide haben sollen. Was ist dann mit den (biologischen) Frauen denen dies nicht recht ist? Kommt es auf sie und ihr geschlechtliches Selbstverständnis nicht an? – § 6 Abs. 2 SBGG überlässt jetzt Regelungen über den „Zugang zu Einrichtungen und Räumen“ der Vertragsfreiheit, dem Hausrecht und dem Satzungsrecht juristischer Personen (man denke an Schwimmbadsatzungen).

I. Der Begriff Subsumtion

Der Begriff der Subsumtion ist, wie schon angedeutet, vielschichtig. In der Logik taucht der *Terminus* Subsumtion offenbar erst im 17. Jahrhundert auf und bezeichnet „ohne rechte Einschlägigkeit in der Bedeutung“ so etwas wie die „Unterordnung eines Niederen unter ein Höheres“⁸ – also etwa eines Unterbegriffs unter einen Oberbegriff: „Ein Schäferhund ist ein Hund“. Wie aber funktioniert dies?

4

Nun: Da der Begriff des Hundes, wie wir schon gesehen haben, „eine Regel bedeutet“ (§ 5 Rn. 20), vermutet kein geringerer als Immanuel Kant bei dieser Unterordnung eine etwas geheimnisvolle „Urteilkraft“ am Werk, die er, auf den ersten Blick ganz harmlos, wie folgt beschreibt:

„Wenn der Verstand überhaupt als das Vermögen der Regeln erklärt wird, so ist Urteilkraft das Vermögen, unter Regeln zu *subsumieren*, d.i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel (*casus datae legis*)⁹ stehe, oder nicht.“¹⁰

Dies scheint gerade in der Jurisprudenz großen Anklang gefunden zu haben, so dass im 19. Jahrhundert der Begriff „Subsumtion“ gängig wird¹¹ – vielleicht gerade wegen seiner Unschärfe.

5

Im Juristischen scheint den Begriff erstmals Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) verwendet zu haben,¹² und zwar schon im heute üblichen Sinn der „Anwendung genereller Normen auf spezielle oder individuelle Sachverhalte“.¹³

1. Vorweg: ein wenig Ideologiekritik („Urteilkraft“, „Judiz“)

Der Witz an der Passage in Kants „Kritik der reinen Vernunft“ ist nämlich, dass Kant dort diese „Urteilkraft“ zu einem großen Teil der rationalen Kritik entzieht: Man *hat* Urteilkraft, oder man hat sie *nicht*. Genau sie soll es dann aber sein, die ein Subsumtionsergebnis „richtig“ macht!

6

Also etwa, ob ein Sitzstreik ein „Fall von“ Gewalt ist (*casus datae legis*) oder nicht (siehe § 8).

8 Bernd Buldt, Subsumtion I, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 10 (Basel 1998), Sonderausgabe Darmstadt 2019, Spalten 560–562.

9 Übersetzt: „ein Fall des gegebenen Gesetzes“.

10 Immanuel Kant, KrV B 171 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A“ ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

11 Gerhard Otte, Subsumtion II, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 562 f.

12 Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, Frankfurt [Frankfurt a.M.] 1667; der Titel bedeutet auf Deutsch: „Neue Methode des Lernens und Lehrens der Jurisprudenz“; eine vollständige deutsche Übersetzung gibt es anscheinend bis heute nicht. Auszüge finden sich in *Gottfried Wilhelm Leibniz, Frühe Schriften zum Naturrecht*, hrsg. von Hubertus Busche, Hamburg 2003.

13 Otte, Subsumtion II, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 562 f.

- 7 Es ist kein Wunder, dass diese Ausgrenzung logischer Kritik zu Gunsten der Fähigkeit, sozusagen intuitiv¹⁴ richtig zu „werten“ – man nannte dies früher „ein gutes **Judiz**“¹⁵ –, den Juristen gefallen hat. Denn Kant fährt fort:

„Die allgemeine Logik enthält gar keine Vorschriften für die Urteilskraft, und kann sie auch nicht enthalten. Denn *da sie von allem Inhalte der Erkenntnis* abstrahiert; so bleibt ihr nichts übrig, als ... formale Regeln alles Verstandesgebrauchs zu Stande zu bringen. Wollte sie nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regeln subsumieren, d.i. unterscheiden sollte, ob etwas darunter stehe oder nicht, so könnte dieses nicht anders, als wieder durch eine Regel geschehen.“¹⁶

Mit anderen Worten: Kant bringt den Regress *ad infinitum* (= ins Unendliche) ins Spiel (§ 3 Rn.13)¹⁷: Wenn es eine Regel gäbe, wie man subsumiert, wäre dies eine Regel, unter die man subsumieren muss, was eine weitere Regel voraussetzt, unter die man subsumieren muss, und so weiter¹⁸:

„Diese aber erfordert eben darum, weil sie eine Regel ist, aufs neue eine Unterweisung der Urteilskraft, und so zeigt sich, daß zwar der Verstand einer Belehrung und Ausrüstung durch Regeln fähig, Urteilskraft aber ein **besonderes Talent** sei, welches gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will. Daher ist diese auch das Spezifische des so genannten Mutterwitzes, dessen Mangel keine Schule ersetzen kann; denn, ob diese [sc. Schule] ... einem eingeschränkten Verstande Regeln vollauf, von fremder Einsicht entlehnt, darreichen und gleichsam einpfropfen kann: so muß doch das **Vermögen**, sich ihrer **richtig** zu bedienen, dem Lehrlinge selbst angehören, und keine Regel, die man ihm in dieser Absicht vorschreiben möchte, ist, in Ermangelung einer solchen **Naturgabe**, vor Mißbrauch sicher.“¹⁹

- 8 Dies mündet dann unmittelbar in eine Passage, die offenbar professionelle Selbstzufriedenheit befördern konnte, auch wenn sie vielleicht eher kritisch gemeint war:

„Ein Arzt daher, ein **Richter**, oder ein **Staatskundiger** kann viel schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben, in dem Grade, daß er selbst darin gründlicher Lehrer werden kann, und wird dennoch in der Anwendung derselben leicht verstoßen, entweder, weil es ihm an natürlicher Urteilskraft (obgleich nicht am Verstande) mangelt, und er zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehöre, nicht unterscheiden kann, oder auch darum, weil er nicht genug durch Beispiele und wirkliche Geschäfte [!] zu diesem Urteile abgerichtet worden.“²⁰

14 Anspielung auf Peirce (Intuition = eine Erkenntnis, die nicht von anderen Erkenntnissen bestimmt wird; die mit anderen Worten außerhalb der Logik steht) und auf Kahneman (Intuition = das Bauchgefühl, das mit Hilfe von simplen Heuristiken zu schnellen Entscheidungen führt; dazu genauer § 35).

15 Klassisch Rolf Gröschner, *Judiz – was ist das und wie lässt es sich erlernen?*, in: *Juristenzeitung* (JZ) 1987, S. 903–908. – „Judiz“ ist eine Kurzform von lateinisch *iudicium*, und das heißt eigentlich nur: Urteil, Entscheidung.

16 Kant, KrV B 171 f. (Fn. 10).

17 Klassiker zum „Münchhausen-Trilemma“ (siehe schon § 3 Rn. 29 Fn. 42): Hans Albert, *Traktat über kritische Vernunft* (1968), 5. Aufl., Tübingen 1991, S. 15–18.

18 Geradezu als „verstörend“ bezeichnet dieses Mühen der Subsumtion ins Unendliche Carsten Bäcker, *Juristisches Begründen*, in: *Juristische Schulung* (JuS) 2019, 321–327 (324).

19 Kant, KrV B 172 (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

20 Kant, KrV B 172 f. (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

Welcher „Praktiker“, sei es Arzt, Jurist oder Politiker, wird sich da nicht eher bestätigt gesehen als in Frage gestellt haben!²¹

Für eine auch *kritische* Sicht Kants sprechen allerdings die letzten, etwas unklaren Sätze der Passage zur Urteilkraft:

„Dieses ist auch der ein[z]ige und große Nutzen der Beispiele: daß sie die Urteilkraft schärfen. Denn was die Richtigkeit und **Präzision** der **Verstandeseinsicht** betrifft, so tun sie derselben vielmehr gemeinlich einigen **Abbruch**, weil sie nur selten die Bedingung der Regel adäquat erfüllen (als casus in terminis) und überdem diejenige Anstrengung des Verstandes oftmals schwächen, Regeln im allgemeinen, und unabhängig von den besonderen Umständen der Erfahrung, nach ihrer Zulänglichkeit, einzusehen, und sie daher zuletzt mehr wie Formeln, als Grundsätze, zu gebrauchen angewöhnen. So sind Beispiele der **Gängelwagen** der Urteilkraft, welchen derjenige, dem es am natürlichen Talent desselben mangelt, niemals entbehren kann.“²²

Kant scheint mir damit anzudeuten: Praktiker können leicht einmal vor lauter Einzelfällen („Beispielen“) die Arbeit an den „Regeln im Allgemeinen“ vernachlässigen.

Letzte Bemerkung: Wie schon angedeutet, war für eine spezifisch *juristische* Urteilkraft, die man als Jurist „zu haben hat“²³ in früheren Zeiten der Begriff „Judiz“ geläufig. Man sagte jemandem „ein gutes Judiz“ nach – oder auch ein schlechtes. Der Begriff war sodann eine Weile ganz aus der Mode gekommen, scheint aber heute wieder salonfähig zu werden. Das ist bedauerlich, denn „Judiz“ ist – ebenso wie der Begriff Urteilkraft – nichts anderes als eine Mystifizierung sozialer Anpassung. Und deshalb in einer Gesellschaft, in der Pluralismus und Diversität herrschen, fragwürdig.

2. Umschreibungen und Definitionen

Die Frage, was Subsumtion „ist“, wird schon in der Philosophie nicht einheitlich beantwortet.²⁴ Das Spektrum reicht von „Unterordnung eines Begriffs unter einen anderen“ („Schäferhund“ unter „Hund“) versus „Fallen eines Gegenstandes unter einen Begriff“ („Hasso“ unter Schäferhund“) bis hin zur gesamten (!) deduktiven Syllogistik – siehe oben § 6 – als „Schluss durch Subsumtion“ – so der ehemals berühmte, heute weitgehend vergessene Rudolf Hermann Lotze (1817–1881).²⁵ Eine weitere Umschreibung von Immanuel Kant lautet: Damit „aus Wahrnehmung Erfahrung werden kann“ (schöne Formulierung!), müsse „die gegebene Anschauung unter einem [sic²⁶] Begriff

21 Auch Vermögensberater werden sich gegenseitig ein „gutes Judiz“ bescheinigen, wenn sie erfahren, dass ihre individuellen Jahreserfolge *in the long run* auf gleichem Niveau liegen – und folglich auf Zufall beruhen, nicht auf besonderer Kompetenz; zu diesem Kahneman-Experiment unten § 35 Rn. 40.

22 Kant, KrV B 172 f. (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

23 Gröschner, in: JZ 1987, S. 903–908, beginnt mit den Worten: „Judiz hat man als Jurist zu haben“; natürlich ist dies eine Anspielung auf den inoffiziellen zivilrechtlichen Satz „Geld hat man zu haben“ – so dass man andernfalls nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch) von seiner Pflicht zur (Geld-) Leistung frei wird.

24 Zum Folgenden Bernd Buldt, Subsumtion I, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 560–562. – Hervorhebungen J.L.

25 Rudolf Hermann Lotze, Logik I (1874), Nachdruck Hamburg 1989, § 97, der übrigens auch von „Denkhandlungen“ spricht.

26 „Sic“ bedeutet: wirklich so im zitierten Text: hier als „einem“ statt des erwarteten „einen“.

subsumiert werden“²⁷ (ich würde „die gegebene Anschauung“ mit „die vorhandenen Daten“²⁸ übersetzen).

- 12 In der juristischen Literatur, insbesondere in den Methodenlehren, bietet sich ein ebenso facettenreiches Bild. Der fragwürdige Klassiker Karl Larenz (1903–1993) nimmt zunächst Bezug auf den Justizsyllogismus (den er als „Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung“ bezeichnet) und schreibt sodann: „Die Gewinnung des Untersatzes, also der Aussage, S sei ein Fall von T, bezeichnet man gemeinhin als den Vorgang der ‚Subsumtion‘, als deren Kern man wiederum einen logischen Schluss²⁹ ansieht.“³⁰

Larenz beeilt sich dann aber zu betonen, diese so bezeichnete „Subsumtion“ – er setzt sie selbst in Anführungszeichen – habe an der Gewinnung des Untersatzes einen „nur begrenzten Anteil“. Das Schwergewicht der Gesetzesanwendung liege auf der „Beurteilung“ des Lebenssachverhalts (in unserem Beispiel: ein Sitzstreik „ist“ Gewalt oder eben nicht). Diese *Beurteilung* aber bedürfe, weil man „nicht ins Unendliche“ schlussfolgern könne, früher oder später „gewisser Elementarurteile, die ihrerseits nicht mehr durch Schlüsse vermittelt sind“. Sondern sie entspringen einem „wertorientierten Denken“, dass „der Jurist“ offenbar zu haben hat.

Wie man sieht: Das ist Kant (oben unter a), einschließlich *ad-infinitum*-Argument, fortgedacht zur Juristenideologie.

- 13 Enger als Larenz meint Reinhold Zippelius (geb. 1928), „subsumieren“ heiße „eine (partielle) Identität feststellen“. Deshalb könnten eigentlich nur *Begriffe* unter Begriffen subsumiert werden. Folglich sei es „in Wahrheit“ nicht ein Subsumtions-, sondern ein Auslegungsproblem, ob „ein kleineres, in freier Natur stehendes Fichtengehölz mit etwa 50 halbwüchsigen Bäumen“ ein „Wald“ im Sinn des § 306 Abs. 1 Nr. 5 StGB – Strafgesetzbuch – ist (die Vorschrift stellt Brandstiftung unter Strafe).³¹

Wir werden sehen (unter II) und haben im Grunde schon gesehen, wie eng Subsumtion und Auslegung zusammenhängen, z.B. beim Sitzstreik als „Gewalt“ (§ 8) oder bei der „Heimtücke“ (§ 3 und § 6 Rn. 64). Allerdings ist dieser Zusammenhang sehr viel logischer, als Larenz und auch Zippelius meinen: Er wird hergestellt nicht durch „Wertorientierung“, sondern durch den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8).

- 14 Die derzeit wohl verbreitetste Juristische Methodenlehre, die Methodenlehre von Thomas M. J. Möllers (geb. 1962), deckt, ohne sich festzulegen, das gesamte Spektrum

27 Immanuel Kant, Prolegomena [= Vorbemerkungen] zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft auftreten können (1783), § 20 (Hervorhebung J.L.); in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1974. Die „Prolegomena“ sind Kants eigene Kurzfassung der „Kritik der reinen Vernunft“.

28 Lateinisch *dare* = geben, *datum* = das, was gegeben ist. Siehe zu „Daten, Fakten, Interpretationen“ schon § 6 Rn. 49 und Joachim Lege, Die Abduktion im System der Wissenschaften, in: Frithjof Rodi (Hrsg.), Urteilskraft und Heuristik in den Wissenschaften, Weilerswist 2003, S. 93–110 (110).

29 Nämlich diesen: T ist vollständig gekennzeichnet durch die Merkmale M^1 , M^2 , M^3 .

S weist die Merkmale M^1 , M^2 , M^3 auf.

Also ist S ein Fall von T.

30 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 273 f., auch zum folgenden Absatz.

31 Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79 f.).

der Vorstellungen zur Subsumtion ab.³² Zunächst wird die Subsumtion „als logischer Schluss“ titulierte, sodann beschrieben als „Unterordnung des Besonderen unter das Allgemeine, also die Beantwortung der Frage, ob der Sachverhalt den Tatbestand der Norm erfüllt.“ Möllers hantierte also, genau besehen, mit *zwei* Begriffen von Subsumtion:

Die Subsumtion *im weiteren Sinn* „stellt sich im rechtslogischen Sinn als ein ‚Schlussverfahren‘ dar. Ihre beiden Bestandteile heißen Obersatz und Untersatz. Der gesetzliche Tatbestand bildet den *Obersatz*. Aus den entscheidenden Angaben im Sachverhalt ergibt sich der *Untersatz*.“ Nicht ganz dasselbe ist dann die Subsumtion *im engeren Sinn*: „Im Rahmen der Subsumtion ist zu prüfen, ob alle Tatbestandsmerkmale einer Norm durch Angaben im Sachverhalt gedeckt sind. Der Sachverhalt wird gewissermaßen unter die Norm bzw. die einzelnen Normbestandteile gezogen.“

Schließlich heißt es noch:

„Subsumtion ist damit ein Leitfaden [??], um den Zusammenhang zwischen Sachverhalt und Rechtsnorm zu entdecken oder herzustellen.“

Wir wollen jetzt einmal schauen, wie dies **wirklich** geschieht.

15

Kleiner Nachtrag: Auch die Methodenlehre von Franz Reimer (geb. 1971) legt sich beim Begriff Subsumtion nicht fest. Es heißt dort: „Als Subsumtion (‚Darunternehmen‘) wird zum Teil die Bildung des Syllogismus insgesamt, zum Teil die Bildung der Conclusio verstanden, d.h. das abschließende Ziehen des Untersatzes unter den Obersatz, der eigentliche Vorgang des Schlussfolgerns.“³³

Weiterer Nachtrag: Aus der vielfältigen methodologischen Literatur seien eine Dissertation und ein Sammelband hervorgehoben.³⁴

II. Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ – revisited

Das wohl bekannteste Bild zur Veranschaulichung der Subsumtion stammt von Karl Engisch (1899–1990). In seiner Schrift „Logische Studien zur Gesetzesanwendung“, nicht zufällig im Jahr 1943 entstanden,³⁵ findet sich die berühmte, freilich defensiv gemeinte Passage:

16

„Zugespitzt: Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein **Hin- und Herwandern** des Blickes zwischen **Obersatz** und **Lebenssachverhalt**, nicht dagegen um einen fehlerhaften Zirkel.“³⁶

³² Zum Folgenden *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 2–6.

³³ *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 40.

³⁴ *Jochen Bung*, Subsumtion und Interpretation, Baden-Baden 2004; *Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner*, (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012.

³⁵ Karl Engisch hatte sich gegenüber der Diktatur des Nationalsozialismus in die innere Emigration zurückgezogen und möglichst nicht mehr zum materiellen Strafrecht gearbeitet, nur noch zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie.

³⁶ *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943, S. 14 f. – Hervorhebungen J.L.

Engisch hat sich zwar nach eigenem Bekunden bei dieser Formulierung wenig gedacht.³⁷ Ihr Erfolg zeigt aber, wie treffend sie ist – und wohl auch: dass es manchmal mehr „uns denkt“ als dass „wir denken“ (§ 3 Rn. 33–34).

Nebenbei: Auch Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019) hat sich bei seinem berühmten Böckenförde-Diktum³⁸ (das muss man als Jurist kennen!) wenig gedacht. Das Gleiche dürfte für Adam Smiths (1723–1790) noch viel berühmtere Formel von der unsichtbaren Hand (*invisible hand*) des Marktes³⁹ gelten.

1. Obersatz und Untersatz, Rechtsnorm und Lebenssachverhalt

- 17 Zwischen welchen beiden Phänomenen wandert also der Blick „hin und her“? Es fällt auf, dass Engisch hier zwei Kategorien durcheinanderwirft: „Obersatz“ hat als Gegenbegriff den Untersatz, „Lebenssachverhalt“ als Gegenbegriff den „Rechtssatz“ (oder wie man in Deutschland sagt: „die Norm“, besser: „Rechtsnorm“⁴⁰). Wo genau das große „Dazwischen“ liegt, bleibt schon deshalb durchaus unklar.
- 18 Klar wird es, wenn wir uns an den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) erinnern und an die insgesamt drei Syllogismen, die in ihm stecken (§ 8 Rn. 29).⁴¹ Wenn man dies vor Augen hat, dann „wandert der Blick“ hin und her zwischen dem deduktiven „äußeren“

JUSTIZSYLLOGISMUS

„Obersatz“: Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen

„Untersatz“: L hat [oder hat nicht] mit Gewalt genötigt.

„Konklusion“: L ist [oder ist nicht] aus § 240 StGB zu **bestrafen**.

und den beiden weiteren Schlüssen, nämlich Subsumtions- und Qualifizierungssyllogismus, die in ihn „eingebaut“ sind und zudem miteinander verklammert durch **entweder diese**

37 Andreas Maschke, *Gerechtigkeit durch Methode*. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens, 1993, S. 256 f.

38 Es lautet (Hervorhebung im Original): „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“ – Dazu schon § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119.

39 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), deutsch: *Der Wohlstand der Nationen*, München 1978, Viertes Buch, Zweites Kapitel: „Einfuhrbeschränkungen für ausländische Güter, die im Lande selbst hergestellt werden könnten“; die Formel dort völlig beiläufig auf S. 371.

40 In Österreich oder jedenfalls von Hans Kelsen wird hingegen, und dies völlig richtig, unter „Norm“ auch eine Einzelregelung bzw. ein Befehl verstanden. Der deutsche Verwaltungsakt (§ 35 Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG) wäre für ihn also eine Norm.

41 Zu einem anderen dreistufigen Ansatz siehe Ismail Cinar, *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Berlin 2019, S. 71–86.

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION (A)

—	<i>Regel.</i> – Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.	
	<i>Qualifizierung:</i> Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, schafft ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.	
	<i>Fall.</i> – <u>L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung geschaffen.</u>	
	<i>Qualifizierung:</i> L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.	
—	<i>J. Resultat.</i> – L hat Gewalt angewendet.	

Oder aber durch jene

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION (B)

—	<i>Regel.</i> – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.	
	<i>Qualifizierung:</i> Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, wirkt nicht mit physischer Kraft auf einen Menschen ein.	
	<i>Fall.</i> – <u>L hat nicht mit physischer Kraft auf einen Menschen eingewirkt.</u>	
	<i>Qualifizierung:</i> L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.	
—	<i>J. Resultat.</i> – L hat keine Gewalt angewendet.	

All dies hat „der Jurist“, wenn auch eher unbewusst, „vor Augen“, wenn sein Blick zwischen einem Rechtssatz („Obersatz“) und dem (Lebens-) Sachverhalt („Untersatz“) hin- und herwandert.

19

Und zumindest im Hinterkopf ist *immer schon dabei*: das Ergebnis.

2. Begriffsinhalt (Intension) und Begriffsumfang (Extension)

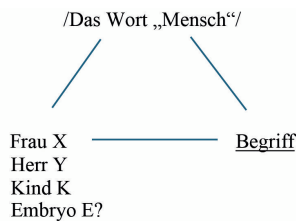
Aber tun wir zunächst einmal so, als ob uns das Ergebnis überhaupt nicht interessiert und wir vielmehr nach reiner, möglichst gar „wertorientierter“ Erkenntnis streben!

20

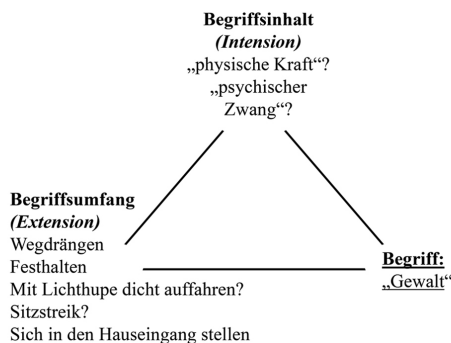
Was lässt uns dann eine Sitzblockade als einen Fall von Gewalt „erkennen“? Zwischen welchen Phänomenen könnte der Blick hin- und herwandern?

Nun, *entscheidend* im wahrsten Sinn des Wortes ist der Begriff „Gewalt“. Lässt sich eine Sitzblockade unter ihn subsumieren? Dies hängt offenbar davon ab, wie man Gewalt definiert: eher eng („physische Kraftentfaltung“) oder eher weit („psychische Zwangswirkung“). Je nachdem fällt der Sachverhalt „Sitzstreik“ darunter oder eben nicht.

- 21 Erinnern wir uns nun daran, dass ein **Begriff** sich, zeichentheoretisch betrachtet, wie folgt definieren lässt (§ 5 Rn. 9): Ein Begriff ist die *Bedeutung* eines Terminus (z.B. eines Wortes) im Hinblick auf einen Gegenstand. Veranschaulicht im sogenannten semiotischen Dreieck – wir hatten damals das Beispiel, ob ein Embryo „im Reagenzglas“ schon ein Mensch ist:



- 22 Daran anknüpfend kann man ein weiteres Dreieck konstruieren. In diesem Dreieck wird an einem ersten Eckpunkt das Wort „Mensch“ oder das Wort „Gewalt“ in seiner **eigenen Zeichenwelt**, nämlich der *Sprache*, näher bestimmt- zum Beispiel durch eine Definition. In der Logik nennt man dies die *Intension* des Begriffs oder auch den *Begriffsinhalt* („Gewalt ist gekennzeichnet durch M¹, M², M³“). Einen zweiten Eckpunkt bilden die **Gegenstände**, die unter den Begriff fallen, man nennt dies den *Begriffsumfang* bzw. seine *Extension*. Der **Begriff** ist dann der dritte Eckpunkt, und das gesamte Dreieck⁴² schaut so aus:



42 In den gängigen Methodenlehren wird es meist gar nicht erwähnt. Anders als hier wird es interpretiert von *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft. Methode – Begriff – System, 2. Aufl., München 2019, § 5 Rn. 13.

Es wird klar: Vor diesem Hintergrund findet das Hin- und Herwandern des Blickes statt zwischen *Begriffsinhalt* und *Begriffsumfang*. Die Subsumtion stimmt beide Seiten aufeinander ab, sie geht daher immer in zwei Richtungen und man kann sagen: **Subsumtion ist die Zuordnung der Extension (des Begriffsumfangs) zur Intension (zum Begriffsinhalt)**. 23

Eine Faustregel hierzu hatten wir schon beim Heimtücke-Beispiel genannt (§ 3 Rn. 18): Je größer der Inhalt des Begriffs (genauer: je mehr *kumulativ* zu verstehende Merkmale er enthält, Stichwort Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit *plus* „feindliche Willensrichtung“), desto kleiner ist der Umfang (der städtische Bedienstete A „fällt dann nicht mehr darunter“). – Dass diese Faustregel bei *alternativ* zu verstehenden Begriffsmerkmalen weniger passt, zeigt das Beispiel des Sitzstreiks.

In den Anleitungen zur „Gutachtentechnik“ wird bisweilen vorgeschlagen, die Fall- 24
lösung wie folgt zu gliedern: „Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis“⁴³
Das ist arg holzschnittartig formuliert. Gemeint ist: „Nennung der Norm,⁴⁴ aus der sich das Gewollte ergeben könnte – Bestimmung ihrer Intension (= Interpretation des Normtextes) – Prüfung, ob der Fall zur Extension der Norm passt oder nicht (= Interpretation des Sachverhalts) – Ergebnis.“

Ich würde daher immer gliedern: (1) Rechtsgrundlage (2) Voraussetzungen (3) Er- 25
gebnis. Und bei den „Voraussetzungen“ würde ich immer gleich maßgeschneidert die einzelnen Rechtsbegriffe (§ 15a) oder Rechtsaussagen (§ 15b) nacheinander ab-
handeln – und dabei „die Subsumtion“ je nach deren Problematik mal so, mal anders aufziehen:

(a) In einfachen Fällen reicht die schlichte Aussage: „A hat den B mit einem Messer-
stich getötet.“

(b) In etwas komplexeren Fällen reicht die Definition, etwa bei der Prüfung, ob eine
arglistige Täuschung im Sinn des § 123 BGB vorlag: „Arglistig‘ ist mit ‚vorsätzlich‘
gleichzusetzen. Der Verkäufer V hat gewusst, dass die Solaranlage nicht ohne beson-
dere Fachkenntnisse montiert werden kann, und hat dies dem Käufer K bewusst
verschwiegen.⁴⁵ Vorsatz (Wissen und Wollen⁴⁶) liegt daher vor.“

(c) In schwierigen Fällen wird man „Definition“ und „Subsumtion“ immer schon
zueinander in Beziehung setzen müssen, etwa bei Bestimmung des Begriffs „Gewalt“
im Sinn der Nötigung (§ 240 StGB). Man käme dann etwa im Wege der Diskussi-
on verschiedener Definitionsversuche (§ 15a III) und verschiedener Fälle („Fallver-
gleich“, § 15a II) zu dem Ergebnis: „Jedenfalls [*jeden-falls!*] fällt eine nur kurzfristige
Blockade der Straße, die von der Polizei aufgrund großer Kooperationsbereitschaft

43 Siehe etwa *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S.16–21; Valerius spricht allerdings von „Einleitungssatz“ und „Schlussatz“ statt von „Obersatz“ und „Ergebnis“ – die beiden letzten Ausdrücke sind aber nach meiner Erfahrung noch geläufiger.

44 Also etwa: ein Gesetz oder ein Vertrag als „Anspruchsgrundlage“; ein Gesetz oder eine Verord-
nung als „Ermächtigungsgrundlage“ etc.

45 In Anlehnung an BGH (Bundesgerichtshof), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, 3057 – Solaranlage auf dem Flachdach in einem Ort an der Wismarer Bucht. Aber Achtung: Dort wurde die Arglist verneint!

46 Hier darf man voraussetzen, dass dies jeder, aber auch jeder Jurist weiß.

der Angeklagten ohne Konflikt beseitigt werden konnte, nicht unter den Begriff „Gewalt“^{44,47}

Im Studium müsste viel mehr geübt werden, wie man so etwas elegant in den Griff bekommt (statt dass immer mehr Schemata, immer mehr Theoriestreitigkeiten und immer mehr Rechtsprechungs-Kleinklein vermittelt wird).

3. Das Recht und seine Umwelt (SINNZUSAMMENHÄNGE)

- 26 Anknüpfend an die Unterscheidung einer „eigenen Zeichenwelt“, die den Begriffsinhalt bestimmt, und den Gegenständen, auf die sie sich bezieht, kann man nun für die *juristische* Subsumtion sagen:

Der Blick wandert hin und her zwischen dem SINNZUSAMMENHANG des Rechts (seiner „Zeichenwelt“), also den *Rechtsbegriffen*, *Rechtssätzen*, *rechtlichen* Schlussfolgerungen, und den unübersehbar vielen sonstigen SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59), mit denen es das Recht zu tun hat und immer wieder neu zu tun bekommt. (Habermas würde wohl sagen: mit den vielen SINNZUSAMMENHÄNGEN der „Lebenswelt“).

- 27 Der Witz ist dann freilich: Immer dann, wenn das Recht es mit „außerrechtlichen“ SINNZUSAMMENHÄNGEN zu tun bekommt, wenn also die Frage auftaucht: ist dies rechtmäßig oder nicht? – dann hören diese SINNZUSAMMENHÄNGE auf, gänzlich „außerrechtlich“ zu sein. Vielmehr werden sie dann zwangsläufig *auch* zu „Gegenständen“ des Rechts – es sei denn, das Recht entscheidet *selbst*, hierfür nicht zuständig zu sein. Aber das ist dann eben eine *rechtliche* Entscheidung.⁴⁸

Man sagt dann, dass ein Fall „nicht justiziabel“ ist, z.B. ein Gefälligkeitsverhältnis, eine private Verabredung, eine *political question*⁴⁹. – Auf die interessanten Überlegungen zu einem „Recht auf Nicht-Recht“ habe ich schon hingewiesen.⁵⁰

- 28 Wie auch immer: **Subsumtion** ist, so betrachtet, immer eine Art **Übersetzung** oder **Interpretation** (dazu sogleich mehr unter § 10).

Dies gilt übrigens nicht nur im Recht, sondern auch in allen möglichen sonstigen SINNZUSAMMENHÄNGEN. Man denke an einen *dress code*: Ist ein grauer Anzug „feierlich genug“? Oder an Fußball: War das Verhalten des Stürmers X „ein Fall von“ Unsportlichkeit? Man sieht zugleich: Auch in derartigen SINNZUSAMMENHÄNGEN geht es oft genug um „Werturteile“.

Was macht dann aber die **subsumierende** Aussage „Eine Sitzblockade ist *ein Fall von* Gewalt“ richtig oder falsch?

47 In Anlehnung an AG (Amtsgericht) Berlin-Tiergarten, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2023, 239; die Staatsanwaltschaft hat gegen die Ablehnung des Strafbefehls Einspruch eingelegt.

48 Zu Hans Kelsens Midas-Metapher schon § 5 II Rn. 46.

49 So im US-amerikanischen Recht; knapp zur *political-questions-doctrine* mit weiterem Nachweis Thomas M. J. Möllers, Methodenlehre (Fn. 32), § 13 Rn. 97.

50 Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, Weilerswist 2020.

4. Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung

Die Antwort ist so leicht, dass man sie so explizit kaum je findet:

29

Die beiden Phänomene, zwischen denen der Blick „des Juristen“ „hin- und herwandert“, sind **letztlich**: auf der einen Seite das **Ergebnis**, also die Rechtsfolge, die am Ende eintreten soll, und auf der anderen Seite seine **Begründung**. Beides muss „zusammenstimmen“. Insofern wird man, noch eher lose formuliert, Folgendes zu bedenken haben:

(1) Wir haben zur Genüge betont, dass diese Begründung durch und durch *logisch* konstruiert ist oder sein sollte (VJS). Umso wichtiger ist nun zu ergänzen: Logisch „konstruiert“ heißt noch lange nicht *logisch richtig*. Es gibt klare Fehlschlüsse.

(2) Auch die „Zurichtung der Prämissen“, insbesondere die Begriffsbildung, ist logischer Kritik nicht entzogen. Insofern geht es dann bei Rechtsbegriffen nicht nur um die Stimmigkeit innerhalb des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“, sondern auch um die Stimmigkeit in den SINNZUSAMMENHÄNGEN, die es berührt.⁵¹ Könnte man z.B. in der Alltagssprache eine gewaltfreie Aktion guten Gewissens als Gewalt bezeichnen? Und welche „Realfolgen“ hat es, wenn sich ein Rechtsbegriff so weit vom Alltagsverständnis entfernt?

30

Die gleiche Frage könnte man beim Rechtsbegriff und beim Alltagsbegriff von „Geschlecht“ stellen (s.o. vor I).⁵²

(3) Selbst wenn die Schlussfolgerung und die Prämissen auf den ersten Blick „stimmen“, kann sich die Frage stellen: Will ich das, was herauskommt, wirklich? Zum Beispiel die Strafbarkeit oder Nicht-Strafbarkeit des A (Heimtücke-Beispiel) oder des Laepple (Sitzblockade). Oder bleibt ein „Störgefühl“, so dass ich an irgendeiner Schraube drehen muss? Und gibt es insoweit vielleicht Grenzen? Sagen wir: Grenzen der Seriosität?

31

Wir werden sogleich sehen (in § 10 Rn. 28), dass der Bundesgerichtshof (BGH) diese Grenze der Seriosität im Fall der Sitzblockade überschritten hat (sogenannte Zweite-Reihe-Rechtsprechung). Und es ist unbegreiflich, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dies hat durchgehen lassen. Man hätte dem BGH sagen müssen: Wir lassen uns doch nicht veräppeln.

III. Resümee: Logik, Logik, Logik

Halten wir zunächst aber fest: Auch das, was man in der Jurisprudenz (und nicht nur dort) als „Subsumtion“ bezeichnet, ist – ganz entgegen der herrschenden Juristenideologie – ein durch und durch logisches Verfahren. Dass es mehrere Schichten umfasst

32

⁵¹ In einer früheren Publikation habe ich insofern von „Geflechten“ gesprochen: *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) I (2006), S. 1–16 (10–12).

⁵² Ich lese gerade in einem ganz hervorragenden Antrag zur Förderung eines Forschungsprojekts den Satz: „In soziokultureller Hinsicht werden gerichtliche Auslegung und die damit verbundenen Praktiken der Veröffentlichung und Distribution der Auslegungsergebnisse, d.h. die *Ermächtigung zur breitenwirksamen Interpretation der Welt*, als Formen der *Herrschaftsausübung* diskutiert.“ Das Gleiche dürfte für eine Interpretation der Welt in Gesetzesform gelten, und statt „Herrschaft“ könnte man auch „Macht“ sagen.

§ 9 Subsumtion

und mehrere SINNZUSAMMENHÄNGE verklammert, spricht nicht dagegen, ganz im Gegenteil: Es sind Schlussfolgerungen und immer wieder Schlussfolgerungen – deduktive, induktive, abduktive –, die all die vielen Bedeutungen, mit denen wir es im Leben und im Recht zu tun haben, zusammenschließen.

Woher diese Bedeutungen ihre Bedeutung bekommen, wollen wir im folgenden § 10 näher untersuchen.

§ 10 Interpretation

Das Hauptproblem dieses Paragraphen besteht darin: Subsumtion und Interpretation lassen sich, wie wir mehrfach gesagt haben, eigentlich gar nicht voneinander trennen. Ob ich 50 halbwüchsige Fichten unter den Begriff Wald „subsumiere“ oder aber den Begriff Wald so „auslege“ (interpretiere), dass die 50 Fichten darunter passen – das sind nur zwei Seiten derselben Medaille oder, wenn man will: desselben Begriffs.¹ Nämlich – siehe § 9 Rn. 20–23 –: auf der einen Seite seine Intension („Ein ‚Wald‘ im Sinn des § 306 Abs. 1 Nr. 5 StGB² – Strafgesetzbuch – beginnt bei 50 Fichten“), auf der anderen Seite seine Extension („50 Fichten sind ‚ein Fall von‘ Wald“).

Was bleibt dann aber zur Interpretation noch zu sagen? Und zwar im Kontext der „Grundzüge einer juristischen *working logic*“? Nun, wir werden hier zurückkommen auf zwei Hinter-Gründe, auf die wir in den „Grundzügen einer allgemeinen *working logic*“ (§§ 4–6) gestoßen sind: Wahrheit bzw. Richtigkeit und Wertung (siehe vor allem § 5 Rn. 66–84 und Rn. 31–39). Oder mit anderen Worten: Es geht nun um die materiale Seite der Logik, um die „Inhalte“, die mit ihr folgerichtig zusammengebracht werden – und *wie* dies erfolgt.

I. Zum Begriff „Interpretation“

In gewisser Weise können wir uns, was den Begriff „Interpretation“ angeht, an den klassischen juristischen Zugangsweisen orientieren, also den sogenannten Canones der Auslegung (genauer dazu unten § 15d), die ihren Vorläufer ihrerseits in den *status legales* der Antiken Gerichtsrhetorik haben (siehe oben § 2 Rn. 13–17). Betrachten wir demgemäß den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Systematik und das Telos³ (also den Zweck) dieses Begriffs!

1. Zum Terminus (Wort) „Interpretation“

Im Wort „Interpretation“ stecken lateinisch *inter* (= zwischen) und *pretium* (= der Preis, aber auch Wert). Die Interpretation ist also das, was gleichsam zwischen zwei Preisen (oder „Werten“⁴) vermittelt.⁵ Bleiben wir bei unserem Beispiel der Sitzblockade (§ 8): Was ist das Wort „Gewalt“ in der Alltagssprache wert, und welchen Wert hat es in der Rechtssprache? Konkret etwa in § 240 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch –, wenn es darum geht, ob eine Sitzblockade als Nötigung strafbar ist oder nicht?

¹ Beispiel von Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79 f.); siehe in dieser NJML schon oben § 9 Rn. 13.

² Dort geht es um Brandstiftung.

³ Es heißt wirklich *das Tēlos* – *tēlos* ist im Altgriechischen ein Neutrum: *tó tēlos*.

⁴ Denken Sie sich hier einen Smiley mit Bezug auf § 3 Rn. 14 f. und § 3 Rn. 28–31.

⁵ So gesehen könnte man Interpretation als eine Art Wechselstube begreifen, in der verschiedene Währungen aufeinander abgestimmt werden.

Dass Preis und Wert zu unterscheiden sind,⁶ ist für viele Jurastudenten im ersten Semester eine beeindruckende neue Erkenntnis.

In der Terminologie der allgemeinen *working logic*, die wir insbesondere in § 5 entwickelt haben, könnte man auch sagen: Die Interpretation vermittelt zwischen zwei (oder auch mehr) SINNZUSAMMENHÄNGEN.

2. Zur Wortgeschichte

- 4 Das Wort „Interpretation“ hat seinen Ursprung tatsächlich in der römischen Rechts- und Handelssprache.⁷ Als bald scheint man es dann vor allem für die Deutung (!) göttlicher Zeichen (Blitze, Vogelflug, Eingeweide von Opfertieren) verwendet zu haben, bevor es einerseits das mündliche Übersetzen aus einer Sprache in eine andere Sprache bezeichnete, andererseits die Auslegung von schriftlichen Texten.

Interessanterweise heißt der mündliche Übersetzer („Dolmetscher“) im Englischen bis heute *interpreter*, während das Übersetzen schriftlicher Texte eine *translation* ist (wörtlich: ein Hinüberbringen). – Das Wort „Dolmetscher“ seinerseits kommt aus dem Türkischen, und vielleicht von dort die fremdenfeindliche italienische Wendung *traduttore traditore* (Übersetzer = Verräter).

Die griechische Entsprechung zum Wort *interpretatio* lautet *hermeneia*. Von ihr leitet sich der Begriff Hermeneutik ab, das ist die philosophische Lehre vom Verstehen.⁸ Bekanntestes Werk: Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960. Es wurde in den juristischen Methodenlehren sehr beifällig aufgenommen – wohl auch, weil es seinerseits die juristische Auslegung als Musterbeispiel „hermeneutischer Erkenntnis“ herangezogen hatte.⁹

3. Das Ziel der Interpretation (zugleich ihre teleologische Definition)

- 5 Was aber *ist* dann eigentlich diese Interpretation? Nun: Wenn ein Begriff letztlich das ist, was praktisch aus ihm folgt (§ 5 Rn. 14), kann man den Begriff „Interpretation“ am besten über deren Endzweck definieren:

Ziel der Interpretation ist die Ermittlung der wahren (wirklichen, richtigen) *Bedeutung* eines Zeichens.¹⁰

6 Sehr schön auch die Unterscheidung von „Preis“ und „Würde“ bei *Immanuel Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), S. 77; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

7 Hierzu und zum Folgenden *Herbert Anton*, *Interpretation*, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (HWPh), Band 4, Basel 1976, Nachdruck Darmstadt 2019, Spalten 514–516.

8 Zur Kontroverse „Verstehen versus Erklären“ ganz kurz bereits in § 1 Rn. 8.

9 *Hans Georg Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 3. Aufl., Tübingen 1972, S. 307–323.

10 Die Wissenschaft von den Zeichen, genannt Semiotik (von griechisch *sêmeion*, das Zeichen), ist ein sehr abstrakter Teil der Philosophie, und als einer ihrer modernen Begründer gilt Charles Sanders Peirce (1839–1914); meine Auseinandersetzung damit: *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, Tübingen 1999, S. 213–242.

Man könnte auch sagen: des wahren (wirklichen, richtigen) *Sinns*. Letztlich kann man beides weitgehend synonym verwenden und dann zum Beispiel sagen, dass sich konkrete *Bedeutungen* aus SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59) ergeben.

Dieses zu interpretierende Zeichen kann ein Wort sein oder ein Satz („Auslegung“), sei beides nun schriftlich oder mündlich geäußert, aber auch ein umfangreicherer Sprachtext wie ein Gedicht oder ein Roman. Es kann auch eine Schlussfolgerung, genauer: ein Syllogismus sein¹¹. Und es kann sich natürlich auch um nicht-sprachliche Zeichen handeln, etwa um ein Geschenk oder eine abfällige Geste, auch etwa um eine vielfältige Kombination von Zeichen wie einen Film oder ein Theaterstück.

6

Man denke an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹² zum „Anachronistischen Zug“: Der damalige CSU-Vorsitzende und Kanzlerkandidat Franz-Josef Strauß wurde in einem Straßentheater mehr oder weniger verunglimpft dargestellt. Das BVerfG hob die Verurteilung der Theatermacher wegen Beleidigung (§ 185 StGB – Strafgesetzbuch -) auf: Ein Kunstwerk zeichne sich dadurch aus, dass es vielfältige Interpretationsmöglichkeiten eröffne. Dabei komme es auf die Gesamtschau an – hier war es ein aufwendiges Theater im öffentlichen Raum mit Bezug auf ein Gedicht von Brecht, das wiederum Bezug auf ein Gedicht von Shelley nimmt. Aus diesem Gesamtwerk habe das Amtsgericht Kempten nicht einzelne Teile herauspicken dürfen, um sie derart isoliert „als Straftat zu würdigen“.

Nebenbei: Die Charakterisierung von „Kunst“ im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG als „offen für vielfältige Interpretation“ wurde vermutlich angeregt von einem Buch des italienischen Philosophen und Sprachwissenschaftlers, insbesondere Semiotikers, Umberto Eco: *Opera aperta* (1962), deutsch: Das offene Kunstwerk (1973). – Eco ist bekannt durch seinen Roman „Der Name der Rose“ von 1980 (verfilmt 1986¹³).

7

Die Pointe liegt dann natürlich darin, dass es in der Kunst keine letztgültige, „einzig-wahre“ Interpretation gibt. Wir kommen darauf – und überhaupt auf die Frage, auf wessen Interpretation es ankommt – alsbald zurück (Rn. 25–29).

Im Bereich des Rechts sind die *sprachlichen* Texte, die es zu interpretieren gilt, im Wesentlichen Gesetze und Verträge, aber auch Einzelentscheidungen wie Verwaltungsakte und Gerichtsurteile.

8

Und dann natürlich auch die nicht-autoritativen Texte¹⁴ aus der akademischen Rechtswissenschaft und aus Kreisen der Praktiker (Kommentierungen, Handbücher, Aufsätze, Monographien etc.). Bei der Interpretation dieser nicht-autoritativen Texte sollte man stets bedenken: Vieles davon ist „Interessentenliteratur“, also von klaren wirtschaftlichen oder politischen Interessen diktiert.

11 Insbesondere kann man ihn als „Urteil“ oder als „Vermutung“ (Hypothese) interpretieren (so schon § 6 Rn. 22 und 41 f.; sodann unten § 10 Rn. 21–23).

12 BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug (1984) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 67, S. 213).

13 Mit Sean Connery.

14 Zum Begriff „autoritativer Text“ unten § 14 II.

- 9 Berühmtes Erstsemester-Schulbeispiel für ein *nicht-sprachliches* Zeichen ist die „Trierer Weinversteigerung“: A winkt seinem Freund B zu, der Auktionator interpretiert dies als ein Gebot und schlägt dem A ein Fass Spätlese zu.¹⁵

Oder man denke an die rote „Kelle“ bei einer Polizeikontrolle (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG¹⁶ – Verwaltungsverfahrensgesetz –) und an die vielen Verkehrszeichen – sie werden im deutschen Recht als Verwaltungsakte, genauer: Allgemeinverfügungen im Sinn des § 35 Satz 2 VwVfG¹⁷) interpretiert (obwohl man sie ebenso gut als Rechtsverordnungen deuten [!] könnte¹⁸).

4. Systematische Ortsbestimmung: Interpretation und Logik

- 10 Wenn man sich schließlich klar machen will, was der Begriff „Interpretation“ *praktisch bedeutet*, wird man sich auch die größeren Zusammenhänge (griechisch: Sy[n]-steme) vergegenwärtigen müssen, zwischen denen die Interpretation sozusagen eingespannt ist wie ein Spinnennetz). Angedeutet haben wir schon die *Sprache* – sei es nun die Rechts- oder die Alltagssprache –, man kann aber auch die äußere *Realität* („die Welt da draußen“) als einen solchen Zusammenhang interpretieren und in ihm einen *Sinn* entdecken, so dass er zu einem SINNZUSAMMENHANG wird.

Was dabei den Sinn gibt, ist freilich nicht vorgegeben. Es kann der verborgene Wille der Götter oder des Schicksals sein (siehe oben: Vogelflug, Eingeweideschau); oder man denke an die „Stern-deuter“, also die Astrologie). Es kann aber auch die Kategorie „Kausalität“ sein, mit der die Phänomene der Welt „rein naturwissenschaftlich“ ge-deutet („erklärt“) werden.

15 Abstrakt formuliert besteht das Problem darin, ob zu einer wirksamen Willenserklärung, hier: zur Annahme eines Kaufangebots, ein „Erklärungsbewusstsein“ gehört. Der Bundesgerichtshof hat dazu im Jahr 1984 entschieden (Leitsatz): „Trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Sie kann gem. §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden“ (BGHZ 91, 324 – Bürgschaft einer Sparkasse – [Entscheidungen in Zivilsachen Band 91, Seite 324]). Es kommt für die Interpretation also, wie man sagt, auf den „**Empfängerhorizont**“ an.

16 „Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden.“

17 „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.“

18 ... denn man kann darin eine abstrakt-generelle Regelung sehen. Der Grund für die Qualifizierung als Verwaltungsakt liegt in der praktischen Folge. Würde das Zeichen, interpretiert als Rechtsverordnung, von einem Gericht für rechtswidrig erklärt, so wäre es nichtig (rechtswidrige „Normen“ sind nichtig) und daher von Anfang an („ex tunc“) gegenüber allen Verkehrsteilnehmern unwirksam. Wird das Zeichen hingegen als Verwaltungsakt interpretiert, und stellt sich dann heraus, dass es rechtswidrig war, dann bleibt es trotzdem gegenüber allen Verkehrsteilnehmern wirksam („bestandskräftig“), die sich nicht rechtzeitig dagegen gewehrt haben (mit Widerspruch und Anfechtungsklage). Kurz: Ein Fehler wirkt sich nur gegenüber Einzelnen, nicht gegenüber allen aus. – Siehe auch § 14 Rn. 8.

In unserem Zusammenhang soll nun betont werden: Für den Bereich des Rechts ist der wichtigste SINNZUSAMMENHANG – der Zusammenhang, in den die Interpretation immer einzubetten ist –, die Logik, genauer: die hier entwickelte (deduktive und auch nicht-deduktive) „working logic“. Sie ist das Deutungsschema, mit dessen Hilfe aus rechtlichen Interpretationen folgerichtiges Handeln¹⁹ wird. 11

Insofern ist erneut der gängigen juristischen Vorstellung entgegenzutreten, dass die Interpretation (eines Gesetzes) der Subsumtion (des Falles unter das Gesetz) vorangehe. Wir haben mehrfach gesehen,²⁰ dass beides untrennbar miteinander zusammenhängt, mehr noch: dass die „wahre“ (wirkliche, richtige) Bedeutung eines Begriffs oder einer Aussage (erst) das ist, was sich *logisch* aus ihm oder ihr ergibt.

Allerdings ist zuzugeben: Dass man die Welt logisch interpretieren *soll*, kann man als einen Akt der Interpretation verstehen.

II. Die drei Ebenen der Interpretation

Interpretation, so hatten wir gesagt, ist die Feststellung, vielleicht auch *Festlegung*, der wahren (wirklichen, richtigen) Bedeutung eines Zeichens. Für den Bereich der Logik und damit auch des Rechts kann man dann gleichsam drei Ebenen unterscheiden. 12

Oder auch Aggregatzustände, siehe oben § 5 Rn. 120.

1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen Begriff

Auf der ersten Ebene werden bestimmte Termini als Zeichen für einen Begriff interpretiert. Das einfachste Beispiel sind einzelne Wörter wie /Hund/ oder /Kampfhund/ als Terminus für den *Begriff* „Hund“ oder „Kampfhund“, an den sich dann bestimmte Vorstellungen, vor allem aber praktische Folgen knüpfen – aufgelistet zum Beispiel in den Kampfhunde-Verordnungen der deutschen Bundesländer.²¹ Es können aber auch mehrere Wörter sein, etwa die Wendung „Treu und Glauben“ in § 157 und § 242 BGB - Bürgerliches Gesetzbuch -, oder sonstige Zeichen wie eine rote Ampel,²² die schon erwähnten Verkehrszeichen oder die Planzeichen der sogenannten Planzeichenverordnung²³: Sie kennzeichnen in einem Bebauungs- oder Flächennutzungsplan, in welcher Weise ein Grundstück genutzt, insbesondere bebaut werden kann (zum Beispiel zweigeschossig in offener Bauweise). 13

¹⁹ Zu diesem Aspekt der Logik § 4 Rn. 8 f.

²⁰ Denken Sie an die Beispiele Embryo und PID, Heimtücke und Tötung von Frau und Tochter, Gewalt und Sitzblockade.

²¹ Vgl. etwa § 1 der Polizeiverordnung des Innenministeriums und des Ministeriums Ländlicher Raum über das Halten gefährlicher Hunde (inoffiziell: „Kampfhundverordnung“) des Landes Baden-Württemberg vom 3.8.2009, <https://im.baden-wuerttemberg.de/de/sicherheit/polizei/praevention/kampfhundverordnung/> <18.11.2023>.

²² Auch ihre Signale sind Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG (Wortlaut in Fn. 17).

²³ Verordnung über die Ausarbeitung der Bauleitpläne und die Darstellung des Planinhalts (Planzeichenverordnung – PlanZV) vom 18.12.1990 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I, S. 58), seither mehrfach geändert.

- 14 Es liegt auf der Hand: Die Interpretation vermittelt hier zwischen (*inter*) dem SINNZUSAMMENHANG der Rechtssprache und den unendlich vielen SINNZUSAMMENHÄNGEN der „Lebenswelt“ – sei es die Alltagssprache oder eine andere Fachsprache, sei es ein politisches Verhalten wie die Sitzblockade, sei es ein physikalischer Zusammenhang bei der Beurteilung eines Verkehrsunfalls oder bei der Einschätzung des Risikos einer gentechnischen Anlage.²⁴ Das hat das Recht natürlich schon immer so gemacht. Das Neue an der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) ist allerdings die Erkenntnis (oder sollen wir sagen: das Eingeständnis), dass bei dieser Interpretation keine „Klüfte“ überwunden werden und erst recht nicht eine „wertende“ Intuition angebracht ist. Vielmehr kommt alles logisch-schlussfolgernd zusammen: in Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS), insbesondere in deren qualifizierenden Abduktionen (s.o. § 8).
- 15 Nebenbei: Natürlich kann es beim Zusammentreffen des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit anderen SINNZUSAMMENHÄNGEN („Welten“) auch einmal zu Befremden kommen. So hat die veraltete Formulierung des Unterlassungsanspruchs in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB („besorgen“ statt „befürchten“)²⁵ bei Kollegen aus der Biologie Unverständnis hervorgerufen. Mehr noch erschien ihnen etwas Inhaltliches befremdlich, dass nämlich die Errichtung einer gentechnischen Anlage auch dann anzuzeigen ist (gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 GenTG), wenn bei ihr „nicht von einem Risiko für die menschliche Gesundheit und die Umwelt auszugehen ist“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 GenTG). Wenn kein Risiko, warum dann anzeigen? Dies erschien naturwissenschaftlich nicht folgerichtig. (Rechtlich hat es seinen „Sinn“ natürlich darin, dass die Behörde sich die Option offenhält, einmal genauer nachzuschauen).
- 16 Ein wichtiger Aspekt zum Schluss: Was die anderen SINNZUSAMMENHÄNGE angeht, sind wir Juristen – gerade als Richter!²⁶ – in den allermeisten Fällen Dilettanten²⁷, also Nichtfachleute. Das bedeutet aber nicht, dass wir uns dafür nicht inter- (*inter!*)-esierten. Ich erinnere mich, wie Ernst-Wolfgang Böckenförde zu seiner Zeit als Bundesverfassungsrichter einmal zu uns sagte: „Und was meinen Sie, wie lange wir immer brauchen, bis wir verstanden haben, worum es geht!“

Und es bedeutet erst recht nicht, dass dieser Dilettantismus schlecht wäre. Ganz im Gegenteil: Das **Recht** ist auf diese Weise sozusagen der **Zentralübersetzer** (oder Dolmetscher) **der Gesellschaft**²⁸ – im Hinblick darauf, was man berechtigterweise von anderen erwarten darf.²⁹

24 § 7 GenTG – Gentechnikgesetz – unterscheidet je nach Höhe des Risikos vier Sicherheitsstufen.

25 „Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.“ Unter „etwas besorgen“ versteht man heute eben: etwas beschaffen, zum Einkaufen gehen.

26 Gerade hohe Richter geben dies ohne weiteres zu.

27 Ein Dilettant (von italienisch: *dilettare*, lateinisch *diligere*) ist, wörtlich genommen, eigentlich ein Liebhaber, also jemand, der eine Sache „nur zur Freude“ betreibt; ebenso wie auch der Amateur (von französisch *aimer*, *amour*) ein Liebhaber ist.

28 Ähnlich hat der amerikanische Philosoph William James (1842–1910) die Philosophie des Pragmatismus einmal mit dem Korridor in einem Hotel verglichen: Er verbindet alle Räume (Pragmatismus. A New Name for Some Old Ways of Thinking (1907), deutsch: Der Pragmatismus, Hamburg 1977, 2. Vorlesung, S. 34 (übrigens in Anlehnung an den italienischen Publizisten Giovanni Papini [1881–1956])).

29 Für Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 131 ff. *et passim* (= und durchgehend) besteht die *Funktion* des Rechts, und zwar die einzige Funktion, in „der Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung“ – „Normen“ sind für Luhmann Erwartungen, die auch kontrafaktisch aufrechterhalten werden, also auch

2. Die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen

Das Gleiche gilt für die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen (die, wie wir gesehen hatten, richtig oder falsch sein können). Auch auf dieser Ebene werden die Sätze des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ – letztlich mit Hilfe des SINNZUSAMMENHANGS abduktiver „Logik“ (§ 6 III, § 8 Rn. 24–32) – mit Sätzen aus den verschiedensten SINNZUSAMMENHÄNGEN der „Lebenswelt“ zusammengeführt – und ergeben erst in dieser Janusköpfigkeit³⁰ einen Sinn (eine Bedeutung) als rechtliche Aussagen. Dies gilt nicht nur für die abstrakten Rechtssätze mit ihrer Wenn-dann-Struktur („Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen“), sondern auch für einzelne rechtliche Aussagen wie „A hat die F und die T getötet, indem er den Gashahn aufdrehte, als sie schliefen“ (zu diesem Beispiel ausführlich § 3 und § 6).

17

In den gängigen Juristischen Methodenlehren wird meist nur das erste als „Auslegung“ oder Interpretation bezeichnet, das zweite als „Subsumtion“.

In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gibt es seit eh und je die Unterscheidung in einen „Maßstabteil“, der zu den oft vagen Sätzen des Grundgesetzes geradezu eine Theorie entwirft – man denke an die Dreistufentheorie zur Berufsfreiheit des Art. 12 GG –, und einen „Anwendungsteil“, der den konkreten Fall an diesen Maßstäben misst – die für ihn gerade erst entwickelt wurden. Das ist natürlich ein wenig zirkulär.³¹ Zudem ist es unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung problematisch, sofern diese „Maßstäbe“ abstrakt-generell formuliert sind, also in der Form eines Gesetzes, unter das dann auch künftig (!) „zu subsumieren“ ist.

18

Für Nicht-Juristen: Man unterscheidet in der deutschen Jurisprudenz Gesetze im formellen und im materiellen Sinn.³² Gesetze im formellen Sinn sind diejenigen, die von den hierfür zuständigen Organen erlassen werden, im Bund also von Bundestag und Bundesrat. Unter Gesetzen im materiellen Sinn versteht man abstrakt-generell formulierte Regeln: Sie beziehen sich auf eine Vielzahl von Sachverhalten (abstrakt) und eine Vielzahl von Adressaten (generell).

Zum Abschluss und auch eher für die Nicht-Juristen noch ein Auszug aus dem Originaltext der **Dreistufentheorie**³³:

19

„6. Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Aus der Notwendigkeit, bei-

dann, wenn jemand sich nicht daran hält; Gegensatz: „Kognitionen“. Ebendort S. 437: „Lernen oder Nichtlernen, das ist die Frage. Lernbereite Erwartungen werden als *Kognitionen* stilisiert. ... Dagegen werden lernunwillige Erwartungen als *Normen* stilisiert.“ – „Stilisiert“ – das verweist natürlich auf Ästhetik (s.u. § 32 Rn. 29 f. und 80–83).

30 Der römische Gott Janus (daher der Januar) ist der Gott sowohl des Eingangs als auch des Ausgangs. Er hat daher statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht.

31 Kritisch zu dieser Methode vor allem *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.

32 Statt vieler z.B. *Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, § 45 Rn. 1–4; *Hartmut Mauer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

33 BVerfGE 7, 377–444 (378) – Apothekenurteil (1958). Die drei Stufen finden sich unter a) bis c).

den Forderungen gerecht zu werden, ergibt sich für das Eingreifen des Gesetzgebers ein Gebot der Differenzierung etwa nach folgenden Grundsätzen:

a) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.

b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.

c) Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: für die subjektiven Voraussetzungen (insbesondere Vor- und Ausbildung) gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.

d) Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der ‚Stufe‘ vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste ‚Stufe‘ darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden ‚Stufe‘ nicht wirksam bekämpft werden können.“

- 20 All dies dient der **Interpretation** der beiden lapidaren Rechtssätze des Grundgesetzes:

Art. 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge

- 21 Das Wichtigste an der Interpretationstheorie der NJML ist nun aber: dass nicht nur Termini und Sätze interpretiert werden, sondern auch Syllogismen. Auch Syllogismen sind, auf den ersten Blick ungewohnt, *Zeichen* – und zwar Zeichen für Begründungszusammenhänge (§ 5 Rn. 91). Daher kann und muss man sie daraufhin interpretieren, ob sie *wirklich* einen Begründungszusammenhang repräsentieren („abbilden“) oder nicht. Wenn sie es tun, treffen sie zu; tun sie es nicht, sind sie fehlerhaft – wobei dies an der Form liegen kann oder aber am Inhalt, d.h. an den inhaltlich-falschen Prämissen – was wieder eine Frage der Interpretation ist.

- 22 So kann man den vielfach erwähnten Syllogismus

Regel: Alle Menschen haben zwei Beine.

Fall: Sokrates hat zwei Beine.

Resultat. Also ist Sokrates ein Mensch.

als einen deduktiven Syllogismus *interpretieren* – dann handelt es sich formal um einen klassischen Fehlschluss, obwohl material-inhaltlich Prämissen und Resultat stimmen. Man kann ihn aber auch als einen nicht-deduktiven Syllogismus *interpretieren*, und

dann hat er als Vermutung seinen „Sinn“ (wir müssen nur noch ein wenig mehr über Sokrates erfahren).

Zum Zusammenhang der formalen und der materialen Seite der Logik s.o. § 6 Rn. 29. Dass die materiale Seite auch einer fiktiven Welt entspringen kann (in der z.B. für Harry Potter andere Regeln gelten), sei nochmals angemerkt.

Anders gewendet: Man kann Syllogismen *interpretieren* als „Beweis“ der Wahrheit bzw. Richtigkeit (der zutrifft oder nicht) oder als „Vermutung“ (die zutreffen könnte oder auch nicht).

Siehe dazu auch schon § 6 Rn. 17, 22, 41–42.

Dies gilt natürlich auch für alle rechtlichen und juristischen Syllogismen, insbesondere den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Man kann jeden VJS *interpretieren* als die endgültige, abschließende Rechtfertigung zur Beurteilung eines Rechtsfalls. Man kann ihn aber auch *interpretieren* als eine nur vorläufige Vermutung darüber, wie man diesen Fall beurteilen *könnte* – und dann dazu Stellung nehmen.

Hier zeigt sich, wenn man so will, erneut der Vorrang der Interpretation vor der Mathematik.

Und auch der Unterschied von Gutachten- und Urteilsstil, von *context of justification* und *context of discovery*, von Begründungs- und Entdeckungs- oder auch Erfindungszusammenhang.³⁴

Zur „hypothetischen Rechtsanwendung“ bei der Vertragsgestaltung siehe § 37a Rn. 8, 54.

III. Die entscheidenden Fragen

Vor diesem Hintergrund stellen sich im Wesentlichen zwei im wahrsten Sinn des Wortes entscheidende Fragen. Erstens: Gibt es ein „Letztkriterium“, anhand dessen man erkennen kann, wann eine Interpretation richtig ist? Zweitens: Auf wessen Horizont soll es bei der Beurteilung ankommen? Sie führen letztlich zurück auf Gedanken, die wir im Rahmen der allgemeinen *working logic* zu den Themen „Wahrheit/Richtigkeit“ und „Wertung“ angestellt haben (§ 5 Rn. 66–84 bzw. Rn. 31–39).

1. Der maßgebliche Horizont (und die Zweite-Reihe-Rechtsprechung)

Wir haben vorhin am Fall des Anachronistischen Zuges gesehen (Rn. 6), dass „Kunst“ im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG geradezu dadurch definiert wird, eine Vielzahl von Interpretationsmöglichkeiten zu eröffnen.³⁵ Man konnte in der Darstellung des Politikers Franz Josef Strauß eine Beleidigung sehen, die gemäß § 185 StGB zu bestrafen ist,

³⁴ Beiläufig schon erwähnt in § 5 II Rn. 87 und IV Rn. 121.

³⁵ Noch eins drauf: „Kunst“ ist dadurch definiert, dass man sie nicht abschließend definieren kann, so ausdrücklich BVerfGE 75, 369 (377) – Karikatur: Franz-Josef Strauß als kopulierendes Schwein (1987) –, und dann doch: „Ungeachtet der Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, gebietet die verfassungsrechtliche Verbürgung dieser Freiheit, ihren Schutzbereich bei der konkreten Rechtsanwendung zu bestimmen.“

man *musste* es aber nicht. Daher galt in diesem Fall gewissermaßen *in dubio pro reo* – im Zweifel für den Angeklagten.

Aber Achtung: Dieser Grundsatz gilt nach ganz h.M. (herrschender Meinung) nur für die Tatfrage, d.h. die Frage, ob der Angeklagte die Tat tatsächlich begangen hat. Er gilt nicht für die Rechtsfrage – man muss also nicht von Rechts wegen die dem Angeklagten günstigste Auslegung von Begriffen wie „Gewalt“ oder „Heimtücke“ wählen.³⁶

- 26 Die Schwierigkeit im Recht besteht nun darin, dass im Streit um die richtige Interpretation von Rechtssätzen, aber auch von Tatsachen, am Ende nur *eine* Seite mit ihrer Interpretation Recht bekommen kann. Auf welche soll es dann aber ankommen?

Wir können uns einer Antwort gewissermaßen induktiv annähern:

- 27 Im Bürgerlichen Recht ist es völlig unstrittig, dass Willenserklärungen³⁷, die an jemand anderen gerichtet sind, aus dessen „Empfängerhorizont“ zu beurteilen sind. Wenn man also sagt: „Nochmal dasselbe“ und das Gegenüber weiß, was damit gemeint ist, kommt ein Bewirtungsvertrag³⁸ über das nächste Glas Bier oder Sanddornsaft zustande.

Gadamer würde wohl sagen: Es „verschmelzen“ die beiden Horizonte – der des Senders und der des Empfängers (zur Hermeneutik schon oben Rn. 4; s. auch § 1 Rn. 10).

Nebenbei: Im Wort „Horizont“ steckt das altgriechische Wort *hóros* = die Grenze. Der Horizont ist also die Grenze dessen, was wir sehen oder, im übertragenen Sinn, wissen. – Dass das Wort *hóros* auch „Begriff“ bedeuten kann, haben wir im Kontext der Antiken Rhetorik erwähnt. „Begriff“ kommt also, wie der Rechtssoziologe Manfred Rehbinder (geb. 1935) zu sagen pflegt, nicht von „begreifen“, sondern von „begrenzen“.³⁹

- 28 Was das Strafrecht angeht, so hat das Bundesverfassungsgericht mit Recht betont, dass es – weil Strafe nun einmal die härteste staatliche Sanktion⁴⁰ ist –, geradezu selbstverständlich auf den Horizont der Rechtsunterworfenen ankommen muss. Erstaunlicherweise hat es dann aber ausgerechnet im Fall von Sitzblockaden eine Rechtsprechung des BGH bestätigt, die den Begriff „Gewalt“ erstens nicht-alltagssprachlich interpretiert und zweitens auf einer Konstruktion beruht, die nur aus einem sehr speziellen Juristen-Horizont heraus verständlich ist.⁴¹

36 Frank Tiemann, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO), 9. Aufl., München 2023, § 261 Rn. 71 f.; Bernd von Heintzel-Heinegg, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch (BeckOK StGB), 58. Edition, Stand 1.8.2023, § 1 Rn. 58. – Dies scheint eine der wenigen Meinungen zu sein, die in der Jurisprudenz völlig „unstrittig“ sind; entsprechend kurz die Kommentierungen.

37 „Willenserklärung“ ist ein ganz zentraler Begriff des deutschen Bürgerlichen Rechts, siehe schon Fn. 15.

38 Dies ist ein sogenannter gemischter Vertrag, bestehend aus Kauf (das Getränk), Miete (der Stuhl), Werkvertrag (das gebratene Schnitzel) und Dienstvertrag (die Bedienung).

39 Dies ist natürlich pointiert-ironisch gemeint; denn natürlich kommt „Begriff“, etymologisch betrachtet, von „begreifen“ (so wie lateinisch *conceptus* von *concipere*, wörtlich: zusammenfassen, auffassen, begreifen).

40 ... und sein sollte; auch das ist wohl „völlig unstrittig“.

41 BVerfGK 18, 365 – Autobahnblockade II/Zweite-Reihe-Rechtsprechung (2011) (Sammlung der Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts). – Die Kammern entscheiden mit drei Richtern darüber, ob eine Sache vor den gesamten Senat kommt; sie können in einfachen Fällen auch selbst

Gemeint ist die sogenannte und schon mehrfach erwähnte⁴² Zweite-Reihe-Rechtsprechung: Der BGH hatte Sitzstreiks seit der Laepple-Entscheidung als „Gewalt“ qualifiziert („Hindernis mit psychischer Zwangswirkung“). Das BVerfG hatte dies zunächst nicht beanstandet,⁴³ es dann aber neun Jahre später für eine verfassungswidrige Interpretation erachtet⁴⁴. Die Grenze des Wortlauts sei überschritten, und wo es kein Gesetz gibt, das ein bloßes Hindernisbereiten unter Strafe stellt, da gibt es auch keine Straftat (*nulla poena sine lege*).

Der BGH hat dann allerdings sehr tief in die Trickkiste gegriffen, hier in die Lehren aus dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, und wie folgt argumentiert⁴⁵: Der Fahrer des ersten Autos oder der ersten Straßenbahn, das oder die durch den Sitzstreik am Weiterfahren gehindert wird, erfährt keine Gewalt. Wohl aber die sodann folgenden Fahrzeuge in zweiter, dritter, vierter und so weiter Reihe. Begründung: Im Hinblick auf sie bedienen sich die Sitzstreikenden des Fahrers des ersten Fahrzeugs als (nicht-dolosen⁴⁶) „Werkzeugs“. Sie verwirklichen daher in sogenannter mittelbarer Täterschaft⁴⁷ den Tatbestand der Nötigung.

Aus dem Horizont des nicht-juristischen Bürgers kann man dies wohl nur als „typisch juristische“ Spitzfindigkeit, wenn nicht gar als Realsatire verstehen. (In der juristischen Literatur fiel das Wort „rabulistisch“⁴⁸)

entscheiden (Einzelheiten §§ 91a-91d BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz). – Erstaunlicherweise hat eine schon 10 Jahre vorher ergangene Senatsentscheidung die Rechtsprechung des BGH gebilligt, und dies ganz explizit, ohne auf die Zweite-Reihe-Rechtsprechung einzugehen: BVerfGE 104, 92 – Sitzblockaden III Wackersdorf/Autobahnblockade I (2001).

42 § 3 Rn. 13 mit Fn. 23, § 3 Rn. 38 mit Fn. 51; § 9 Rn. 31.

43 BVerfGE 73, 206 – Sitzblockaden I Großengtingen (1986).

44 BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II Großengtingen (1995).

45 BGHSt 41, 182 (184 f.) – Blockade der Autobahn wegen des Verbots einer Kundendemonstration (ebenfalls 1995!). – Dabei hätte es völlig ausgereicht zu sagen: Die Blockierer haben sich gegenüber den Polizisten aggressiv verhalten, und dann wird eine Blockade „natürlich“ zu Gewalt (sie verliert, mit anderen Worten, den Charakter eines „gewaltlosen Widerstands“).

46 Also ohne selbst bezüglich der Nötigung mit Vorsatz („dolus“) handelnd.

47 Geregelt in § 25 Abs. 1 StGB (Hervorhebung J.L.) „Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.“ Im Einzelnen ist vieles streitig, siehe Wolfgang Joecks/Jörg Scheinfeld, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., München 2020, § 25 Rn. 59–184; berühmtes Buch: Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, Berlin 1965.

48 So völlig zu Recht die Anmerkung von Knut Amelung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1996, 230–231. Auch er betont (wie hier Fn. 45), dass man stattdessen die Art und Weise des Blockierens zu würdigen hat (z.B. ob Krankenwagen blockiert werden); letztlich wertet er die Entscheidung als einen „Fall kaum verhüllten Ungehorsams eines BGH-Senats gegenüber der dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG.“

Völlig richtig dann auch das Fazit „Der 1. Senat des BGH scheut sich nicht, das BVerfG ‚vorzuführen‘, indem er sich aus dessen Begründung einen einzelnen Gesichtspunkt herauspickt und daraus Konsequenzen ableitet, die den Vorstellungen des BVerfG offensichtlich widersprechen. Ein solcher Umgang der obersten Gerichte miteinander kann niemanden erfreuen, auch den nicht, dem die Entscheidung des BVerfG nicht gefällt, wofür es gute Gründe gibt. Wenn unsere höchsten Richter sich wechselseitig demontieren, gewinnt das Recht, das sie sprechen, nicht gerade an Autorität.“ Und weiter: „Das BVerfG hat wie jeder Urheber eines **autoritativen Rechtstextes** [siehe dazu unten § 14 II und III, J.L.] einen **Anspruch** darauf, **ernst genommen zu werden**, und das bedeutet zumindest, daß man ihm keine Absurditäten unterstellt. Dieser Grundsatz rechtfertigt es, über die zweifellos vorhandenen Begründungsschwächen hinwegzusehen, wie man bei der Interpretation eines Gesetzes über Fehler in der

- 29 Ganz allgemein kann man daher sagen: Es ist durchaus begründungsbedürftig, dass, warum und inwieweit in Rechtsfragen der Horizont der Juristen maßgeblich sein soll. Schon Hegel hat sich in seiner Rechtsphilosophie ein wenig über den „Juristenstand“ mokiert,⁴⁹ nicht zuletzt deshalb, weil zu seiner Zeit in manchen Teilen des späteren Deutschland zumindest subsidiär ein Recht galt, dass in einer toten, nur höheren Schichten geläufigen Sprache verfasst war, nämlich Latein: das Römische Recht.⁵⁰

Was könnte es also rechtfertigen, dass Juristinnen und Juristen aus *ihrem* Horizont heraus den Rest der Welt *sub specie iuris* (unter dem Blickwinkel des Rechts) beurteilen?

Die Antwort lautet klar und deutlich: nur ihre Methode.

Diese Methode ermöglicht es, dem konkreten Fall gerecht zu werden. Und ab einem gewissen Grad der Verselbständigung und Professionalisierung der Rechtspflege zu dem: das Recht zu einem vernünftigen SINNZUSAMMENHANG auszugestalten.

2. Die Frage nach der Richtigkeit

- 30 Interpretation, so können wir nun sagen, ist – nicht nur in der Kunst – immer relativ. Es gibt immer einen ganz individuellen „Sender“ und einen ganz individuellen „Empfänger“. Dabei muss „Sender“ nicht notwendig eine natürliche Person sein, es kann auch eine Institution sein („der Gesetzgeber“) oder, wenn man daran glaubt, ein Gott (s.o. Rn. 4). Auf Seiten des „Empfängers“ finden sich meist mehrere Rollen: Man ist Privatperson, aber auch Mann oder Frau, Schüler oder Lehrer, Richterin oder Richter. Was bedeutet dies nun für das gegenseitige Interpretieren?

a) Die Unwahrscheinlichkeit „richtigen“ Verstehens („doppelte Kontingenz“)

- 31 Zuallererst ist eine Selbstverständlichkeit zu betonen: Gegenseitiges Verstehen ist unwahrscheinlich. Wir haben alle eine ganz unterschiedliche Geschichte und Vorgeschichte, keine zwei Leben verlaufen nach denselben Gesetzen und Entscheidungen. Wenn zwei Individuen einander verstehen wollen oder müssen – sagen wir Student S und „der Gesetzgeber“ des Art. 6 Abs. 1 GG –, dann begegnen sie einander in, wie Luhmann sagt, „doppelter Kontingenz“⁵¹: Was beide Seiten unter dem Begriff „Ehe“ verstehen – genauer: verstanden haben und nun verstehen sollten –, ist geprägt von einer Mischung aus Zufällen und Notwendigkeiten, eben „Kontingenz“⁵².

Ich muss gestehen, dass mir der Begriff „doppelte Kontingenz“ bei meinen ersten Luhmann-Begegnungen gar nicht besonders aufgefallen ist. Vielleicht, weil er größte

Gesetzesbegründung oder Redaktionsversehen hinweggeht, um zu einer in sich sinnvollen Kernaussage des interpretierten Textes zu gelangen.“

Man könnte dies geradezu als den Kernsatz einer **Interpretationsethik** bezeichnen. – „Rabulistisch“ bedeutet: haarspalterisch, spitzfindig, wortklaubertisch.

49 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 215 Anmerkung und Zusatz; zitiert nach: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

50 Kodifiziert im Corpus Iuris Civilis des Kaisers Justinian (533); übrigens in Ostrom (Konstantinopel), dem heutigen Istanbul.

51 Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1986, Kapitel 3.

52 Zum Begriff Walter Brugger S.J., Walter Hoering und die Redaktion (zu Luhmann): Kontingenz, in: HWPh (Fn. 7), Band 4 (1976), Sp. 1027–1038.

ren Skeptikern als mir plausibel machen will, was mir schon vorher plausibel war: dass es einen „objektiven“ Sinn gibt (objektive „Bedeutungen“) – einen Sinn, ohne den wir aneinander vorbeireden müssten.

b) Bezug auf den gemeinsamen SINNZUSAMMENHANG „Recht“ (Dogmatik)

Angesichts dieser doppelten Kontingenz ist klar, dass eine gelingende⁵³ Verständigung über Recht eine Art gemeinsame „Sprache“, besser: einen gemeinsamen SINNZUSAMMENHANG voraussetzt. Diesen SINNZUSAMMENHANG „stiften“ auf sozusagen unterer Ebene die juristische Methode, so wie wir sie in Gestalt einer „working logic“ rekonstruiert haben – wer rechtlich argumentiert, muss so argumentieren. Eine Ebene darüber wird der Sinn – oder wenn man will: werden die Bedeutungen durch das etabliert, was man **Dogmatik** nennt. Wobei ich unter Dogmatik nicht mehr, aber auch nicht weniger verstehe als die Gesamtheit der Lehren von der Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen.

32

Dass auch der Begriff Dogmatik nicht einheitlich verwendet wird, dazu unten mehr (§ 11 Rn. 7–13, § 39 Rn. 19–34). – Eine Definition, die kürzlich viel Anklang gefunden hat, lautet: Dogmatik ist alles das, was es an Rechtstexten außerhalb der Gesetzestexte gibt.⁵⁴ Also etwa die Dreistufentheorie zu Art. 12 GG (s.o. Rn. 19).

c) Das Fehlen von Letztkriterien

Mit dem Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang ist allerdings noch nicht entschieden, welche von mehreren Interpretationen des Rechts, aber auch des Sachverhalts die „richtige“ ist. Insoweit gibt es nur selten klare Regeln, etwa *in dubio pro reo* („im Zweifel für den Angeklagten“). Stattdessen ist das „Ende der Fahnenstange“, bis zu dem logische Konstruktion gelangt, in allen interessanten⁵⁵ Rechtsfragen und Rechtsfällen eine Situation, in der sich gleichsam zwei Kunstwerke gegenüberstehen, zwei Konstruktionen, zum Beispiel (siehe schon § 9 Rn. 18) die *beiden* Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS):

33

⁵³ Zum Begriff des Gelingens siehe unten § 31 Rn. 86–102; zur juristischen Gelungenheit §§ 33, 34.

⁵⁴ Jannis Lennartz, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 171 f.: „Dogmatik fasst dann juristische Begriffe, die Teil des juristischen Wissens sind, ohne selbst in Normtexten vorzukommen.“ Zur Erläuterung sodann: „Der Begriff ‚Wegnahme‘ findet sich unmittelbar in § 242 StGB, der Begriff ‚Gewahrsamsbruch‘ nicht.“

⁵⁵ Interessant sind Rechtsfragen erst dann, wenn sich für beide Lösungen, für Pro und Contra, gute Gründe finden lassen.

—	<i>Regel.</i> – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.	
	Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.	
	<u><i>Fall.</i> – L hat, indem er an der Sitzblockade teilnahm, mit Gewalt <u>genötigt</u>.</u>	
	[<i>Denn:</i>] Eine Sitzblockade ist ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.	
—	<i>J. Resultat.</i> – L ist aus § 240 StGB zu bestrafen.	

versus

—	<i>Regel.</i> – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.	
	Gewalt ist die Ausübung physischen Zwangs.	
	<u><i>Fall.</i> – L hat, indem er an der Sitzblockade teilnahm, <u>nicht mit Gewalt genötigt</u>.</u>	
	[<i>Denn:</i>] Ein Teilnehmer einer Sitzblockade übt keinen physischen Zwang aus.	
—	<i>J. Resultat.</i> – L ist nicht aus § 240 StGB zu bestrafen.	

Wie soll man sich nun entscheiden? Ist vielleicht hier der Punkt erreicht, wo es um „letzte Werturteile“ geht?

Nebenbei: Natürlich ist es schon eine enorme Leistung des Rechts, einen Konflikt auf zwei *und nur zwei* Lösungen zu reduzieren – und dann ist erst einmal Ruhe.

- 34 Die NJML will betonen: Natürlich geht es hier um „Wertungen“, also um *auch-emotionale* Stellungnahmen zu diesem Sachverhalt (§ 5 Rn. 37–39). Natürlich wird dabei auch *immer* das Ergebnis („Resultat“) des jeweiligen Syllogismus mitgedacht (§ 9 Rn. 29–31. Was aber das Urteil über den *gesamten* Syllogismus angeht, so ist letztlich entscheidend – *entscheidend* –, welche der beiden Konstruktionen insgesamt „gelungener“ ist.

Genauer zu dieser „Juristischen Ästhetik“, das ist die zweite große Neuerung der NJML, unten §§ 32–34.

- 35 In unserem Fall wird man aus dem Horizont oder SINNZUSAMMENHANG „Recht“ heraus sagen können: Für die zweite Variante spricht zunächst das Verständnis von „Gewalt“ in der Alltagssprache (das ist nun einmal die Sprache der dem Recht Unterworfenen). Darüber hinaus spricht dafür die Gewaltenteilung: Wenn der Gesetzgeber den Fall eindeutig regeln könnte, dann *muss* er – *muss* er – dies auch tun, hier: indem er in den Tatbestand des § 240 StGB die Variante einfügt:

§ 240 Abs. 1 StGB NEU Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt, *durch das Bereiten eines Hindernisses* oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Dies zeigt zugleich, dass die Bestimmung des Begriffs „Gewalt“, wie sie vom BGH vorgenommen und vom BVerfG letztlich doch gebilligt wurde, die „Grenze des Wortlauts“⁵⁶ überschritten hat. 36

In den gängigen juristischen Methodenlehren markiert die „Grenze des Wortlauts“ zugleich die Grenze zwischen „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“ – wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 2, § 21a Rn. 9 mit Fn. 9).

Folglich ist die zweite Variante auch und vor allem deshalb vorzuziehen, weil sie nicht gegen den geltenden Rechtssatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ (siehe § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG) verstößt.

Umso mehr erscheint dann die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH geradezu als Slapstick-Einlage.

d) „System 1“ und „System 2“

So weit, so gut. Hinzuzufügen ist nun noch ein Aspekt, der in den gängigen juristischen Methodenlehren kaum Beachtung gefunden hat. Er entstammt den neuen Kognitionswissenschaften und der sogenannten Verhaltensökonomie (mehr dazu unten §§ 35 und 36), und er besagt in etwa: 37

Das menschliche Denken, insbesondere das ökonomische Denken, und das darauf beruhende Verhalten ist keineswegs stets streng „rational“.⁵⁷ Vielmehr ist es davon beeinflusst, wie wir die Welt wahrnehmen, und insofern neigen wir dazu, sie zunächst einmal in eher groben Schemata – man könnte auch sagen: mit Vorurteilen – wahrzunehmen: Protestierende Studenten gehören, zumal im Jahr 1969, bestraft. Und wenn man dies schon in einem Fall tun kann, in dem es nur um eine Fahrpreiserhöhung geht und nicht um Ho Tschì Minh⁵⁸ (1890–1969), umso besser.

Ho Tschì Minh war der Staatschef des damaligen Nord-Vietnam. Bei Demonstrationen gegen den Vietnam-Krieg der USA, die zugleich oft Demonstrationen pro Kommunismus waren, wurde häufig „Ho-Ho-Ho-Tschì-Minh“ skandiert.

Derartige Urteile „aus dem Bauch heraus“ bezeichnet Daniel Kahneman (geb. 1934), der berühmteste Vertreter der neuen Kognitionswissenschaften, als „Intuitionen“. Sie sind in vielen Fällen richtig und wichtig, etwa wenn man zum langen Nachdenken keine Zeit hat – der Feuerwehrhauptmann schreit intuitiv „Raus hier!“ und weiß erst 38

⁵⁶ Zu dieser etwas mysteriösen Grenze wird man sagen können: Es gibt sie, und es gibt sie nicht (sie ist also ein Paradox; zur „Paradoxie des Entscheidens“ unten § 30 I). Es gibt klare Fälle, die (noch) außerhalb liegen, es wird aber auch neue Fälle geben, die der Wortlaut umfassen kann. Vielleicht kann man sagen: Rechtstexte (und ihr Wortlaut) sind ein Trägheitsmoment in der Fortentwicklung des Rechts. Wenn man ihre Bedeutung ändern will, muss man die nötige Energie investieren. Sie ändern sich aber auch dann, wenn man keine Energie hineinsteckt und sie anderen Kräften überlässt (Entropie!) – zum Beispiel der Begriff „Rechtssicherheit“ (dazu am Rande in § 11 Rn. 19). – Zur Vagheit schon § 9 Rn. 1 f.

⁵⁷ Gemeint: bewusst vom Verstand in berechenbarer Weise gelenkt.

⁵⁸ So die damalige Schreibweise. Heute lautet sie offenbar: Hồ Chí Minh.

später, warum.⁵⁹ Oft aber sitzt man Verzerrungen (*biases*) auf, die das Denken auf Bahnen lenken, die in eher unvernünftigem, irrationalen Verhalten enden. Die Werbung lebt davon (*sex sells*).

Die wohl bekanntesten Beispiele sind das *framing* und das *anchoring*. Man stellt die Entscheidung des Gegenübers in einen bestimmten Rahmen, betont z.B. die Chancen statt die Risiken. Man nennt eine möglichst hohe Zahl („auch wenn sie gar nicht ernst gemeint ist“), um bei Verhandlungen über den Preis den Spielraum nach oben zu öffnen.

- 39 Kahneman unterscheidet im Denken (*thinking*) sodann, mit bewusst blassen Termini, ein „System 1“ und ein „System 2“. Das System 1 liefert auf der Grundlage von relativ einfachen „Heuristiken“⁶⁰ relativ schnell Ergebnisse. Das System 2 *muss* hingegen eingeschaltet werden, wenn die Aufgabe nicht ohne genaueres Nachdenken zu lösen ist, so schon bei etwas schwierigeren Rechenaufgaben (wieviel ist 47 mal 53?). In anderen Fällen hat man die Wahl: Man *kann* das System 2 einschalten, man kann aber auch „aus dem Bauch heraus“ entscheiden. Insofern hat das System 2 den Nachteil, so Kahneman, dass es faul ist. Rationaler formuliert: Es kostet mehr Energie, gründlich nachzudenken, als sich von „Intuitionen“ leiten zu lassen. Daher ist es in gewisser Weise ökonomisch rational, wenn man System 2 außen vor lässt. Auf lange Sicht kann es aber ökonomisch irrational werden – etwa wenn man einem kurzfristigen Vorteil einen langfristigen Gewinn opfert.⁶¹

Genaueres zu allem unten § 35.

- 40 Für das Recht bedeutet dies: Man kann auch rechtliche Probleme mehr oder weniger „emotional“ wahrnehmen und mehr oder weniger „intuitiv“ lösen. Aufgabe eines professionell oder gar wissenschaftlichen betriebenen Rechts ist es aber, gleichsam das „System 2“ der Gerechtigkeit zu sein. Es geht in jedem Fall nicht nur um diesen einen Fall mit seinen speziellen Emotionen, sondern darum, wie seine Lösung sich in das Geflecht der vielen anderen Fälle einordnen lässt, die ihm vorausgegangen sind, und wie diese Lösung sich in Zukunft auf weitere Fälle (und weitere „Geflechte“⁶²) auswirken wird. Mit anderen Worten: Es geht bei der Lösung rechtlicher Probleme um eine *angemessene Komplexität* der Gründe, auf denen sie beruht.

Es ist daher erschreckend, wenn ausgerechnet die Gesetzgebung um eines kurzfristigen Effekts willen (Beschwichtigung der Öffentlichkeit) Gesetze schafft, die mangels Bestimmtheit kaum anwendbar sind, d.h. auf lange Sicht mehr Konflikte schaffen als

59 Daniel Kahneman, *Thinking – Fast and slow* (2011), deutsch: *Schnelles Denken, langsames Denken*, München 2012, S. 23 und 291–293.

60 Heuristiken sind Schemata, die es ermöglichen, schnell eine Lösung zu finden (von griechisch *heurein* = finden; *heúrēka* heißt: ich habe es (z.B. eine Problemlösung) gefunden. – Zur *heúrēsis* (Stoffsammlung als erstes Arbeitsstadium des Rhetorikers) in der Antiken Gerichtsrhetorik siehe oben § 2 II Rn. 6 f.

61 Berühmt: Walter Mischel, *The Marshmallow Test. Mastering Self Control*, New York 2014; deutsch: *Der Marshmallow-Test. Willensstärke, Belohnungsaufschub und die Entwicklung der Persönlichkeit*, 2. Aufl., München 2015. – Insgesamt ein sehr anregendes Werk, s. z.B. S. 195 ff.: *If-then Signatures of Personality* (vielleicht ein wichtiger Punkt persönlicher Rechtlichkeit?); oder: *self control cools aggressive tendencies*.

62 Um hier einmal den Terminus SINNZUSAMMENHANG (§ 5 II Rn. 40–59) zu vermeiden.

lösen. Ein Beispiel ist § 184j StGB, der nach der sogenannten Kölner Silvesternacht⁶³ von 2015/2016 in einem Schnellschuss den Tatbestand „Straftaten aus Gruppen“ geschaffen hat⁶⁴ – er folgt letztlich der unterkomplexen Heuristik „mitgefangen, mitgegangen“. Auch dies ist eher Realsatire als seriöse Jurisprudenz.⁶⁵

Man könnte übrigens überlegen, ob es auch noch ein „System 3“ gibt: eine Art Supervision, die zu beurteilen hat, ob „System 2“ mit angemessener Komplexität an die Dinge herangeht. Denn auch eine zu hohe Komplexität (Hyperkomplexität) ist schädlich: Sie kostet zu viel und weckt Misstrauen – so das Um-die-Ecke-Denken der Zweite-Reihe-Rechtsprechung.

41

IV. Resümee: „Das Wahre ist das Ganze“

Was folgt nun aber aus diesem Fehlen von Letztkriterien und der Erkenntnis, dass Entscheidungen auf einer *angemessenen komplexen* Entscheidungsfindung beruhen müssen? Wenn man so will: die ganz besondere Schwierigkeit des juristischen Berufs.

42

Meine hochgeschätzte Dresdener Kollegin Ursula Stein hat einmal gesagt: Juristen müssen zwei Fähigkeiten miteinander verbinden, die sich geradezu widerstreiten: hohe Kreativität und große Pingeligkeit.

Etwas weniger emphatisch und in Anlehnung an Hegel: Das Wahre ist das Ganze. Bei der Begründung von juristischen Entscheidungen – und Begründungen zu liefern ist ja Gegenstand der juristischen Methode – kommt es am Ende auf den Zusammenklang des Ganzen an. Insofern gibt es gewisse Regeln, die nicht verletzt werden dürfen, insbesondere die Regeln der Logik, und es müssen bei der Interpretation der Rechtsbegriffe, der Rechtssätze und der rechtlichen Schlussfolgerungen verschiedene SINNZUSAMMENHÄNGE aufeinander abgestimmt werden. All dies ist aber letztlich durch und durch logisch strukturiert, so dass ich, um dieses Leitmotiv aufzugreifen, für eine „Wertung“ außerhalb der Logik keinen Platz finde.

Und dass am Ende ein einzelner Mensch als Juristin oder Jurist eine rechtliche Entscheidung zu treffen hat – aus seinem kontingenten Horizont heraus –, das nennt man besser nicht Wertung, sondern Verantwortung.

63 In der Kölner Silvesternacht war es auf der Domplatte in Köln zu vielen Übergriffen von jungen Männern, die meisten aus dem nordafrikanischen und arabischen Raum, gegenüber Frauen gekommen.

64 Die Vorschrift lautet: „Wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

65 Siehe nur Joachim Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (StGB), 4. Aufl., München 2021, § 184j Rn. 2: „Der Tatbestand wurde gegen alle Bedenken aus reinem *Populismus* im Rechtsausschuss durchgedrückt.“ Und Rn. 8: „Es handelt sich um eine der schlimmsten Verirrungen des Gesetzgebers in der Geschichte der Bundesrepublik, die mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht nichts zu tun hat.“ – Siehe aber auch § 231 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei).

§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik)

- 1 In gewisser Weise war alles, was wir bisher erörtert haben, zwar nicht trivial (denn es hat gelegentlich hinterfragt, ob das, was uns selbstverständlich erscheint, wirklich auf sicherem Grund steht). Dennoch haben wir die sozusagen höheren Sphären der juristischen Methode erst am Rande berührt. Deshalb müssen wir nun schauen, wie sich mit Hilfe dessen, was wir für die Rechtserzeugung (oder wenn man will: Rechtsproduktion) im einzelnen Fall beobachtet haben, nach und nach ein SINNZUSAMMENHANG entwickeln kann (zu diesem Begriff § 5 Rn. 40–59), den man „Recht“ nennen darf. Ein Recht, das diesen Namen verdient. Insoweit dürften die drei wichtigsten Thesen sein:
- 2 Erstens. Die Grundoperation des Rechts ist die **Bildung von Regeln**. Oder in den Worten des jungen Friedrich Carl von Savigny (1779–1861): „Gesetzgebung“¹ (!). Dabei ist unter „Gesetz“ das zu verstehen, was man im bundesdeutschen Rechtskreis „die Norm“ zu nennen pflegt: also eine *abstrakt-generelle* Regelung in der Struktur eines Wenn-dann-Satzes. Oder wie man es auch nennt: ein *Gesetz im materiellen Sinn*.²

Jede Entscheidung eines konkreten Falls beruht auf einer Regel. Entweder ist diese Regel „schon da“, oder sie wird für diesen Fall entwickelt – allerdings mit dem Anspruch, in allen folgenden Fällen, die diesem Fall gleichen, ebenfalls zu gelten.

Es gibt freilich auch Akte, die jedenfalls der Doktrin nach *keiner* Regel folgen – etwa Gnadenakte (man lässt „Gnade vor Recht ergehen“). Auf derartige Akte hat man keinen *Rechtsanspruch*. Letztlich lag darin der Clou in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes: Die lebenslange Freiheitsstrafe kann, ohne dass dies gegen die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG – Grundgesetz – verstieße, wirklich „lebenslang“ dauern. Es muss aber

„[dem] Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleib[en], je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren **gesetzlich zu regeln**.“³
- 3 Wenn man so will, ist dies das „Recht auf Rechte“, das die Menschenwürde uns verleiht.

1 So in der Methodologie-Vorlesung von 1802/03. In der Nachschrift eines berühmten Studenten heißt es: „Der Zweck der Rechtswissenschaft ist nun: die gesetzgebenden Funktionen eines Staates historisch darzustellen“ (*Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 13). Und in Savignys eigenem, fragmentarischen Manuskript: „Begriff der Jurisprudenz oder Gesetzgebungswissenschaft“, ferner: „Jeder Text soll *einen Theil der ganzen Gesetzgebung* aussprechen, (...)“ (*Friedrich Carl von Savigny*, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993, S. 87, 91 f.). – Den Hinweis verdanke ich *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983.

2 Gesetz im *formellen Sinn* sind hingegen alle Akte, die von der Legislative in dem für Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren beschlossen werden.

3 BVerfGE 45, 187 (Leitsatz 2) – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 45, Seite 187 [Fundstelle]); Hervorhebung J.L.

Die Formel vom „Recht, Rechte zu haben“⁴ stammt von der Philosophin Hannah Arendt (1906–1975) – sie wurde als Jüdin von den Nationalsozialisten verfolgt, konnte in die USA emigrieren und war dort u.a. als Professorin tätig. In der deutschen Jurisprudenz hat Christoph Enders (geb. 1957) diesen Gedanken in seiner Habilitationsschrift zur Menschenwürde⁵ entfaltet.

Zweitens. Regelbildung ist eine Sache der **Logik**. Sie ist letztlich von der Begriffsbildung nicht zu trennen – das haben wir, wie ich hoffe, in § 8 bis § 10 zur Genüge erörtert. 4

Sehr schön auch die Formulierung von Lübke-Wolff (geb. 1953): „Jede Regelbildung kann man als Begriffsbildung ansehen und umgekehrt.“⁶

Drittens. Regeln müssen aufeinander abgestimmt werden – dies ist Aufgabe der **Systembildung**. Auch diese Systembildung ist eine Sache der **Logik**. Sie beginnt auf unterer Ebene mit den logischen Beziehungen, die sich sozusagen a priori aus dem Inhalt einer Aussage „als solcher“ ergeben: Was verboten ist, kann nicht zugleich erlaubt sein (zu den Aussage- und Normquadraten s.o. § 5 Rn. 62–64). Schwieriger wird es, wenn ein und dasselbe Verhalten unter dem einen Aspekt verboten ist, unter einem anderen Aspekt aber nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten. 5

Beispiel aus der antiken Gerichtsrhetorik (oben § 2 Rn. 15): Im *gymnásion* (also in den Sportanlagen, vgl. englisch *gym*) dürfen keine Standbilder von Frauen aufgestellt werden – das ist Regel Nr. 1. Regel Nr. 2: Wer einen Herrscher umbringt, der sich zum Tyrannen entwickelt hat (aktuelle Beispiele gibt es zuhauf), von dem wird im *gymnásion* ein Standbild aufgestellt. Wie ist zu entscheiden, wenn eine Frau den Tyrannen getötet hat?

Zu Antigone später (unter III vor 1).

Wir werden sehen, dass die Systembildung auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen kann – Stichwort Fallrecht und Gesetzesrecht – und dass auch der Übergang von der Regel- zur Systembildung fließend ist. Ob man diese Regel- und Systembildung dann **Dogmatik** nennen will und, falls ja, ab welchem Grad an Kompliziertheit ein Begründungszusammenhang diese Bezeichnung verdient, das sollte man vorweg kurz klären. 6

Das (bundes-)deutsche Verständnis scheint zu sein: Dogmatik ist, wenn es kompliziert wird. Dies führt bisweilen aus der Sicht anderer Rechtskreise zu Befremden: *Oh My God! German Legal Dogmatics ...*⁷

I. Zum Begriff Dogmatik

Ich muss gestehen, dass ich zum Begriff Dogmatik ein gespanntes Verhältnis habe. „Dogma“ kommt von altgriechisch *dokeí moi*, das heißt: „es scheint mir (richtig zu sein), es ist meine Meinung“. Ein Dogma im altgriechischen Sinn erhebt daher 7

4 Hannah Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1955), 2. Aufl., München 1962, S. 444 (original: The Origins of Totalitarianism, 1951); gekürzte deutsche Ausgabe: Frankfurt a.M. 1958, S. 48 f.

5 Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997 (Studienausgabe 2019), S. 501–509, allerdings ohne Bezug auf Arendt.

6 Gertrude Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg/München 1981, S. 44.

7 Peter A. Windel, OMG – German Legal Dogmatics!, Baden-Baden 2020.

gerade nicht den Anspruch auf unumstößliche „Wahrheit“, auf Erkenntnis des wahren „Wesens“ eines Phänomens. Sondern nur – aber immerhin – auf „Richtigkeit“: eine Richtigkeit, die sich auf „die besseren Gründe“ stützt, ohne sich einer Diskussion dieser Gründe zu verschließen.

Im Sprachgebrauch der Theologie sind „Dogmen“ im strengsten Sinn in der Tat „Glaubenssätze, deren Anerkennung eine kirchliche Gemeinschaft von ihren Gliedern, oder wenigstens von ihren Lehrern, ausdrücklich fordert.“⁸ In einem weniger strengen Sinn ist „Dogmatik“ weitgehend synonym mit „Systematischer Theologie“ – und ähnelt dann durchaus der juristischen Dogmatik. – Dass die Jurisprudenz auch mit der Medizin eine gemeinsame Dogmatik-Tradition hat, ist weniger bekannt.⁹

Dem theologischen Sprachgebrauch verdankt das Wort „dogmatisch“ offenbar seine Konnotation von „stur, ideologisch, unempathisch“. – Konnotationen sind Bedeutungen, die in einem Begriff „mitschwingen“¹⁰ – etwa in dem Begriff „links“.

1. Definition: Bezug auf (a) *rechtliche* (b) *Richtigkeit*

8 Ich möchte daher schlicht und einfach wie folgt definieren:

Juristische Dogmatik ist die Lehre („Doktrin“) – besser die *Gesamtheit* der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen – *and nothing more pretentious*.¹¹

Wichtig daran ist vor allem, dass es allein um *rechtliche* Richtigkeit geht, nicht also um die politische oder wirtschaftliche Richtigkeit einer rechtlichen Entscheidung.

Wenn man daher auf einer rechtswissenschaftlichen Tagung hört, es solle im Recht „weniger Dogmatik, mehr Demokratie“ herrschen, dann klingt dies zunächst gut (Demokratie ist ja positiv konnotiert). Etwa in diesem Sinn: weniger juristisches Geheimwissen (vgl. § 10 Rn. 29 mit Hinweis auf Hegel), stattdessen mehr Regeln, die „für alle“ einleuchtend sind. Auf den zweiten Blick bedeutet es freilich: weniger Recht („Dogmatik“), mehr Politik („Demokratie“). Und dies wiederum heißt: mehr

8 Martin Elze, Dogma, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPPh), Band 2, Basel 1972, Nachdruck Darmstadt 2019, Spalten 275–277 (276), nennt dies den abgeschwächt katholischen Begriff.

9 Klassiker: Maximilian Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1981. These sogar (S. 5): „Es geht ... um den Nachweis, daß die Juristen ihren Dogmatik-Begriff aus der medizinisch orientierten Wissenschaftstheorie der Erfahrungswissenschaften [!!!] übernommen haben.“ Dieser Nachweis wird sodann von Platon, Aristoteles und Galenos über Cicero, das Mittelalter und die Renaissance bis hin zu Thomasius, Christian Wolff und Comte geführt; das Ende dieser Art von Dogmatik markieren dann Puchta und Ihering.

10 Beispiel bei Hans Hannappel/Hartmut Melenk, Alltagssprache. Semantische Grundbegriffe und Analysebeispiele, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131 (130): „Ein Bekannter, der seinem besten Doktoranden ein Empfehlungsschreiben mit auf den Weg gegeben hatte, erhielt neulich einen Anruf vom Dekan einer neu gegründeten Universität. ‚Darf ich fragen, Herr Kollege, was sie unter ‚bescheiden‘ verstehen? Hat Ihr Kandidat gute Umgangsformen, oder ist er einfach doof?‘“.

11 Vgl. Oliver Wendell Holmes, jr., The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“

Macht, hier: Macht der Mehrheit (und im schlimmsten Fall: von Demagogen, die sich zu Tyrannen entwickeln; schon Platon hat das beschrieben¹²).

Auf den dritten Blick heißt es schließlich sogar: weniger *Richtigkeit*, wenn nicht gar: Verzicht auf Richtigkeit. Recht, wie wir es verstehen, muss *begründen*, warum eine Regel richtig ist. Die Demokratie muss es nicht, da reicht die Mehrheit („Demokratie ist Ersatz für Wahrheit“¹³), und ein Wille zur Macht (bzw. zu mehr Macht) muss es auch nicht.

Zur Irreführung durch ein Konzept der deliberativen Demokratie s.o. § 5 Rn. 83.

Natürlich kann man sogar bestreiten, dass es überhaupt so etwas wie rechtliche *Richtigkeit* gibt (s.o. § 3 Rn. 41). Dann sollte man aber nicht mehr von Rechtswissenschaft sprechen, sondern vom Feuilletonteil der Politik.¹⁴

2. „Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall“

Was die Komplexität der Lehren angeht, die man Dogmatik nennen darf, bin ich ebenfalls sehr basisorientiert: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.¹⁵ Dogmatik beginnt, wenn man einem rechtlichen Entscheider einen zweiten Fall vorhält, der dem Fall, den er gerade entschieden hat, ähnelt – oder sagen wir: mehr oder weniger ähnelt. Der gewitzte Bauer, der seinen Guts- und zugleich Gerichtsherrn zu dem Rechtspruch verleitet, für die Verletzung einer Kuh („Tatbestand“) sei Schadensersatz zu leisten („Rechtsfolge“), argumentiert **dogmatisch**, wenn er sagt: „Übrigens, hoher Herr, es war nicht mein Hund, sondern eurer, und nicht eure Kuh, sondern meine.“

Und er argumentiert zugleich **logisch**, denn Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit, nach pragmatistischer Auffassung: der Folgerichtigkeit des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).

In diesem Sinn ist denn auch ein Fallrecht, um vorzugreifen, etwas Dogmatisches.

12 Platon, *Politeía* (auf Deutsch meist falsch übersetzt mit „Der Staat“), Buch 8. - Ein *aggiornamento*: Joachim Lege, „Politeía“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

13 Mündliche Äußerung von Bernd Rüthers; in seinen Schriften habe ich sie so leider nicht gefunden. – Plakativ anderer Ansicht Julian Nida-Rümelin, *Demokratie und Wahrheit*, München 2006, S. 37–47, prägnant S. 7: „Demokratie ohne Wahrheitsansprüche ist inhaltsleer.“

Das ist insofern richtig, als man auch in politischen Auseinandersetzungen bei Aussagen über *Tatsachen* schauen muss, was man seriös beweisen kann und was nicht. Falsch und gefährlich ist es hingegen, für die *Normen*, die einer politischen Überzeugung zu Grunde liegen, den Anspruch auf „Wahrheit“ zu erheben. Es lässt sich nicht beweisen, dass die Taliban dümmer wären als wir oder dass sie gar wider besseres Wissen so handelten, wie sie es tun, etwa in der Geschlechterfrage. Nein, sie glauben daran, erfüllen daher jedenfalls den Anspruch auf Wahrhaftigkeit. Dass *wir* diesen Glauben und die darauf beruhenden politischen Überzeugungen für „falsch“ halten, ist eine andere Frage, und es sprechen für die „Richtigkeit“ (nicht Wahrheit!) unserer Auffassung überwältigend gute Gründe. Aber *entscheiden* muss darüber – in der Demokratie – die Mehrheit, und wir können nur hoffen, sie von unseren Gründen zu überzeugen.

Besonders fatal ist es, wenn Menschen, die eine „rechtliche Richtigkeit“ leugnen würden, zugleich meinen, es könne eine „politische Wahrheit“ geben. Das ist entweder paternalistischer Hochmut oder Selbsttäuschung.

14 Christof Gramm hat einmal von den Juristen als „Willensveredlern“ gesprochen.

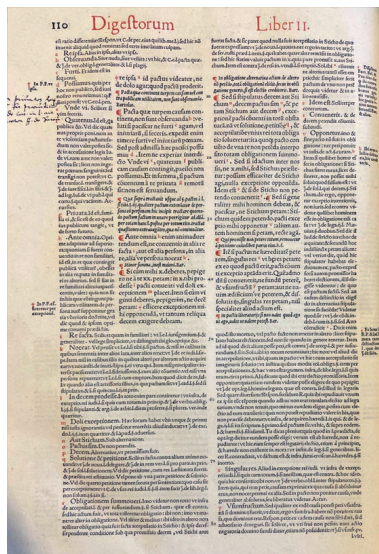
15 Joachim Lege, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (224).

Dass man dann über die Frage, ob die beiden Fälle im **Wesentlichen** wirklich gleich liegen, unterschiedlicher Meinung sein kann, liegt auf der Hand. Ebenso liegt auf der Hand, dass dies keine Frage der Macht sein sollte („nun, Bauer, das ist ganz was anders ...“) – in einem Recht, das diesen Namen verdient.

3. Andere Verständnisse von Dogmatik

- 10 Nur kurz sei erwähnt, dass man unter Dogmatik auch etwas anderes verstehen kann. So wird etwa vertreten, „Dogmatik“ sei all das, was es an rechtlichen Aussagen außerhalb des Textes der eigentlichen Rechtssätze, insbesondere der Gesetze („Normen“), zu deren Erläuterung und Interpretation gibt.¹⁶ Das erscheint wenig hilfreich, denn selbst zentrale Rechtsbegriffe tauchen manchmal in Rechtssätzen gar nicht explizit auf: § 104 BGB regelt nur, wer geschäftsunfähig ist, nicht aber, was das Gesetz unter Geschäftsfähigkeit versteht. Ist also „Geschäftsfähigkeit“ ein lediglich dogmatischer Begriff? Und ist daher die Überschrift zu Titel 1 des Abschnitts 3 von Buch 1 des BGB dessen eigene „dogmatische“ Anmerkung? Man sieht: „Normtext“ und Interpretation lassen sich schwerlich so exakt voneinander abgrenzen, dass man für das Verständnis von Dogmatik mehr als eine Äußerlichkeit gewonnen hat.

Diese Äußerlichkeit findet man geradezu bildlich in den mittelalterlichen Glossen und Kommentaren zum Römischen Recht: in der Mitte in großer Schrift die Überschrift des Codex Iuris Civilis, drumherum in kleinerer Schrift die Anmerkungen.¹⁷



16 Jannis Lennartz, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 171f.

17 Quelle: Digestum vetus. Digestorum seu Pandectarum Iuris enucleati ex omni iure veteri in libros quinquaginta collecti auctoritate sacratissimi principis D. Iustiniani Augusti Tomus primus (...) Lugduni/Lyon: Hugo a Porta 1552. Foto: Konstantin Liebrand – herzlichen Dank!

Häufig wird „Dogmatik“ auch zur Abgrenzung der sogenannten „Wissenschaft“ von der sogenannten „Praxis“ bemüht. Dies ist noch äußerlicher, denn unter „Wissenschaft“ wird dann lediglich und institutionell die akademische Rechtswissenschaft an den Universitäten verstanden, während „Praxis“ die Gerichte, Rechtsanwälte, Verwaltungsbehörden etc. sind.¹⁸ Wirklich „dogmatisch“ verfahren nach diesem Verständnis nur die akademischen Rechtswissenschaftler – dass dies Unsinn ist, liegt eigentlich auf der Hand.

11

Das Verhältnis von „Wissenschaft“ und „Praxis“ ist in Deutschland von einer Art Hassliebe geprägt. Einerseits verachtet man einander, andererseits freut sich jeder Richter über eine Honorarprofessur und jeder Professor darüber, wenn der BGH (Bundesgerichtshof) ihn zitiert oder wenn er im Neben- oder zweiten Hauptamt Richter an einem Kollegialgericht wird.

Besonders fragwürdig wird es schließlich, wenn man meint, „Dogmatik“ sei ein besonderes Kennzeichen der deutschen Rechtswissenschaft.¹⁹ Meist wird dies nämlich nur bedeuten, dass es in Deutschland eine größere Fülle an juristischer Literatur, demgemäß auch mehr überflüssige Literatur gibt als irgendwo sonst auf der Welt. Sollte es darüberhinaus bedeuten, dass die deutsche Jurisprudenz „systematisch“ verfährt und der Rest der Welt „kasuistisch“, wäre es allenfalls graduell wahr.

12

Anders gewendet: Wie sehr sich ein Recht durch Abstraktionen in die Tiefe ausdifferenziert, ist keine Frage des Ob, sondern des Wie von Dogmatik.²⁰

Und ob der mittlerweile hypertrophe *German Way of Law* eine Zukunft hat, wird durchaus bezweifelt.²¹

Um es daher zu wiederholen: Der Begriff Dogmatik dient zur Abgrenzung einer Argumentation, die auf *rechtliche* Richtigkeit zielt,²² von nicht-rechtlichen Argumenten (Politik, Wirtschaft, Moral, „Ethik“). Ob diese Dogmatik kurz und knapp oder weit-schweifig und ermüdend ist, hat mit dem Begriff Dogmatik nichts zu tun.

13

Dass Begriffe dazu dienen, Phänomene voneinander *abzugrenzen*, haben wir schon erwähnt (§ 10 Rn. 27).

18 So offenbar die Vorstellung von *Wolfgang Kahl*, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*, Tübingen 2020.

19 Z.B. *Lennartz*, *Dogmatik* (Fn. 16), S. 149 ff.; s. auch bei und in Fn. 7.

20 Man kann sich mit Recht fragen, ob es so viele Lehrbücher und Kommentare zum Grundgesetz, zum Strafgesetzbuch, zum BGB und zu allen möglichen sonstigen Gesetzen geben muss.

21 Siehe etwa den Diskussionsbeitrag von *Oliver Lepsius* zu dem Referat von *Uwe Kischel*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 77 (2018), S. 328–330. – Allerdings hat Lepsius einen durchaus eigenwilligen Begriff von Dogmatik (letztlich: Dogmatik ist, wenn es hypertroph wird), dazu die kurze Replik von *Kischel* S. 345.

22 Dies dürfte letztlich nicht so weit entfernt sein von der vielzitierten, den Aspekt der Richtigkeit aber durch den der „Anerkennung und Befolgung“ ersetzenden Definition von *Winfried Brohm*, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in: VVDStRL 30 (1971), S. 246: „Von einem strukturell-funktionalen Ansatz her kann man die Rechtsdogmatik als ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln verstehen, die als Bestandteile der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen.“ – Dass „Anerkennung und Befolgung“ nicht richtig sein kann, erweist sich schon daran, dass auch Mindermeinungen – und gerade sie! – zur „Dogmatik“ gehören.

II. Die Bildung von Regeln

Inwiefern vollzieht sich nun die Bildung von Rechtsregeln **logisch**?

1. Regeln als Programme zur Gleichbehandlung

- 14 Die erste Antwort ist eine erneute Wiederholung: Regeln – im Sinn von Wenn-dann-Sätzen, von Gesetzen (im materiellen Sinn) – garantieren Gleichbehandlung,²³ mit anderen Worten: logische Folgerichtigkeit (§ 4) in der Behandlung gleicher Fälle. Dies gilt mit Blick zurück in die Vergangenheit, aber auch, ja mehr noch, mit Blick auf die Zukunft. Jede rechtliche Entscheidung stellt eine Regel *für die Zukunft* auf, gerade dann, wenn sie eine völlig *neue* Regel aufstellt. (Peirce hat, wie wir uns erinnern, von dem Keim zur Verallgemeinerung gesprochen, der den Kern jeder Überzeugung – *belief* – bildet.²⁴)

Ein Beispiel, vor dem man nicht genug Ehrfurcht haben kann, ist die Einsetzung des Nürnberger Tribunals zur Verurteilung der Verbrechen des Naziregimes („Nürnberger Prozesse“).

Weniger erfreulich ist, dass diejenigen, die bestimmte Regeln aufstellen oder fordern, sich manchmal selbst von der Geltung dieser Regeln ausnehmen. In unserem Beispiel des Bauern war es der Gutsherr (§ 4 Rn. 9), beim Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag sind es die USA, die sich der Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit entziehen.²⁵ Sie sind dann eben „gleicher“ als die anderen.²⁶

Im Grunde folgt schon aus der Funktion des Rechts – „Stabilisierung normativer Erwartungen“²⁷ –, dass „Gleichbehandlung in der Zukunft“ bei der Produktion von Rechtsregeln das zentrale Anliegen sein muss.

2. Fallrecht und Gesetzesrecht

- 15 Wie schon angedeutet, herrscht im deutschen Juristenhorizont häufig die Vorstellung, das kontinentale Gesetzesrecht sei besonders regelorientiert, während sich das Fallrecht (*case law*) eher an der „Einzelfallgerechtigkeit“ orientiere. Das kontinentale Recht sei daher rationaler und voraussehbarer.

23 So schon Aristoteles, dazu sogleich unter III Rn. 35–39.

24 Charles Sanders Peirce, *The Architecture of Theories* (1891), in: CP 6.33 (Collected Papers, Bände 1–6, hrsg. von Charles Harthorne und Paul Weiss, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 6, Paragraph 33); deutsch in: *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 285; dazu schon oben § 6 Rn. 3.

25 Die USA sind dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofes nach wie vor nicht beigetreten und haben zudem durch bilaterale Abkommen mit Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten vereinbart, dass ihre Staatsangehörigen, die z.B. an einer Friedensmission der UN teilnehmen, dem ISTGH nicht überstellt werden dürfen (*Meinhard Schröder*, in: Alexander Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 9. Aufl., Berlin 2024, Siebter Abschnitt Rn. 56). Es mag dafür allerdings nachvollziehbare politische Gründe geben, siehe *Torsten Stein/Christian von Buttlar/Markus Kotzur*, *Völkerrecht*, 15. Aufl., München 2024, § 73 Rn. 14 f. und 26.

26 Natürlich ist dies eine Anspielung auf George Orwell, *Animal Farm*, London 1945.

27 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 131 ff.

a) Case law: Unterscheidung von ratio decidendi („rule“) und obiter dictum

Ob dies je zutrifft, mag offen bleiben – heute trifft es in dieser Deutlichkeit wohl kaum noch zu. Ganz im Gegenteil scheint das *case law* von der **Methode** her sogar **regelsensibler** zu sein als die deutsche Rechtsprechung. Gemeint ist die strikte Unterscheidung von *ratio decidendi* und *obiter dictum*. Sie hängt mit der Bindung der anglo-amerikanischen Gerichte an ihre eigenen Entscheidungen und die Entscheidungen der Obergerichte, die sogenannten **Präjudizien**, zusammen (sog. *stare decisis*).²⁸ Denn *woran* wird eigentlich gebunden? An jedes Wort jeder Entscheidung? Dies würde zu großer Unübersichtlichkeit und das heißt: Rechtsunsicherheit führen. Deshalb besteht eine Bindung nur an die *Regel*, nach der der Fall entschieden wurde (lateinisch: *ratio decidendi*), nicht aber an all das, was „nebenbei gesagt“ wurde (lateinisch: *obiter dictum*).

16

Dabei ist es natürlich eine Frage der Interpretation, welche Wendung in welches Kästchen gehört.

Sehr ärgerlich ist es, wenn ein – deutsches – Gericht Gesetze, die ihm nicht passen, mit Hilfe von *obiter dicta* aus der Welt schafft. So hatte das Bundesverfassungsgericht im Fall der Vermögensteuer eigentlich nur zu entscheiden, ob bei der Festsetzung der Steuer der Wert von Grundbesitz im Vergleich zum Kapitalvermögen zu niedrig angesetzt war, folglich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG vorlag (was zu bejahen war). Das Gericht hat dann aber weit ausgeholt und die Berechtigung der Vermögensteuer insgesamt derart gründlich in Frage gestellt,²⁹ dass der Gesetzgeber seine vom Gericht diktierte Aufgabe zur Nachbesserung gar nicht erst in Angriff genommen hat. Die Vermögensteuer ist folglich nach der vom Gericht gesetzten Frist eines stillen Todes gestorben.

17

b) Der Umgang mit Gesetzesrecht: wirklich stärker regelorientiert?

In der deutschen Jurisprudenz, und hier vor allem auch in der Rechtsprechung, besteht demgegenüber die Tendenz, aus vorangegangenen Gerichtsentscheidungen einzelne Textpassagen ohne jede Rücksicht auf deren Kontext gleichsam als Formeln auszuschnitten und sie mit weiteren Textpassagen zu einem Mosaik zusammenzubasteln, unter das der konkrete Fall „subsumiert“ wird, das aber eines nur selten ist: vorhersehbar.

18

Ich habe das einmal als Patchwork-Dogmatik bezeichnet.³⁰

Man weiß, mit anderen Worten, in manchen Rechtsgebieten selten oder nie, auf welche vorangegangenen Textpassagen sich das Gericht beziehen und stützen wird (und welche es mehr oder weniger bewusst verschweigt). *The prophecies of what the courts will do in fact* werden sich dann eher danach richten, welche politischen oder weltanschaulichen Ansichten ein Richter hat, als nach juristischer Dogmatik (zum Begriff s.o. Rn. 7–9).

28 Zum *stare decisis* – wörtlich: zum Entschiedenen stehen – siehe nur Uwe Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 5 Rn. 21 ff.

29 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).

30 Joachim Lege, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, München 2024, S. 227–248 (238–240).

- 19 Geradezu skandalös ist daher der Bedeutungswandel, den der Begriff Rechtssicherheit in den letzten Jahren erfahren hat.³¹ Rechtssicherheit bedeutete „früher“: Die Rechtsunterworfenen müssen „sicher“ wissen, was rechtens ist (lateinisch *certitudo*, englisch *certainness*), und sie können sicher sein, dass es durchgesetzt wird (*securitas*, *security*). Heute bedeutet „rechtssicher“ jedenfalls im Behördengebrauch: gerichtsfest.³² Wie muss die Behörde (oder ein Arbeitgeber im öffentlichen Dienst) eine Entscheidung begründen, damit das Gericht kein Haar in der Suppe findet?³³

3. Bindung an das Recht und Orientierung am Ergebnis

- 20 Zurück zur Regelbildung im Allgemeinen! Das *Rechts*problem, das sich bei der Bildung von Rechtsregeln stellt, ist im Grunde das Problem der gerade erwähnten Rechtssicherheit: Wie weit geht in einem konkreten Fall die Bindung an das, was das Gesetz oder das Präjudiz schon entschieden hat (wenn es denn klar ist), und wie weit verlangt das Ergebnis (das ja immer mitgedacht wird³⁴) etwas Neues?

Natürlich ist dies zugleich eine Frage der **Logik**: Welcher Begründungssyllogismus soll am Ende herauskommen? Welches ist der „gelungenste“? – Zum Begriff „Gelungenheit“ unten § 31 Rn. 86–102, §§ 33 und 34.

a) *distinguishing* und *overruling*

- 21 Die Methode des Fallrechts hat auch für dieses Problem eine sehr einleuchtende Lösung.³⁵ Wenn das Ergebnis nicht „passt“ (aus welchen Gründen auch immer), dann gibt es zwei Möglichkeiten:

Entweder liegt der Fall „ganz anders“ („ja, Bauer ...“) – dies zu begründen nennt man *distinguishing* (also den maßgeblichen Unterschied herausarbeiten).

Logisch betrachtet hat dies seinen Schwerpunkt auf der Ebene des *Falls*, genauer: im Bereich der Extension (des Begriffsumfangs³⁶): Ein Sitzstreik unterscheidet sich doch sehr von (Brachial-) Gewalt. Schau hin!

- 22 Oder aber man muss wirklich die *Regel* (*rule*) verändern, wenn nicht gar aufgeben, weil sie in die heutige Welt nicht mehr passt oder weil mittlerweile Gründe, die gegen sie sprechen, stärker wiegen als die Gründe, die früher für sie sprachen. Eine solche Aufgabe oder Änderung der Regel nennt man *overruling*.

31 Joachim Lege, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891 (887 f.).

32 Aufschlussreicher Titel: Markus Kuner, Personalauswahl im Öffentlichen Dienst. Einstellungsprozesse rechtssicher gestalten, Freiburg 2019. – Mittlerweile ergibt eine Internet-Recherche <16.08.2022> mit dem Stichwort „rechtssicher gestalten“ ein buntes Bild: Websites, Onlineshop, Verträge, Inklusion, Digitalisierung, „Connected things“ (*whatever that means* – immerhin ein Seminar des Beck-Verlags), schließlich sogar: Zukunft (in demselben Seminar). Kurz: Die neue „Rechtssicherheit“ ist auch in der Gesellschaft angekommen.

33 Kritisch zum Ganzen: Joachim Lege, Die arbeits- und beamtenrechtliche Konkurrentenklage in Deutschland, in: Roland A. Müller et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich 2020, S. 439–455.

34 Siehe oben etwa § 3 Rn. 36–40, § 5 Rn. 5, § 8 Rn. 14–21, § 9 Rn. 19, 29–31.

35 Kischel, Rechtsvergleichung, (Fn. 28), § 5 Rn. 29 f.

36 Siehe § 9 Rn. 21–23.

Ein etwas plattes Beispiel: Das sogenannte Kranzgeld, also der Entschädigungsanspruch der Verlobten, falls sie mit dem Verlobten Geschlechtsverkehr hatte und die Ehe dann doch nicht zustande kam, wurde von einem Amtsgericht (!) als nicht mehr zeitgemäß angesehen.³⁷ Die Vorschrift des § 1300 BGB³⁸ wurde deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG für verfassungswidrig erklärt und nicht mehr angewendet. (Dass das Amtsgericht dies selbst entscheiden durfte, also nicht zuvor das Bundesverfassungsgericht anrufen musste, folgt nach herrschender Dogmatik daraus, dass es sich bei § 1300 BGB um „vorkonstitutionelles“ Recht handelte, also um Recht, dass aus der Zeit vor dem Grundgesetz stammt.)

In der deutschen Rechtsprechung ist es sehr selten, dass ein Gericht ausdrücklich seine bisherige Rechtsprechung aufgibt. Stattdessen wird gern mit der geschilderten Textpassagen-Mosaikmethode mal dieses, mal jenes Ergebnis gerechtfertigt. 23

Ein solch seltener Fall, in dem das BVerfG sich mehr oder weniger ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung verabschiedet hat, betraf ein eher sprödes Problem: den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften, mit denen der Bund den Behörden der Länder „vorschreibt“, was sie zu beachten haben, wenn sie Bundesrecht vollziehen (also z.B. die Straßenverkehrsordnung oder das Versammlungsgesetz anwenden). Gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG (und auch Art. 84 Abs. 2 GG) ist zum Erlass dieser Allgemeinen Verwaltungsvorschriften allein die Bundesregierung (mit Zustimmung des Bundesrates) zuständig. Nach alter Auffassung durfte die Bundesregierung diese Befugnis auf einen einzelnen Bundesminister übertragen. Im Jahr 1999 hat das BVerfG diese Rechtsprechung aufgegeben (*overruling*) – und dies **dennoch** nur als „**Abweichung**“ ausgeflaggt³⁹ (was eher nach *distinguishing* klingt, nach einer bloßen Ausnahme von der Regel).

b) Die Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen

Ganz unabhängig davon, ob eine Rechtsordnung eher auf Fallrecht als auf Gesetzesrecht beruht, wird man nun zur Regelbildung ganz allgemein sagen können: 24

Regeln sind eine Verknüpfung von Voraussetzungen („wenn“) und Folgen („dann“). Gelungene Regeln beruhen daher auf einer vernünftigen oder guten oder, wie Lübbe-Wolff sagt, *angemessenen* Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen.⁴⁰

Ganz ebenso wie Syllogismen (vgl. § 6 Rn. 43–44, § 9 Rn. 29–31): Das Wort „Prämisse“ kann man relativ frei auch mit „Voraussetzung“ übersetzen, das Wort Konklusion mit „Folge“.

37 AG (Amtsgericht) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1720–1721; der Bundesgerichtshof hatte noch im Jahr 1974 die Verfassungsmäßigkeit des „Kranzgeldes“ bejaht: BGHZ 62, 282 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band 62, Seite 282).

38 Sie lautete: „Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.“ §§ 1298, 1299 regeln (auch heute noch) den Rücktritt vom Verlöbnis.

39 BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999). Der Leitsatz lautet: „Allgemeine Verwaltungsvorschriften für den Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes können gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich von der Bundesregierung als Kollegium mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden (Abweichung von BVerfGE 26, 338 [399]).“

40 Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 6), S. 80.

Wann aber ist eine solche Zuordnung „angemessen“? Und noch einen Schritt zuvor: Was darf man *im Recht* zur Voraussetzung machen? Nur das, „was im Gesetz steht“? Sodann: Welche Folgen sind gemeint (vgl. § 25)? Nur die unmittelbare *Rechtsfolge*, z.B. eine Strafe, oder auch das, was wiederum sie zur *weiteren* (Rechts-)Folge hat – sagen wir: die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis und dadurch den Verlust des einzigen „Geldverdieners“ in der Familie⁴¹? *Fiat iustitia [et] pereat mundus*? Auf Deutsch: Es geschehe Gerechtigkeit, auch wenn darüber die Welt zugrunde geht?⁴²

4. Von der Regel- zur Systembildung

- 25 Die letzten Überlegungen dürften zeigen: Regeln stehen nie isoliert da, sie stehen immer schon in einem Kontext mit weiteren Regeln, die es entweder schon gibt oder nach denen der Fall gleichsam schreit – etwa nach einer Ausnahme wegen eines Härtefalls. Dies ist dann der Beginn einer Systembildung, und wir werden sogleich sehen, dass so etwas schon bei Aristoteles vorkommt.

III. Systembildung: Regeln über den Umgang mit Regeln

- 26 Wenn Regeln erstens für Gleichheit, besser Gleich*behandlung* sorgen und wenn sie zweitens Voraussetzungen und Folgen miteinander verknüpfen, dann drängt sich zunächst die relativ einfache Frage auf: Was ist – von den Voraussetzungen her – gleich? So dass es gleich zu behandeln ist? Komplizierter wird es, wenn ein Sachverhalt den Voraussetzungen mehrerer Regeln entspricht, die unterschiedliche (Rechts-) Folgen anordnen. Was dann?

Wir denken erneut an die Tyrannentöterin und ihr Standbild (§ 2 Rn.15, oben Rn. 5).

- 27 Dann muss es offenbar Regeln über den Umgang mit Regeln geben, Regeln über ihr Aufeinanderabstimmen, wenn sie sich widersprechen – aber warum? Nun, offenbar aus Gründen der **Logik**: Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit des Handelns. Wenn nun aber die eine Regel in Widerspruch zu einer anderen steht – und beide gleichermaßen gelten –, dann *kann man nicht richtig handeln*. Die Griechen haben das Tragik genannt, manchmal handelt es sich aber auch um Zynismus.

Berühmtestes Beispiel für Tragik ist Antigone: Sie kann nicht zugleich dem Gebot des Königs Kreons und dem Gebot der Götter folgen. Nachdem sie den Göttern gehorcht hat, d.h. ihren Bruder notdürftig „begraben“, verurteilt Kreon sie zum Tode. Allerdings bringt sich dann, als Folge dieser Folge, auch sein Sohn Haimon um – er ist der Verlobte Antigones – und dann dessen Mutter, Kreons Frau.⁴³

41 Siehe auch § 24 Abs. 2 Ziff. 1 Beamtenstatusgesetz – BeamStG –. Gemäß dieser Vorschrift endet das Beamtenverhältnis, wenn der Beamte wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Strafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde. Auch hier dann immer im Hintergrund: Was wird aus der Familie?

42 Der Satz *fiat iustitia pereat mundus* entstammt nicht dem klassischen Latein. Es war der Wahlspruch des Habsburgers Ferdinand I., Kaiser des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation von 1558–1564.

43 *Sophokles*, Antigone (ca. 442 v. Chr.) – sozusagen das Urbild der altgriechischen Tragödie. Es gibt eine Unzahl von Ausgaben und Übersetzungen, zudem viele Bearbeitungen des Stoffs durch weitere Autoren, etwa durch den ehemals viel gespielten Jean Anouilh (1910–1987).

Beispiel für Zynismus: Der römische Kaiser Caligula erließ angeblich zum Begräbnis seiner Schwester zwei Regeln. Erstens: Wer bei der Beerdigung nicht weint, wird getötet (weil er die Schwester nicht genügend betrauert). Zweitens: Wer bei der Beerdigung weint, wird getötet (weil er nicht würdigt, dass die Schwester zur Göttin geworden ist).⁴⁴

Wie auch immer: Wenn Regeln sich widersprechen, dann muss man diesen Widerspruch auflösen. Unter Juristen nennt man dies: systematische Auslegung (bzw. Interpretation, s.o. § 10).

1. Zum Begriff „System“

Der Begriff System ist noch vieldeutiger als andere Grundbegriffe der Wissenschaft. Das Wort stammt aus dem Altgriechischen, kommt dort von dem Verbum *synhístanai*,⁴⁵ was zusammenstellen bedeutet, so dass *systemá* bedeuten kann: Bildung, Gebilde; aber auch: Gruppe, Abteilung; sogar: Verfassung; und in der Musik: Tonsystem, Akkord.⁴⁶ Wir wollen im Folgenden zwei Aspekte hervorheben. 28

a) Systeme als Wirklichkeiten

Unter deutschen Juristen, zumindest denen der älteren Generation, hat der Begriff der „sozialen Systeme“ im Sinn von Niklas Luhmanns Systemtheorie durchaus Furore gemacht. Am wichtigsten an ihr sind für uns zwei Dinge: Erstens der Satz *Es gibt Systeme*.⁴⁷ Systeme sind, mit anderen Worten, keine Hirngespinnste, sondern sie sind etwas Reales, etwas Wirkliches. 29

Auch wenn sie aus Normen bestehen! Ein Thema wie „Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit“⁴⁸ hätte Luhmann gewiss ein Lächeln entlockt.

Nebenbei: Luhmann unterscheidet „Normen“ von „Kognitionen“ (Erkenntnissen) dadurch, dass beides Erwartungen sind, und zwar entweder lernwillige (dann Kognitionen) oder lernunwillige (dann Normen). Diebstahl bleibt verboten, auch wenn dem Verbot zuwidergehandelt wird.⁴⁹

⁴⁴ Ich habe dies leider nicht verifizieren können, daher: *si non è vero è ben' trovato*.

⁴⁵ Die 1. Person Präsens Aktiv (unter der man das Verb in der Schule lernt) lautet: *synhístēmi*.

⁴⁶ Genauer: Skala (Tonleiter wie in den sogenannten Kirchentonarten, z.B. dorisch, lydisch, ionisch, phrygisch); Akkorde im Sinn von Mehrklängen gab es in der antiken Musiktheorie noch nicht. – Zu den Skalen bei Platon siehe Lege, „Politeía“ (Fn. 12), S. 51 f.

⁴⁷ Original-Ton Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 30: „Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, daß es Systeme gibt. (...) Der Systembegriff bezeichnet also etwas, was wirklich ein System ist, und läßt sich damit auf eine Verantwortung für die Bewährung seiner Aussagen [!, siehe § 5 II] an der Wirklichkeit ein.“

⁴⁸ So das erste Thema auf der Freiburger „Staatsrechtslehrertagung“ von 2007, siehe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 67 (2007) mit den Referaten von Christian Hillgruber und Uwe Volkmann. Begleitaufsatz dazu: Joachim Lege, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

⁴⁹ Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 47), S. 436–443.

- 30 Zweitens: Luhmanns Systemtheorie erschöpft sich nicht in den von ihm so bezeichneten „Funktionssystemen“ wie Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, sogar Kunst, Religion und Erziehungssystem, Massenmedien. Ganz im Gegenteil: Derartige Funktionssysteme, die, das ist der Witz daran, *unabhängig voneinander* funktionieren, sind ein Kennzeichen erst der modernen Gesellschaft, und sie können auch wieder verschwinden.

Man denke an die Taliban oder an einen weltweit entfesselten Kapitalismus („Wirtschaft“), der alles andere, einschließlich der politischen Systeme (insbesondere Staaten) und der natürlichen Lebensgrundlagen, „schluckt“.

Nebenbei: Die eigentliche „Gewaltenteilung“ oder besser: Machtaufteilung in der modernen Gesellschaft ist eben diese Ausdifferenzierung in Funktionssysteme. Die bekannte Trias „Legislative-Exekutive-Judikative“ ist demgegenüber, man möge mir verzeihen, sekundär.⁵⁰

- 31 Stattdessen unterscheidet Luhmann unter den realen Systemen, terminologisch ein bisschen abschreckend, *allopöietische* und *autopöietische* Systeme. Allopöietische Systeme sind solche, die von jemand anderem (griechisch *állos*) als sich selbst gemacht (griechisch *poieín*) sind – zum Beispiel Maschinen, Bewässerungsanlagen, ganz allgemein: technische Systeme. Autopöietische Systeme produzieren und reproduzieren sich hingegen selbst (griechisch *autós* – daher auch der Begriff Autonomie: Selbstgesetzgebung⁵¹) – gemeint sind zunächst lebende Organismen,⁵² aber auch „soziale Systeme“, die letztlich aus Kommunikationen bestehen (und deren Zurechnung als Handlung⁵³). So wie das Funktionssystem „Recht“: Es lebt in jeder Kommunikation, die sich auf den Code Recht/Unrecht bezieht.

Diese sozialen Systeme unterteilt Luhmann sodann in *Interaktionen* (z.B. ein Gespräch), *Organisationen* (z.B. ein Staat, ein Unternehmen, eine Universität) und *Gesellschaften*, die sich wiederum auf unterschiedliche Art „ausdifferenzieren“ können.⁵⁴ Also etwa in verschiedene Stände (Adel, Klerus, „Dritter Stand“) oder eben in „Funktionssysteme“.

Wie auch immer: Systeme sind offenbar etwas, das es in der Außenwelt gibt.

b) Systeme als logische Konstruktionen

- 32 Häufig wird der Begriff „System“ freilich nicht so sehr auf die Realität oder Wirklichkeit „da draußen“ bezogen, sondern auf deren Beschreibung. Das Periodensystem der Chemie (1869) erscheint dann eher als eine Konstruktion des Herrn Mendelejew, das

50 Nämlich eine Machtaufteilung allein im System „Politik“. Allerdings gibt es dort, wo die Gewaltenteilung selbst dort nicht (mehr) funktioniert, „keine Freiheit“, so vor allem Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), deutsch: *Vom Geist der Gesetze*, übersetzt von Ernst Forstthoff, 2. Aufl., Tübingen 1992, Buch XI Kapitel 6.

51 ... und eine kleine Ironie: das Automobil. Es fährt ja gerade nicht „von selbst“. Die Italiener sind also mit *la macchina* (sprich: mák'kina) viel näher dran.

52 Die Idee der Autopoiesis wurde ohnehin in der Biologie entwickelt: Humberto R. Maturana/Francisco J. Varela, *El árbol del conocimiento* (1984), deutsch: *Der Baum der Erkenntnis*. Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens, Bern etc. 1987.

53 Luhmann, *Soziale Systeme* (Fn. 47), S. 240.

54 Ganz knapp mit Skizze: Luhmann, *Soziale Systeme* (Fn. 47), S. 16.

„System des heutigen Römischen Rechts“ von 1840–49 als eine geistige Leistung des Kollegen von Savigny (was es ohne Zweifel ist).

Wichtig in unserem Kontext ist nun allerdings, dass diese Konstruktionen keine rein geistigen Gebilde sind, keine reinen „Denkkonstruktionen“. Vielmehr entsprechen sie in ihrer „Denklogik“ der sozusagen „Sachlogik“ des jeweiligen Bereichs der Wirklichkeit⁵⁵ (es gibt nur eine!, § 5 Rn. 44–46), auf den sie sich beziehen – oder genauer gesagt: Sie *müssen* dieser Sachlogik entsprechen, wenn sie für das Handeln brauchbar sein sollen.

Anders gewendet: Das, was der SINNZUSAMMENHANG Logik (§ 5 Rn. 52–59) uns denken lässt, kann den SINNZUSAMMENHÄNGEN „da draußen“ entsprechen oder auch nicht. Wir können uns irren. 33

„Systembildung“ als logische Konstruktion muss sich daher immer fragen lassen, ob die Unterscheidungen, die sie trifft, im Hinblick auf die (soziale) Wirklichkeit „angemessen“ sind.⁵⁶

Und dies gilt gerade auch für *normative* Systembildung.

2. Beispiele

In diesem Sinn sollen im Folgenden drei Beispiele von rechtlicher „Systembildung“ (also Dogmatik) vorgestellt werden, das heißt von Regeln über den Umgang mit Regeln. 34

a) Aristoteles über Gleichheit und Gerechtigkeit

Das erste Beispiel ist Aristoteles' berühmte Lehre von der Gerechtigkeit. Sie besteht in einer systematischen Aufgliederung des Gleichheitsgedankens – und wir sind bis heute nicht wesentlich weitergekommen.⁵⁷ 35

Das Folgende ist die heute gängige, von mir eine wenig angereicherte Interpretation.⁵⁸ Der Originaltext – das Buch V der Nikomachischen Ethik⁵⁹ – ist sprachlich überaus schwierig. Ich hatte einmal versucht, es gemeinsam mit zwei weiteren altsprachlichen Juristen-Kollegen zu übersetzen, wir haben es aufgeben müssen.

Aristoteles beginnt mit einer Prämisse, die er nicht weiter hinterfragt: Gerechtigkeit (*to dikaion*, wörtlich: das Gerechte) ist Gleichheit (*to íson*, mit kurzem i, wörtlich „das 36

⁵⁵ In *diesem* Kontext kann Wirklichkeit auch eine *fiktive* Wirklichkeit sein! Harry Potter! Oder genauer: Auch Fiktionen sind Teil der einen Wirklichkeit – aber eben als Fiktion.

⁵⁶ Stellen Sie sich ruhig einen Maßschneider vor.

⁵⁷ So auch Uwe Volkmann, Rechtsphilosophie, München 2018, Rn. 114–121 (114, 166). Und wenn einer *up to date* ist, dann Uwe Volkmann.

⁵⁸ Ähnlich schon Joachim Lege, Philosophie der Gerechtigkeit und Theorie der Rechtsverhältnisse. Ein Dialog zwischen Aristoteles und der Eigentumsdogmatik, in: Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur. Festschrift für Rolf Gröschner zum 70. Geburtstag, Tübingen 2018, S. 351–370.

⁵⁹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (ca. 335–323 v. Chr.). Auch hiervon gibt es eine Unzahl von Ausgaben und Übersetzungen, z.B. eine griechisch-deutsche Ausgabe mit der leicht antiquierten Übersetzung von Olof Gigon (2. Aufl., Düsseldorf 2007). In der Fachphilosophie maßgeblich dürfte die Ausgabe von Ursula Wolf sein (8. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2020). Mittlerweile gibt es aber auch Konkurrenz in Gestalt der Ausgabe von Dorothea Frede (2 Bände, Berlin etc. 2020).

Gleiche“) Aber was „ist“ gleich? Aristoteles geht es ganz pragmatisch, also handlungsorientiert an:

- (1) Es gibt eine allgemeine Gerechtigkeit (auf Latein⁶⁰: *iustitia generalis*, auch *iustitia legalis*), sie besteht in der Gesetzmäßigkeit (also Gesetzesgehorsam ebenso wie Gesetzesanwendung). Denn Gesetze (lateinisch *leges*, griechisch *nómoi*), verstanden als Wenn-dann-Regeln, garantieren Gleichbehandlung.
- 37 (2) Wo man etwas durch Gesetz nicht regeln kann oder sollte, z.B. die Kaufpreise auf dem Markt oder die Ämter im Staat, gilt die besondere Gerechtigkeit (*iustitia specialis*), die sich in zwei Unterarten aufgliedert, nämlich die berühmte
- (a) ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*), sie ist in von mir so bezeichneten Gegenseitigkeitsverhältnissen (altgriechisch: *synállágmata*)⁶¹ anzuwenden: Der Wert der Leistung (z.B. Kaufpreis) muss dem Wert der Gegenleistung (z.B. der Kaufsache) entsprechen; oder nach einem Unfall der Wert der beschädigten Sache dem Wert des Schadensersatzes;
- im ersten Fall spricht Aristoteles von einem freiwilligen (*hekón*), im zweiten Fall von einem unfreiwilligen (*ákōn*) Gegenseitigkeitsverhältnis (*synállagma*);
- (b) austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*), sie ist anzuwenden, wenn jemand etwas zu verteilen hat, vor allem Geld (*nómisma*, daher die Numismatik) oder Ämter und Ehren (*timai*): Dann bekommt jeder seinen Anteil proportional zu seinem Verdienst (also etwa die Professorin ein doppelt so hohes Gehalt wie ihr Assistent).
- 38 (3) Schließlich kann es geschehen, dass bei der Anwendung des Gesetzes eine Härte eintritt, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat. Wenn dies der Fall ist, muss man die Gleichbehandlung korrigieren, etwa, indem man in diesem Fall eine Ausnahme macht. Dann darf, beispielsweise, der Eigentümer seine Denkmalvilla, die ihm nur noch Kosten verursacht, trotz des Denkmalschutzes doch abreißen.⁶² Aristoteles nennt dies die *epieíkeia*, was man früher unbefangen mit „Billigkeit“ übersetzt hat. Weil aber „billig“ heute eher abwertend verwendet wird („wer billig kauft, zahlt drauf“), dürfte „Angemessenheit“ mittlerweile besser passen.
- Es dürfte auf der Hand liegen, dass dies ein System ist, und zwar ein logisches System.
- 39 Es findet in der heutigen Dogmatik übrigens gleich zweimal eine verblüffende Parallele: Im Bürgerlichen Recht unterscheidet man ganz ebenso wie Aristoteles die Schuldverhältnisse „aus Vertrag“ (bei Aristoteles: „freiwillig“ – *hekón*) und die

60 Dies, weil die Lehren des Aristoteles in der mittelalterlichen Philosophie der Scholastik (siehe § 1 Fn. 5), insbesondere bei Thomas von Aquin (ca. 1225–1274), aufgenommen und – ins Lateinische übersetzt – weitergegeben wurden.

61 Juristen denken hier natürlich sofort an das bis heute so bezeichnete „Synallagma“ im gegenseitigen Vertrag, siehe dazu etwa Dirk Looschelders, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2023, § 15 Rn. 14–23 (15, 17).

62 Klassisch: BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla (1999). Das BVerfG selbst hatte den Abriss noch nicht erlaubt, dies oblag erst dem Fachgericht, an das der Fall zurückverwiesen wurde. Das BVerfG hatte lediglich festgestellt, dass es für die Verweigerung der Abrissgenehmigung keine hinreichende gesetzliche Grundlage gab.

Schuldverhältnisse „aus Delikt“ oder auch: „unerlaubter Handlung“ („unfreiwillig“ – *ākōn*).⁶³

Die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG entspricht im Wesentlichen der Unterscheidung von *iustitia legalis* (Inhalts- und Schrankenbestimmung „durch Gesetz“, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), *iustitia commutativa* (Enteignung nur gegen angemessene Entschädigung, Art. 14 Abs. 3 GG) und *epieleia* (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung; sie ist ein Produkt der Dogmatik, übrigens ganz primär des Bundesverfassungsgerichts⁶⁴, und wir werden noch einige Male darauf zurückkommen).⁶⁵

b) Allgemeiner Teil und Besonderer Teil

Das zweite Beispiel lässt sich kurz fassen: Es ist die Aufgliederung eines Gesetzes (oder eines Rechtsgebietes) in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil. Dies ist, wie es scheint, in der deutschen Rechtswissenschaft besonders beliebt.

40

- Am leichtesten zugänglich ist insofern – vor allem für Nicht-Juristen – das Strafgesetzbuch (StGB): Es enthält im Allgemeinen Teil die Vorschriften, die für jede Straftat zu beachten sind, nämlich vor allem
 - den Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*, § 1 StGB), so dann
 - die Vorschriften, die sich am allgemeinen „Verbrechensaufbau“ orientieren (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld): also etwa Versuch und Irrtum; Täterschaft und Teilnahme; Notwehr und Notstand; schließlich
 - Vorschriften über die Rechtsfolgen, also die Strafen und die „Maßregeln“.

Der folgende Besondere Teil ist dann nur noch eine Art Untaten-Liste (die freilich weiter untergliedert ist nach Straftaten gegen das Leben, gegen das Vermögen, gegen die Ehre usw.).

Dass der „Verbrechensaufbau“ sich *in nuce* schon in der Antiken Gerichtsrhetorik findet, haben wir erwähnt (*statūs rationales*, § 2 Rn. 9–12).

- Sehr viel schwerer zugänglich (und für Studienanfänger oft ein Schock) ist der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Er zieht „vor die Klammer“ äußerst abstrakte Begriffe wie „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“, deren Bedeutung für die dann folgenden vier Bücher – Recht der Schuldverhältnisse (bei dem es einen weiteren Allgemeinen Teil gibt), Sachenrecht, Familienrecht (!), Erbrecht (!) – sich nicht ohne weiteres erschließt. Möglicherweise ist dies also, so bewundernswert die intellektuelle Leistung der Autoren des BGB bleibt, ein Tick zu viel.⁶⁶ Und man wür-

41

63 Mehr dazu unten § 18 Rn. 10–14.

64 Deshalb noch einmal: Dogmatik ist keineswegs nur das, was die „akademische Rechtswissenschaft“ an den Universitäten produziert.

65 Einführend *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Teil 1: Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, S. 507–518.

66 Es wäre interessant zu fragen, ob ein Zuviel an „Rationalität“, ein Zuviel an „System 2“ (siehe unten § 35 II) schädlich ist. Vielleicht ist die Bibel aufschlussreich: „Man soll dem Ochsen, der da drischt, das Maul nicht verbinden“ (5. Buch Mose, Kapitel 25 Vers 4). Wenn man denjenigen, der die Arbeit macht, übermäßig kontrolliert, verliert er die Lust.

de mit einer Aristoteles-artigen Untergliederung in „Vertrag und Delikt“ jedenfalls nicht schlechter fahren?⁶⁷

c) Der Stufenbau der Rechtsordnung und das Prüfschema für Verwaltungsakte

- 42 Das dritte Beispiel ist am deutlichsten darauf angelegt, Regelkonflikte zu lösen, nämlich dadurch, dass es eine höherrangige und eine niederrangige Norm gibt und die höherrangige der niederrangigen vorgeht. So lautet Art. 31 GG etwa ganz schlicht: „Bundesrecht bricht Landesrecht“.

Etwas komplizierter ist die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung.⁶⁸ Sie begreift das gesamte Recht eines Staates⁶⁹ als eine Art Pyramide, an deren Spitze die Regeln der **Verfassung** stehen. Diese regeln vor allem (a) *formal*, wie die Regeln auf unterer Stufe, also die sogenannten einfachen Gesetze, zustandekommen (Stichwort Bundestag und Bundesrat); sie regeln aber auch (b) *material*, welchen Inhalt diese Gesetze haben dürfen (insbesondere dürfen sie nicht gegen Grundrechte verstoßen). Wenn diese **Gesetze** sich nun nicht nur „an den Bürger“ wenden, sondern auch an Verwaltungsbehörden – sagen wir: an die Straßenverkehrsbehörde, die eine Fahrerlaubnis erteilen soll –, dann enthält das jeweilige Gesetz, hier u.a. das Straßenverkehrsgesetz (StVG), ebenfalls Regeln darüber, wie die Behörde (a) *formal* zu verfahren hat (Stichwort: Zuständigkeit, Verfahren, Form) und was (b) *material*-inhaltlich die Voraussetzungen für die Erteilung der Fahrerlaubnis sind. Diesen Anforderungen muss der konkrete **Verwaltungsakt**, mit dem die Behörde die Fahrerlaubnis erteilt oder dies verweigert (weil die Voraussetzungen nicht vorliegen), genügen. Der Verwaltungsakt muss, wie man sagt, *formell und materiell rechtmäßig* sein.

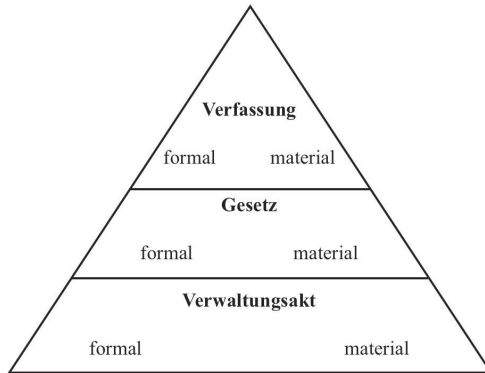
- 43 Logisch-methodisch hat dies nun zur Konsequenz, dass man mehrere Ebenen „durchprüfen“ muss, und zwar jeweils unter den Aspekten „formaler“ und „materialer“ Anforderung.

67 Filippo Ranieri, Die deutsche Pandektistik. Europäischer Aufstieg und Niedergang eines rechtswissenschaftlichen Modells, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 417–442, zusammenfassend S. 440–442.

68 Bekanntester Vertreter: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig etc. 1934 (zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008), S. 62–89 (S. 73–99); 2. Aufl., Wien 1960 (Nachdruck 1992), S. 228–282. Zumindest Mitstreiter, wenn nicht gar verantwortlich für die Initialzündung: Adolf Julius Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–464, zitiert nach: Gesammelte Schriften, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly et al., Erster Band, Erster Teilband, Berlin 1993, S. 227–252.

69 Ob und inwieweit sich dies auf das Völkerrecht übertragen lässt, diese Frage hat Kelsen sehr umgetrieben: Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. (Fn. 68), S. 129–154 (S. 138–162); 2. Aufl. (Fn. 68), S. 321–345.

Bildlich-pyramidal:



Logisch-systematisch ergibt sich daraus geradezu von selbst ein Prüfschema, wenn man das Schaubild um 90 Grad nach rechts dreht: 44

Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (VA)

1. Formelle Rechtmäßigkeit des VA

a) Gesetzliche Grundlagen (z.B. VwVfG, StVG)

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage

2. Materielle Rechtmäßigkeit des VA

a) Gesetzliche Grundlage (z.B. StVG)

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage

3. Ergebnis

In vielen Fällen wird vieles in diesem Schema unproblematisch sein, hier soll nur klar werden: Das Schema setzt logisch-folgerichtig um, was sich aus dem SINNZUSAMMENHANG, aus dem „realen“ System des Straßenverkehrsrechts (als Teil des Öffentlichen Rechts) folgerichtig für diesen konkreten Fall ergibt. 45

Das Schema kann sich, nebenbei, noch verkomplizieren, wenn zwischen Gesetz und Verwaltungsakt eine Rechtsverordnung eingeschaltet wird, etwa die Straßenverkehrsordnung (StVO), aufgrund derer man einen Bußgeldbescheid („Knöllchen“) bekommt. Dann muss auch diese Rechtsverordnung formell und materiell dem Gesetz genügen, auf dessen Grundlage sie erlassen wurde (hier § 6 Abs. 1 Nr. 2 StVG), und dieses ermächtigende Gesetz muss gerade auch im Hinblick

auf die Ermächtigung verfassungsmäßig sein (siehe dazu Art. 80 GG⁷⁰). Wie man dies **methodisch**-gliederungstechnisch „auf die Reihe bekommt“, ist manchmal gar nicht so leicht.

Weiteres zu den juristischen Schemata unten § 23. Und bereits hier ein Bonmot meines Greifswalder Kollegen Uwe Kischel: *Schemata sind geronnene Dogmatik*.

3. Die Logik und die Kontingenz der Systembildung

- 46 Die drei Beispiele sollten zunächst und vor allem zeigen, dass auch und gerade die Systembildung, also die Bildung von Regeln über den Umgang mit Regeln (*rules about rules*), eine Sache der **Logik** ist. Dies gilt, weil sich Regel- und Begriffsbildung nicht voneinander trennen lassen, natürlich auch für die systematische Bestimmung des Verhältnisses von Begriffen zu anderen Begriffen („Vertrag“ ist ein Unterfall von „Rechtsgeschäft“).
- 47 Darüberhinaus zeigen die Beispiele, dass bei der Systembildung ganz unterschiedliche Aspekte eine Rolle spielen können. Sie kann auf der Beobachtung verschiedener Interessenkonstellationen in der Lebenswelt beruhen – so Aristoteles' Ausdifferenzierung der Gleichheit, um den Begriff „Gerechtigkeit“ *more manageable* zu machen. Das System kann aber auch aus Gründen der Übersichtlichkeit versuchen, im Wege der Abstraktion gewisse Gemeinsamkeiten aller oder vieler Fallkonstellationen vor die Klammer zu ziehen – Stichwort „Allgemeiner Teil“; ob dies immer zweckmäßig ist, ist eine zweite Frage.

So kann man zumindest für das Jurastudium fragen, wie sinnvoll es im sogenannten Allgemeinen Verwaltungsrecht ist, den abstrakten Begriff des Verwaltungsakts derart ins Zentrum zu stellen – und den armen Studenten vom so vielgestaltigen Besonderen Verwaltungsrecht kaum mehr als einen kleinen Ausschnitt zu zeigen. Folglich haben sie davon zum größten Teil keine Ahnung. – Zum BGB schon oben unter 2 b.

- 48 Eine weitere Systembildung kann auf Hierarchie setzen, also auf Über- und Unterordnung, so die Lehre vom Stufenbau der Verfassung.

Das zuletzt genannte Beispiel macht vielleicht besonders deutlich, dass alle Systematisierungen irgendwann einmal erfunden werden mussten. Im Fall des Vorrangs der Verfassung lässt sich dies nach h.M. (herrschender Meinung) ziemlich genau datieren auf den 24. Februar 1803: An diesem Tag verkündete der Supreme Court der USA sein Urteil in der Sache *Marbury v. Madison*⁷¹ – eine Entscheidung, die allerdings schwer verständlich ist und methodologisch mehr als angreifbar. In den Worten Bruggers, auch im Original mit Ausrufezeichen: Die meisten Argumente (...) – und gerade die berühmtesten und wirkungsträchtigsten – [sind] reine obiter dicta!“ (zu den obiter dicta oben II 2 a). Daher das Fazit: „eine strategische Meister-

70 Wortlaut: „Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. (...)“.

71 Entscheidungen des Supreme Court, Band 5, S. 137, aus dem Jahr 1803; abgekürzt: 5 U.S. 137 (1803).

leistung in resultatbewusster Rechtskonkretisierung und Verfassungspolitik!“⁷² – Die Väter der amerikanischen Verfassung hatten diesen Vorrang des Verfassungsrechts noch nicht „auf dem Schirm“.⁷³

Insgesamt wird man Systembildung daher als *kontingent* begreifen müssen: nicht notwendig, aber auch nicht willkürlich. Es ist nicht notwendig, die Dogmatik zur Gerechtigkeit, zum Bürgerlichen Recht und zur Rechtsordnung als Ganzem so zu konzipieren, wie wir es heute gewohnt sind. Es ist aber kaum vorstellbar, dass dies eine völlig freie Erfindung ist – die man ohne größere Schwierigkeit durch eine andere, völlig freie Erfindung ersetzen könnte.

49

Kontingent ist insbesondere auch das gängige Prüfungsschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs“. Erfunden wurde es im Jahr 1985 von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink in ihrem Lehrbuch „Staatsrecht II – Grundrechte“.⁷⁴ Dass damit zuallererst ein bestimmtes Verständnis von Staatsrecht „transportiert“ werden sollte, dürfte den meisten Juristen kaum bewusst sein.

IV. Resümee: Die „Passung“ der rechtlichen Systembildung auf die Welt

Das Zweite Kapitel handelte von der Logik der Rechtsproduktion (oder, mit einer anderen Metapher: Rechtserzeugung). Es hat begonnen mit einer Neuinterpretation des Gängigen (Justizsyllogismus, Subsumtion, Interpretation), und es endet nun damit, dass die „gedanklichen Schemata“, mit denen wir die Welt logisch erfassen wollen, irgendwie auf diese Welt, genauer, auf deren jeweilige SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 5 Rn. 40–59) passen müssen.⁷⁵ Damit ist letztlich unterstellt, dass auch in diesen SINNZUSAMMENHÄNGEN eine Logik – ihre eigene, jeweilige Logik⁷⁶ – waltet (man denke jetzt ruhig an die Logik, die auf unserem Planeten das Klima bestimmt).

50

Und das Recht sollte diesen SINNZUSAMMENHÄNGEN, mit seiner Methode, gerecht zu werden versuchen. Ganz ebenso wie sich selbst.

72 Winfried Brugger, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, in: Juristische Schulung (JuS) 2003, 320–325 (325).

73 Auf welch höchstem Niveau die Diskussion über die Verfassung von 1787 geführt wurde, zeigt eine Serie von 85 Artikeln dreier Autoren, die in verschiedenen New Yorker Zeitungen veröffentlicht wurde, um das Volk zu überzeugen, der Verfassung zuzustimmen. Die Artikel wurden später zusammengefasst unter diesem Titel: *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, The Federalist Papers*, New York 1788; deutsch: *Die Federalist Papers*, hrsg. und übersetzt von Barbara Zehnpfennig, Darmstadt 1993.

74 Erscheinungsort: Heidelberg; mehr dazu § 23 Rn. 9–17.

75 Der Begriff „Passung“ stammt aus der Evolutionären Erkenntnistheorie (Gerhard Vollmer, Konrad Lorenz); knapp dazu *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 267–269.

76 Luhmann würde wohl sagen: Systemrationalität.

§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2

Wir wollen auch die §§ 8 bis 11 in einer Übersicht¹ und in 15 Thesen zusammenfassen.

I. Übersicht zur juristischen working logic

A. Der Vollständige Juristische Syllogismus

Regel – Fall – Ergebnis

Fünfgliedrig (mit „indem-Satz“) oder siebengliedrig

B. Die Subsumtion: Hin- und Herwandern des Blicks

Extension (Begriffsumfang) und Intension (Begriffsinhalt)

Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung (Interpretation)

C. Die Interpretation

1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen (Rechts-)Begriff

2. Die Interpretation von (Rechts-)Sätzen als Zeichen für Aussagen („Normen“)

3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge

D. Regel- und Systembildung (Dogmatik)

1. Zum Begriff Dogmatik

Dogmatik ist die Lehre – oder Gesamtheit der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen.

Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

2. Die Bildung von Regeln

Regeln sind Programme zur Gleichbehandlung.

Insbesondere: Fallrecht und Gesetzesrecht

3. Regeln über den Umgang mit Regeln

II. Lehrsätze zur juristischen working logic

A.

1. Auch das juristische „Denken“ (Argumentieren, letztlich Handeln) ist durch und durch logisch.

Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – letztlich: des Handelns. Und Folgerichtigkeit ist ein Gebot der Gerechtigkeit.

2. Der große Rahmen, in dem das juristische Denken und Handeln zum Abschluss kommt, ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS).

Er besteht in seinem äußeren Rahmen aus Regel – Fall – Ergebnis.

¹ Man erinnere sich an die letzte Regel in Descartes' „Discours de la méthode“ (1637), s.o. § 1 Rn. 6.

3. In diesen äußeren Rahmen ist das, was man „Subsumtion“ nennt, logisch eingebaut.

Der Begriff Subsumtion wird in der Jurisprudenz doppeldeutig verwendet. Er bezeichnet zum einen die Unterordnung eines Unterbegriffs unter einen Oberbegriff, zum anderen und vor allem die Unterordnung eines außerrechtlichen SINNZUSAMMENHANGS („Lebenssachverhalts“) unter den SINNZUSAMMENHANG des Rechts („Rechtsnorm“).

In diesem zweiten Sinn präzisiert die NJML: Subsumtion ist die gegenseitige Zuordnung von Begriffsumfang („Extension“, das sind die Objekte, die unter den Rechtsbegriff fallen) und Begriffsinhalt („Intension“, das sind die Merkmale, die den Rechtsbegriff bestimmen).

B.

4. Das gängige Schema zur Fallbearbeitung – „Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis“ – ist nicht falsch. Aber es bleibt an der Oberfläche.

Es suggeriert zudem eine Art Automatismus, der ganz so einfach nicht (oder jedenfalls nicht immer) funktioniert.

5. Hinter diesem Schema stecken vielmehr drei logische Spielfelder, die im VJS (Lehrsatz 2) ineinander verflochten sind. Schlagwortartig: Konklusion – Intension (Begriffsinhalt) – Extension (Begriffsumfang).

a) „Konklusion“ meint den sogenannten Justizsyllogismus: Wenn Tatbestand (Voraussetzung), dann Rechtsfolge (Ergebnis); hier Tatbestand (+); also Rechtsfolge (+).²

b) „Intension“ ist die Bedeutung von Begriffen und Aussagen auf dem Spielfeld der Rechtssprache: „Gewalt ist zu definieren als ...“

c) „Extension“ ist die Bedeutung von Begriffen und Aussagen der Rechtssprache, wenn man sie auf ein Spielfeld in der Um-Welt des Rechts bezieht: „Ein Sitzstreik ist (ein Fall von) Gewalt/keine Gewalt.“

6. Zwischen diesen Spielfeldern gibt es keine „Klüfte“. Sie sind vielmehr logisch ineinander verflochten. Es hängt alles mit allem zusammen, und alles ist (mehr oder weniger) variabel.

Genau besehen besteht das logische Ineinander aus drei Arten von Schlussfolgerung: Deduktionen, Induktionen und Abduktionen³.

Was auf diese Weise ineinander verflochten wird, sind verschiedene SINNZUSAMMENHÄNGE (oder Aspekte) der *einen* Wirklichkeit, die uns freilich nicht absolut als Ganzes, sondern nur in einzelnen „Wirklichkeiten“ zugänglich ist: z.B. in der „rechtlichen Wirklichkeit“, in den „Wirklichkeiten da draußen“⁴, sogar in der „Logik als Wirklichkeit“.

2 Für Nichtjuristen: (+) bedeutet „liegt vor, ist zu bejahen“.

3 Abduktionen sind, um es kurz zu wiederholen, ein Zusammenschluss von Schlüssen.

4 Dass zu den „Wirklichkeiten da draußen“ auch Fiktionen und *fake* zählen – Romane, Filme, Verschwörungstheorien –, wird nicht übersehen, soll aber nur in der Fußnote erwähnt werden. *Fake* und *fiction* sind sozusagen „Wirklichkeiten von Nicht-Wirklichkeiten“: Sie entfalten wirklich Welten, die nicht wirklich sind.

7. Für die rechtliche Interpretation und Argumentation ist entscheidend: Welches der drei Spielfelder führt für die Entscheidung zu einem schlagenden Argument?

a) Auf dem Spielfeld der Extension (oder wenn man will: dem Feld des Falls) kann man z.B. argumentieren: Ein geplanter Schweinestall direkt vor der Nase von Wohnhäusern ist „jeden-falls“ (!) ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme.⁵ Oder: Eine gewaltfreie Aktion ist doch keine Gewalt!

b) Auf dem Spielfeld der Intension kann man z.B. argumentieren: Den Begriff „Gewalt“ (oder auch, ganz aktuell, „Vergewaltigung“) sollte man im Strafrecht nicht anders definieren als in der Alltagssprache – das Strafrecht richtet sich nun einmal an uns alle.

c) Auf dem Spielfeld der Konklusion kann man z.B. argumentieren: Wenn man im Fall „Herrenreiter“ streng nach dem Gesetz ginge, hätte dies unerträgliche Folgen.⁶ Oder: Wenn man die Klimakleber wegen Nötigung verurteilt, muss man dies auch im Fall von Lkw- oder Bauernblockaden tun.

8. Wie schlagend ein Argument auf einem dieser drei Spielfelder ist, zeigt sich letztlich aber erst im Zusammenspiel mit seinen Auswirkungen auf den anderen beiden Feldern.

Klassische Frage z.B.: Wollen wir hier einen Präzedenzfall schaffen?⁷

C.

9. Aus alledem ergibt sich: Die Kunst der Subsumtion ist die Kunst des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS).

Kurz: Regel, Fall und Ergebnis müssen „zusammenpassen“.

10. Hinzuzufügen bleibt: Die größte Kunst des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) ist die Kunst des Weglassens.

Man muss nicht alle Definitionen, die man kennt, nicht alle Präjudizien und „Meinungen“ vollständig wiedergeben. Sondern nur das, worauf es ankommt – im Hinblick auf das schlagende Argument.

11. Nicht vergessen darf man schließlich: In jedem Rechtsfall hat auch die Gegenseite ihren Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), und in jedem interessanten Rechtsfall hat dieser VJS einiges für sich.

Ein Rechtsfall ist daher erst dann *wirklich* „rechtlich gelöst“, wenn man diesen gegnerischen VJS – bzw. die Argumente, die ihn stützen – widerlegt hat.⁸

D.

12. Auch jenseits des Einzelfalles gilt: Die Logik höret nimmer auf.

⁵ Mehr dazu § 17 Rn. 16–39. Das objektiv-rechtliche „Gebot der Rücksichtnahme“ war in eben diesem Fall gerade erst erfunden worden – welch ein Zufall.

⁶ Mehr dazu § 27 I.

⁷ Oder wie es ein hoher Richter einmal sagte: Wieviel müssen wir in den Obersatz hineinschreiben? – „Obersatz“ hier gemeint als die Regel, nach der der Fall entschieden werden soll (Fikentscher hätte gesagt: Fallnorm). Mehr dazu: § 34 Rn. 56–62.

⁸ Wenn man so will, ist dies eine Konsequenz aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs: *audiatur et altera pars* – auch die andere Seite muss gehört werden. Das Gehörte darf eben nicht nur in das eine Ohr hineingehen und aus dem anderen Ohr unverändert wieder herauskommen.

In jeder Entscheidung steckt eben ein „Keim zur Verallgemeinerung“ (Peirce). Und Verallgemeinerung heißt: Regelbildung.

13. Hauptaufgabe der Jurisprudenz ist – wie die Aufgabe jeder Wissenschaft – die Bildung und Kritik von Regeln.

Regeln sind das Herzstück der Logik. Sie anwenden heißt: logisch handeln. Ganz ebenso aber auch: sie aufstellen.

14. Regeln können sich ergänzen, aber auch widersprechen – das ist eine banale Beobachtung. Weniger banal ist, Regeln zu (er)finden, wie man mit solchen Widersprüchen umgeht.

Jedenfalls aber ist es eine Frage der Logik. Dass „Wertungen“ einfließen, ändert daran nichts: Sie sind – als erste Prädikate – die emotionalen Bestandteile der juristischen *working logic*.

15. Die Gesamtheit des Kampfes um Regeln über das Aufeinanderabstimmen von Rechtsregeln nennt man in Deutschland: Dogmatik.⁹

Dogmatik ist daher ständig in Bewegung – nach den Gesetzen der juristischen *working logic* und unter der leitenden Idee rechtlicher Richtigkeit.

Und sie beginnt schon mit dem zweiten Fall.

⁹ Etwas statischer formuliert im Einklang mit *Franz Reimer*: Dogmatik ist ein *Geflecht* von Regeln und von Regeln über Regeln. Aber es wird auch dauernd umgeflochten, deshalb passt die Metapher doch nicht so gut.

