

Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht

I.

Wenn hier von "*analytischer*" und "*traditionaler*" Rechtsbetrachtung gesprochen wird, ist nicht beabsichtigt, in die Diskussion um Theorie und Methode unseres Faches neue Kategorien einzuführen; es wird lediglich versucht, für die Zwecke des vorliegenden Aufsatzes unter diesen Bezeichnungen bestimmte Merkmale zusammenzufassen, die für zwei rechtliche Betrachtungsweisen kennzeichnend sind, Betrachtungsweisen, die wenigstens als Idealtypen sich wie Gegensätze gegenüberstehen.

Unter der Sammelbezeichnung "*analytisch*" werden alle Betrachtungsweisen zusammengefaßt, die an strengen logischen Prinzipien orientiert sind und demnach zu eindeutigen Aussagen und Schlüssen führen. "*Traditional*" werden hier jene Betrachtungsweisen genannt, die sich an überlieferte, möglicherweise nicht genau definierte Vorstellungen anlehnen und insofern traditionsgebunden sind. "Traditionale" Rechtsbetrachtung, soll sie wissenschaftlich sein, unterliegt selbstverständlich ebenfalls den Gesetzen der Logik. Die Präzision und Stringenz einer "traditionalen" Beweisführung unterscheidet sich indessen von einer "analytischen" insofern, als sie nicht gleichermaßen wie letztere von im vornherein eindeutigen Prämissen ausgehen kann, sondern infolge einer wenn nicht durchwegs, so doch häufig festzustellen Unbestimmtheit des vorgefundenen Materials auch in der Beweisführung diese Unbestimmtheit mit sich tragen muß. Beispiele zu diesem Sachverhalt vgl. unten Ziff. V.

Der Gegensatz zwischen analytischer und traditionaler Betrachtung im hier beschriebenen Sinn tritt vor allem deutlich in Erscheinung bei den *Begriffen*, die notwendigerweise am Ausgangspunkt jeder wissenschaftlichen, d. h. logischen Untersuchung stehen, da jede als Prämisse eingesetzte Aussage in bestimmte Begriffe gekleidet sein muß und von diesen Begriffen ihren Gehalt empfängt. – Völlig eindeutig sind Aussagen nur dann, wenn mittels einer Definition im eigentlichen Sinn frei bestimmt wird, was unter einem verwendeten Begriff verstanden sein soll. Geschieht dies, so liegen im Sinne der überkommenen Definitionslehre

Nominaldefinitionen vor¹. In der Rechtswissenschaft ist ein derartiges Vorgehen nicht immer möglich. Sehr oft muß der Wissenschaftler überlieferte Vorstellungsweisen übernehmen und in seine Rechnung einsetzen, ohne daß diese vorgegebenen Größen in ihrem Gehalt abschließend fixiert oder fixierbar wären. Auch wenn er ihren Gehalt logisch zu fassen sucht, kann dies vermutungsweise nicht abschließend geschehen; die *Realdefinitionen*, mit denen die vorgefundenen Vorstellungen beschrieben und erklärt werden, können nur eine mehr oder weniger genaue Annäherung, nicht aber einen mit der vorgefundenen Vorstellung identischen Inhalt geben². Begriffe der Privatrechtsdogmatik wie "dingliches Recht", "Verzug", "Solidarität" usw. gehen auf eine unüberschaubare, lange Tradition zurück; der Überlieferungsstoff kann nicht mit einem Blick abschließend erfaßt werden; jede begriffliche Fixierung kann bloß den Charakter einer vorläufigen Annäherung haben (vgl. auch unten Ziff. V).

Es kann freilich eine überlieferte Vorstellungsweise ("dingliches Recht" oder ähnlich) durch eindeutige, mittels einer Nominaldefinition gebildete Begriffe ersetzt werden ("unter 'dinglichem Recht' verstehe ich nicht ... sondern ..."). Dann wird eine annähernde Sachumschreibung durch einen präzisen Begriff ersetzt, und die Voraussetzung für stringente logische Ableitungen ("analytische" Betrachtung) geschaffen, wobei in Kauf zu nehmen ist, daß die Verbindung zum vorgegebenen Stoff nicht voll gewahrt bleibt.

Eine unreflektierte wissenschaftliche Arbeitsweise unterscheidet bei begrifflichen Umschreibungen von rechtlichen Denkfiguren nicht danach, ob eine (als Annäherung) umfassende Sachbeschreibung im Sinne einer Realdefinition oder aber eine freie Nominaldefinition beabsichtigt sei. Der Umstand, daß eine Begriffsbestimmung wie auch der damit geschaffene Begriff eine andere Bedeutung hat, je nachdem die eine oder andere Art der Begriffsbestimmung vorliegt, muß zu Unklarheiten und Mißverständnissen führen, wenn die Entscheidung für das eine oder andere nicht sichtbar wird. Gegenstand der folgenden Betrachtungen ist vorab das Spannungsverhältnis zwischen zwei grundverschiedenen Methoden der Begriffsumschreibung, die im, wissenschaftlichen Alltagsgebrauch

¹ Nominaldefinitionen können in vorliegendem Aufsatz gleichgesetzt werden mit "echten" (oder "eigentlichen") Definitionen im Sinne einer moderneren Definitionslehre; vgl. unten bei Anm. 14.

² Identität eines Begriffs mit dem zu erfassenden Gegenstand gibt es nur bei Nominaldefinitionen, die diese Identität erreichen können, weil sie selber den zu definierenden Begriff erschaffen (vgl. unten Ziff. II/3). Bei Realdefinitionen bleibt der Nachweis immer offen, daß der realdefinitiv geschaffene Begriff der vorgegebenen Realität, die es zu erfassen gilt, in irgend einem Aspekt nicht gerecht werde, zu ergänzen sei usw.

meist nicht geschieden werden, obwohl eine Verbindung logisch unzulässig ist³.

Im folgenden beschränkt sich die Darstellung vor allem auf das Problem des Arbeitens mit rechtlichen Begriffen im oben angedeuteten, nachfolgend näher präzisierten Sinn. Der bei Begriffsbildungen angetroffene Gegensatz zwischen "traditionaler" und "analytischer" Betrachtungsweise dürfte sich allerdings auf der Stufe der Formulierung rechtlicher Aussagen in logischen Prämissen wiederholen und damit die Möglichkeiten logischer Deduktion beeinflussen. Das kann hier nicht weiter verfolgt werden.

II.

1. Der Gegensatz zwischen Nominal- und Realdefinitionen ist begrifflich nicht eindeutig festgelegt; begriffliche Mehrdeutigkeiten finden sich in der Definitionslehre so häufig wie anderswo. Ich möchte die Begriffe so umfassend wie möglich fassen und als *Nominaldefinitionen* alle *Begriffsbestimmungen verstehen, mit denen der Definierende einen Begriff frei erschafft und mit einem Zeichen ("nomen") belegt, während demgegenüber Realdefinitionen sich auf eine vom Definierenden vorgefundene Sache ("res") beziehen, die mit der Begriffsbildung abgegrenzt und beschrieben wird*⁴.

Ausgangspunkt der Gegenüberstellung von Nominal- und Realdefinitionen war immer wieder die Vorstellung, daß die ersteren die Erfassung eines Sprachzeichens (nomen), letztere die Erfassung einer Sache (res) zum Gegenstand hätten. Diese Deutung ist, jedenfalls soweit sie Nominaldefinitionen betrifft, heute wohl auch im Sinne der "klassischen" Logik zu eng⁵. Es geht bei Nominaldefinitionen nicht um die *Erklärung* von Zeichen⁶, sondern um die *Einführung eines Zeichens* durch den Definierenden. Dabei steht nicht das Zeichen als solches im Vordergrund, sondern der mit diesem bezeichnete Gedankeninhalt. "Definiert wird nicht der Name und nicht die Sache, sondern allein der Begriff"⁷.

³ Vgl. Ziff. II, Ziff. VI/3.

⁴ Die hier vertretene Auffassung kommt wahrscheinlich am nächsten jener von B. VON FREYTAG-LÖRINGHOFF, *Logik und ihr Verhältnis zur Logistik*, verschiedene Auflagen (1. Aufl., Stuttgart 1955).

⁵ Die Umschreibung der Lehre von den Nominal- und Realdefinitionen durch ULRICH KLUG, *Juristische Logik*, 3. Aufl. 1958, S. 86, Ziff. 2, erfaßt keineswegs den neueren Stand der "klassischen" Definitionslehre, wie sie etwa von HEINRICH RICKERT, *Zur Lehre von der Definition*, 3. Aufl., Tübingen 1929, S. 70 ff. oder von V. FREYTAG-LÖRINGHOFF, a. a. O., entwickelt wird.

⁶ Sofern diese Zeichen vom Definierenden bereits vorgefunden werden und in ihrem überlieferten Gehalt beschrieben werden sollen, sind Zeichenerklärungen überhaupt nicht Nominal-, sondern Realdefinitionen.

⁷ H. RICKERT, a. a. O., S. 71.

2. Die Unterscheidung zwischen Nominal- und Realdefinitionen soll auf ARISTOTELES zurückgehen⁸; diese Gegenüberstellung bildet in der Neuzeit immer in der einen oder anderen Form Bestandteil von Logik und Definitionslehre. Bereits bei PASCAL⁹ als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt, beherrscht sie die "klassischen" Definitionslehren^{10/11}, wobei allerdings nicht entfernt ein einheitliches Verständnis dieses Gegensatzes bestünde. Die als "moderne" Logik bezeichnete Richtung hält diese Einteilung nicht aufrecht, sondern gelangt zu neuen Gruppierungen¹², während andere Autoren an ihr festhalten¹³. Es steht nichts im Wege, sie hier zum zentralen Ansatzpunkt zu machen. Nicht nur hat die "moderne" Richtung keineswegs die hier aufgenommene Gegensatzbildung als falsch erwiesen oder auch bloß durch neue Kategorien ersetzt. Dieser Gegensatz scheint mir auch in der modernen Lehre fortzuleben: die "echten" Definitionen im Sinne KLUGs sind durchwegs Nominaldefinitionen im hier vertretenen Sinn, während dessen "*uneigentliche*" Definitionen, soweit es sich um "Sacherklärungen" und "Zeichenerklärungen" handelt, Realdefinitionen sind¹⁴.

Im folgenden werden die von der neueren Definitionslehre erarbeiteten Ergebnisse nicht verwertet und die traditionelle Gegenüberstellung Nominal-Realdefinitionen weitergeführt, weil dieses Schema die ins Auge gefaßten Zusammenhänge in jeder Beziehung hinreichend erfaßt und jede zusätzliche Differenzierung höchstens verwirren könnte.

3. Die *Freiheit der Begriffsbildung* ist das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal der *Nominaldefinitionen* gegenüber den Realdefinitionen. Nach den bewährten Definitionsregeln ("... per genus proximum et differentiam specificam")¹⁵ lassen sich beliebige Begriffe bilden, die sämtliche richtig sind, wenn bloß gewisse Regeln¹⁶ beobachtet bleiben. Und wie die Begriffe frei gebildet werden können, kann der Definierende

⁸ Vgl. I. M. BOCHENSKI, Die zeitgenössischen Denkmethode, 4. Aufl. 1969, S. 90.

⁹ PASCAL, De l'esprit géométrique et de l'art de persuader, sec. I.

^{10/11} Vgl. KLUG, a. a. O., S. 86, Ziff. 2.

¹² WALTER DUBISLAV, Die Definition, 3. Aufl., Leipzig 1931 und ihm folgend KLUG, a. a. O., S. 87 ff.

¹³ V. FREYTAG-LÖRINGHOFF, a. a. O.; I. M. BOCHENSKI, a. a. O., S. 90 ff.; R. ROBINSON, Definition, Oxford 1950.

¹⁴ Vgl. z. B. KLUG, a. a. O., S. 91/92, dessen zusammenfassende Umschreibung der "echten" Definition sich mit der hier vertretenen Auffassung der Nominaldefinition völlig deckt.

¹⁵ Dieses Rezept ist keineswegs auf Realdefinitionen beschränkt, wie KLUG, a. a. O., S. 86 anzunehmen scheint.

¹⁶ Die wichtigste dieser Regeln: Es muß die Wahl einer spezifischen Differenz vermieden werden, die mit dem Oberbegriff nicht vereinbar ist, also etwa eine offene oder verdeckte contradictio in adiecto darstellt wie "hölzernes Eisen", "grünes Dreieck" usw. (ein Dreieck, wenigstens als geometrische Figur verstanden, hat kein stoffliches Substrat, kann folglich auch nicht die Qualität "grün" haben).

einen von ihm geschaffenen Begriff mit einem beliebigen Namen belegen. Definiendum ist zwar ein "nomen", d. h. ein irgendwie geartetes Sprach- oder sonstiges Zeichen. Aber dieses Zeichen wird als Kurzbezeichnung vom Definierenden frei gewählt. Es gehört nicht einmal zur Definition, die durch Formulierung des definiens vollzogen ist. Es ist die Definition, die ihren Gegenstand erschafft¹⁷.

Daß Nominaldefinitionen frei vorgenommen werden können, heißt, daß die Begriffsbildung logisch nicht auf ihre Richtigkeit überprüft werden kann, deshalb weder als "richtig" (bzw. "wahr") noch als "falsch" zu bezeichnen ist. Das ist die Auffassung der "klassischen" Logik hinsichtlich der Nominaldefinitionen so gut wie jene der "modernen" Logik hinsichtlich der "echten" Definitionen (die für unsere Zwecke mit den Nominaldefinitionen zusammenfallen)¹⁸. Dieser Satz, so fundamental er sein mag, läuft in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ständig Gefahr, vergessen zu werden.

Daß Definitionen nicht richtig oder falsch sein können, folgt bereits aus ihrer logischen Struktur, die nicht notwendigerweise diejenige einer Aussage, eines logischen Urteils sein muß (nur Urteile sind wahr oder falsch). Wer definiert: "eine endliche ebene Fläche, die von parallelen Geraden begrenzt wird", der hat die "de-finitio" vollendet und den als "Parallelogramm" benannten Begriff gebildet, auch wenn er nicht diesen Begriff in einem Aussagesatz mit dem Nomen "Parallelogramm" oder einem sonstigen Zeichen belegt. Da man auf ein derartiges abkürzendes Zeichen überhaupt verzichten kann und der logische Gehalt nicht in der Deutung eines abkürzenden Zeichens, sondern in der Fixierung eines Gehaltes liegt, scheint es mir eine unnötige Konzession an überlieferte Vorstellungen zu sein, mit der wohl vorherrschenden Auffassung die Einführung eines abkürzenden Zeichens für den durch die Definition fixierten Gehalt (definiendum) zum Wesensmerkmal einer Definition zu erheben. Heute sollte als "definiendum" nicht das für den Begriff gesetzte Zeichen (auf das überhaupt verzichtet werden kann) gelten, sondern der im Zeichen verkörperte Gedankeninhalt. Nominaldefinitionen sind, in einem "modernen" Sinn, nicht Erklärung vorgefundener nomina, sondern die *Einführung* von nomina für vom Definierenden geschaffene Begriffe. Oder noch kürzer: Nicht Spracherklärung, sondern Sprachschöpfung.

4. Demgegenüber ist eine *Realdefinition unfrei*. Definiendum ist nicht ein für einen freigewählten Gedanken freigewählter Name, sondern eine "res", die dem Definierenden vorgegeben ist.

¹⁷ V. FREYTAG-LÖRINGHOFF, a. a. O., S. 47.

¹⁸ V. FREYTAG-LÖRINGHOFF, a. a. O., S. 47 ff.; KLUG, a. a. O., S. 90, 91/92.

Vom Vorliegen einer bestimmten "res" kann allerdings streng genommen erst dann gesprochen werden, wenn auch diese res irgendwie bestimmt, das heißt aber definiert ist. Jede Realdefinition setzt demnach eine vorangehende Nominaldefinition voraus, die freilich in der Regel verdeckt bleibt bzw. stillschweigend vorausgesetzt werden kann. Wenn der Historiograph der amerikanischen Geschichte "Lincoln" zum Gegenstand einer Realdefinition machen würde, so würde stillschweigend eine Nominaldefinition vorausgesetzt (nämlich daß unter dieser Bezeichnung ein bestimmter Präsident der USA verstanden wird). Und wenn der Histologe eine Leberzelle abbildet und diese zum Gegenstand einer Realdefinition macht, so liegt im Akt des Herauspräparierens eine de-finitio, d. h. Abgrenzung, und damit die Bildung eines Begriffs. Diese jeder Realdefinition notwendig vorausgehende, wenn auch meist unbemerkt bleibende Nominaldefinition ist ihrerseits frei: Es stand dem Historiker frei, unter der Bezeichnung "Lincoln" eine Automarke, eine Kuchensorte, oder irgend etwas anderes einzuführen, wie der Histologe nach seinem Belieben jede andere Zelle hätte abbilden können.

Infolge der gegenüber den Nominaldefinitionen völlig verschiedene Struktur der "Realdefinitionen", aber auch infolge ihrer Abhängigkeit von vorangehenden Nominaldefinitionen verdient die zu den meisten Zeiten vorhersehende, wenn auch kaum je einhellig vertretene Auffassung den Vorzug, daß zweckmäßigerweise nur Nominaldefinitionen als "Definitionen" oder "Definitionen im eigentlichen Sinn" zu betrachten seien. Wenn im folgenden trotzdem der Terminus "Realdefinition" weitergeführt wird, so lediglich, um die Gegenüberstellung der Nominaldefinitionen und der auf vorgegebene Begriffe bezogenen Aussagensätzen (Realdefinitionen) zu vereinfachen.

5. Zur Verdeutlichung des besprochenen Gegensatzes ein *Beispiel*. Sollen wir den Satz akzeptieren: "Dreieck ist eine von vier Geraden begrenzte, ebene, endliche Fläche?"

Der Satz ist doppeldeutig. Er kann bedeuten wollen: "Ich definiere die geometrische Figur 'von vier Geraden begrenzte ebene endliche Fläche' und belege diesen Begriff mit dem nomen 'Dreieck'." Dann liegt eine *Nominaldefinition* vor; die Begriffsbildung ist mit der Definition "von vier Geraden begrenzte ebene endliche Fläche" abgeschlossen und natürlich unanfechtbar; logisch ebenso unanfechtbar ist die daran anschließende Namengebung. Zwar ist es seltsam und unzweckmäßig, den Begriff einer geometrischen Figur mit vier Ecken als "Dreieck" zu bezeichnen, aber falsch ist es nicht. Die Zeichengebung ist frei; der Definierende könnte auch irgend ein bedeutungsloses Symbol einsetzen.

Der Satz kann aber auch heißen wollen: "Das Dreieck *ist* eine von vier Geraden begrenzte ebene endliche Fläche." Dann soll über das Dreieck

eine Aussage gemacht, ein Urteil gefällt werden, das selbstverständlich falsch ist. Diese "*Realdefinition*" ist jedoch als solche nur möglich, wenn der Begriff "Dreieck" bekannt, d. h. vorgegeben ist. Und über den an die Spitze gestellten Satz "Dreieck ... von vier Geraden begrenzt" kann sich nur derjenige wundern, der bereits weiß, was ein Dreieck ist, dem der Begriff Dreieck vorgegeben ist.

6. Das für unsere Zwecke Wesentliche läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Definitionen im engeren Sinn sind *Nominaldefinitionen*. Der Definierende ist frei sowohl in der Abgrenzung ("de-finitio") des Begriffs wie auch in der Wahl des Zeichens (nomen), das die volle Begriffsumschreibung aus Zweckmäßigkeitsgründen vertreten soll. Definitionen erfolgen ohne vorgegebenes Definitionsobjekt; dieses wird durch die Definition geschaffen.

Demgegenüber sind *Realdefinitionen* Beschreibungen einer vorgegebenen "res". Als logische Urteile müssen sie eine zutreffende Aussage machen, sonst sind sie nicht wahr, sondern falsch.

Als *Nominaldefinitionen* können die Begriffsbestimmungen des *Gesetzgebers* gelten, der in der Bildung von Begriffen wie überhaupt in seinen Anordnungen durch vielerlei Rücksichten gebunden ist, im Sinne der Logik indessen frei entscheidet¹⁹. Nominaldefinitionen sind sodann die Begriffsbestimmungen, die der *Wissenschaftler* vornimmt, um den von ihm zu behandelnden Stoff darstellen zu können; in der Wahl des Begriffsinstrumentariums bleibt er grundsätzlich auch dann frei, wenn er sich durch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte leiten läßt und insbesondere seine Begriffe den überlieferten Vorstellungen angleicht.

"Realdefinitionen" liegen dann vor, wenn der Wissenschaftler nicht selber neue Begriffe schafft, sondern *vorgefundene* Begriffe *beschreibt*, etwa Aussagen über vom Gesetzgeber eingeführte Begriffe macht oder von *anderen Autoren* geschaffene Begriffe ("Souveränitätsbegriff von Jean Bodin", "Begriff der hypothetischen Grundnorm nach Kelsen").

III.

1. Der Grundsatz der Freiheit der Begriffsbildung innerhalb der Definitionen im "eigentlichen Sinn" der Nominaldefinitionen ist in der Rechtswissenschaft nicht auf seine Tragweite hin überdacht. Seine Bedeutung liegt darin, daß Begriffsbildung i. S. von Nominaldefinitionen

¹⁹ Wir sehen hier davon ab, daß der Gesetzgeber, um die von ihm eingeführten Begriffe in eine Ordnung zu bringen, ein "System" zu schaffen, die Bildung der einzelnen Begriffe logischen Prinzipien unterordnen muß.

sachlich nicht überprüfbar und damit jeder wissenschaftlichen Diskussion entzogen ist. Eine Begriffsbildung in diesem Sinne hat auch keinen logischen Aussage-Gehalt, sondern ist nichts weiter als eine Konvention über eine gedankliche Begrenzung des Gegenstandes der Beschreibung und Untersuchung, eine Konvention freilich, die nicht die Zustimmung des Gesprächspartners voraussetzt sondern vom Definierenden in eigener Verantwortung eingeführt wird.

2. Anhand einiger *Beispiele*, gewählt aus dem traditionellen Bestand begrifflicher Kontroversen der Privatrechtsdogmatik, soll das Gesagte illustriert werden. Der Streit dreht sich um Fragen, die in gestellter Form wissenschaftlicher Erörterung überhaupt entzogen sind. Vielfach liegen echte Probleme zugrunde, die indessen durch die Art der Problemstellung verdeckt werde.

a) *Begriffliche Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*: Die historisch tief verwurzelte Vorstellung der Aufspaltung des Rechts in einen privatrechtlichen und einen öffentlichrechtlichen Bereich läßt sich begrifflich nicht verbindlich formulieren. Wie man den Gegensatz begrifflich fassen will, ist vorerst eine Frage einer Nominaldefinition, auf die es keine verbindliche Antwort gibt. Jede Begriffsbestimmung, die nach eindeutigen Kriterien erfolgt, ist als solche möglich. Eine wissenschaftliche Diskussion darüber, wie der Begriff "richtig" gefaßt werden müsse, was öffentliches bzw. privates Recht "sei", ist ausgeschlossen.

Anders liegen die Dinge, wenn der Definierende einen ihm vorgegebenen Begriff bereits besitzt, d. h. einen bestehenden Begriff beschreibt, in welchem Fall wir ein sich als Realdefinition präsentierendes logisches Urteil vor uns haben. So sind Aussagen über den Begriffsgegensatz der Römer (Dig. 1, 1, 1, 2) oder nach der Begriffsbildung von WALTER BURCKHARDT möglich, so gut wie der Begriff "öffentlich-rechtlich" (oder "privat-rechtlich"), der im Zusammenhang einer positiven Gesetzesnorm (vgl. z. B. ZGB Art. 6/I) Verwendung findet, auf seinen Gehalt hin untersucht werden kann. Entsprechende logische Urteile werden um so mehr den Charakter von Realdefinitionen aufweisen, je mehr sie wort- oder begriffserklärend sind. – Gleiches gilt grundsätzlich, wenn und soweit man den Dualismus Privatrecht-öffentliches Recht als einen der Rechtsordnung immanenten Strukturgegensatz auffaßt, der als solcher untersucht und beschrieben werden kann. Dabei zeigt hier freilich die Erfahrung, daß eine auch bloß im Sinne einer ersten Annäherung abschließende Umschreibung des Gegensatzes in einer knappen Formel einer Realdefinition nicht möglich ist. Soweit man von Privatrecht bzw. öffentlichem Recht spricht, ohne vorgängig diese Vorstellungen durch eine der möglichen Nominaldefinitionen zu umschreiben, sondern auf eine

nicht näher bestimmte, bloß in Umrissen faßbare überlieferte Sinngebung Bezug zu nehmen, liegt ein typisches Beispiel "traditionaler" Betrachtungsweise vor, die keine einfachen und gleichzeitig zwingenden logischen Ableitungen zuläßt, sondern bloß zu Näherungswerten führen kann.

b) *Sind Offene Handelsgesellschaften juristische Personen*²⁰? Wir gehen davon aus, daß das positive Recht alle hier wesentlichen Merkmale der OHG (bzw. "Kollektivgesellschaft" nach älterer deutscher und heutiger schweizerischer Terminologie; in vorliegendem Zusammenhang gilt Gesagtes unverändert auch für die Kommanditgesellschaft) bestimme, jedoch den Begriff "juristische Person" nicht definiere. Es würde nun vorerst scheinen, daß ein Problem einer Realdefinition, d. h. der Umschreibung eines vorgegebenen Gegenstandes (OHG) vorliege. Indessen kann die Frage nicht untersucht werden, solange der Begriff "juristische Person" nicht bekannt ist. Solange nicht positivrechtlich festgelegt, ist die Bildung dieses Begriffs eine dem Wissenschaftler freistehende Nominaldefinition, über die sich keine verbindlichen Aussagen machen lassen. Hängt die Antwort auf die gestellte Frage von der (freigestellten) Definition jenes Begriffs ab, der mit dem nomen "juristische Person" belegt wird, ist die Frage selber falsch gestellt, da sich eine verbindliche Antwort auf sie nicht geben läßt, dies wenigstens solange, als nicht eine Einigung über den der Fragestellung zugrunde liegenden Begriff "juristische Person" besteht (etwa: "Juristische Person im Sinne Wielands"). Die Frage kann bejaht und verneint werden und ist immer richtig beantwortet, je nachdem ob man etwa als Begriffsmerkmal der juristischen Person die Parteifähigkeit und dgl. betrachtet (in welchem Fall die OHG juristische Person ist) oder aber beispielsweise auf das Vorhandensein eines mit Ausschließlichkeit haftenden Gesellschaftsvermögens abstellt (so daß die OHG vom Begriff nicht erfaßt würde).

e) *Auseinandersetzungen um sachenrechtliche Begriffe*: Im Sachenrecht sind begriffliche Auseinandersetzungen besonders häufig.

Ist der *Besitz* ein subjektives Recht? Auch wenn wir hier den Besitz im Sinne faktischen Innehabens ausscheiden und die Fragestellung präzisierend auf das "Besitzesschutzrecht" einengen, ist die Antwort nicht aufgrund der (als bekannt vorausgesetzten) Merkmale des Besitzesschutzes zu finden, sondern hängt von der Bestimmung des der Fragestellung zugrunde liegenden Begriffs "subjektives Recht" ab. Geht man davon aus, daß subjektive Rechte dann vorliegen, wenn der Berechtigte

²⁰ Heute nur noch wenig diskutiert, spielte diese Frage noch in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts eine erhebliche Rolle; vgl. etwa die von der herrschenden Auffassung abweichende Qualifizierung als juristische Person durch den führenden Handelsrechtler KARL WIELAND, Handelsrecht, Bd. I, 1921, S. 396 ff.

in seiner Stellung geschützt wird, sein Wille in bestimmtem Bereich von Dritten zu beachten ist und auch durchgesetzt werden kann²¹, dann *ist* der Besitz ein subjektives Recht. Verlangt man indessen von diesem, daß es eine dauernde Rechtsstellung verleihe, die nur durch besondere Endigungsgründe oder Verfügungsgeschäfte aufgehoben werden kann, so wird ein (m. E. allerdings wenig zweckmäßiger) Begriff des subjektiven Rechts gebildet, der das Besitzschutzrecht nicht miteinfaßt²².

Sind *dingliche Rechte* eine dem Berechtigten verliehene *Sachherrschaft* oder aber dessen *Befugnis, Dritte von der Sache auszuschließen*²³? Streit darüber, welches der genannten Elemente das "Wesen" des dinglichen Rechts ausmache (d. h. aber, Begriffsmerkmal sei), ist offenkundig sinnlos. Der *Zweck* des dinglichen Rechts besteht, wie niemand bestreiten will, in der Sachzuordnung und der Gewährung ungestörter Sachherrschaft, das *normative Mittel* zur Erreichung dieses Zweckes ist die dem Berechtigten verliehene Ausschlußbefugnis. Ob man das eine oder andere Element zum Begriffsmerkmal erheben will, steht im freien Belieben des Definierenden, und eine wissenschaftliche Diskussion über die Richtigkeit der einen oder anderen Begriffsbestimmung kann es nicht geben. Die Wahl des einen oder anderen Merkmals entscheidet darüber, ob die geschaffene Begriffsumschreibung mehr teleologisch-praktisch-anschaulich oder aber normlogisch ausgerichtet sei²⁴.

"Gibt" es *Realobligationen*²⁵? Wie meist ist auch hier die Frage nach der "Existenz" eines Begriffes falsch gestellt. Es "gibt" den Begriff, sobald er sich nach klaren Kriterien bilden läßt und tatsächlich auch von jemandem gebildet, d. h. gedacht wird.

Stellt das *Eigentum* eine vermutungsweise *unbeschränkte Sachherrschaft* dar oder sind die der Sachherrschaft gesetzten *Schranken Bestandteil* des Eigentumsbegriffs^{25a}? Gehen wir davon aus, daß einerseits die Rechtsordnung das Eigentumsrecht als eine Sachherrschaft ausgestaltet und diese Sachherrschaft in gewissen Fällen inhaltlich einschränkt, daß

²¹ So nach der landläufigen Auffassung des subjektiven Rechts als "Willensmacht" u. dgl., als "geschütztes Interesse" wie auch nach dem vom Schreibenden entwickelten Modell als Normsetzungsbefugnis (BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965).

²² Vgl. zu dieser Frage A. MEIER-HAYOZ, Kommentar Sachenrecht des ZGB, Bern 1966, Syst. Teil N. 142, der das Besitzschutzrecht als subjektives Recht betrachtet; BUCHER, a. a. O., S. 172-176; schwankend H. WESTERMANN, Sachenrecht, 5. Aufl., § 5/III/1, § 8/4.

²³ Vgl. die Hinweise bei H. WESTERMANN, a. a. O., § 28/I/2, S. 114.

²⁴ Vgl. zu dieser Frage BUCHER, a. a. O., S. 151 ff.

²⁵ Vgl. zu dieser Frage etwa P. LIVER, Die Realobligation, und H. DESCHENAUX, Les obligations dites réelles, beide in Schweiz. Zeitschr. für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 1962, S. 257-281, 282-303.

^{25a} Vgl. die Darstellung der begrifflichen Kontroverse bei A. MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums, in Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 171 ff., bes. S. 185/86.

jedoch andererseits der Gesetzgeber den Eigentumsbegriff nicht definiert, so ist eine logisch begründbare Aussage darüber, wie der Begriff zu fassen sei, nicht möglich. Ob man das Eigentum als eine vermutungsweise unbeschränkte, durch die Rechtsordnung jedoch beschränkbare Sachherrschaft bezeichnet, oder aber als eine beschränkte Sachherrschaft, die im Falle des Fehlens von positivrechtlichen Beschränkungen zu einer unbeschränkten wird, kommt auf dasselbe hinaus; nicht nur sind beide Begriffsbestimmungen gleichermaßen möglich, sondern sie bezeichnen sogar dasselbe, sind tautologisch.

3. Mit dem Gesagten soll nicht die Behauptung verbunden sein, in den aufgeführten Beispielen würde sich die wissenschaftliche Diskussion nur auf unmögliche Fragestellungen beziehen. Vielmehr verstecken sich hinter den genannten Fragen oft, wenn auch nicht immer, echte Probleme, die logischer Analyse zugänglich sind. Verfehlt ist dann lediglich die Art der Fragestellung, die sowohl die eigentliche Frage wie die erkenntnismäßige Ausgangslage mehr verdeckt als deutlich macht.

Es besteht tatsächlich ein wissenschaftliches Bedürfnis, den historisch tief verwurzelten und im positiven Recht mannigfach niedergelegten Gegensatz zwischen *Privatrecht* und *öffentlichem Recht* begrifflich zu fassen. Vorab wird man sich jedoch eingestehen müssen, daß die Beschreibung dieses Strukturgegensatzes nicht in einer realdefinitiven Kurzformel wiedergegeben werden können, daß dieser "traditionale" Begriffsgegensatz logisch nicht abschließend faßbar ist, um so mehr als der Begriffsinhalt nicht immer derselbe sein muß, sondern in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedlich sein kann. Eine "analytische" Betrachtungsweise, d. h. ein logisch einwandfreies Arbeiten mit eindeutigen Begriffen, erscheint hinsichtlich des hier behandelten Begriffsgegensatzes vorerst als ausgeschlossen. Die verschiedenen durch Nominaldefinitionen bildbaren Begriffspaare helfen hier unmittelbar nicht weiter, da keines derselben Anspruch darauf erheben kann, den traditionellen Strukturgegensatz voll zu erfassen. Die Bedeutung der verschiedenen theoretischen Gegensatzbildungen beruht heute wohl vor allem darin, daß sie bei der Untersuchung und Darstellung des traditionellen Strukturgegensatzes helfen können, da die Beschreibung dieses Strukturgegensatzes schließlich in der einen oder anderen Art zu einer Kombination der verschiedenen Theorien führen muß. Die eigentliche Fragestellung wird wohl dahin lauten, wie innerhalb einer beschreibenden Annäherung des Gegensatzes diese Kombination aussehen könnte.

Die Frage, ob die OHG *eine juristische Person* sei, scheint heute²⁶ rein theoretisch; sie könnte dann praktisch werden, wenn eine Regelung des

²⁶ Anders in einer vorkodifikatorischen Ära: Vgl. unten IV/2.

positiven Rechts von dieser Qualifikation abhängt. Auch dann darf die Frage, die eine Frage nach dem "Wesen" (d. h. dem Begriff) der juristischen Person ist, bloß gestellt werden, wenn man angibt, woher der Begriff der juristischen Person zu beziehen sei (etwa der Begriff der juristischen Person, welcher als der Denkweise des Gesetzgebers des HGB zugrundeliegend gedacht werden muß oder dgl.).

Die Frage, ob *Besitz* ein subjektives Recht sei, wird nur ausnahmsweise praktische Bedeutung haben. Falls dies zutrifft, darf sie nur gestellt werden unter gleichzeitiger Sichtbarmachung, welcher Begriff des subjektiven Rechts der Fragestellung zugrunde liegt (etwa der Begriff des subjektiven Rechts i. S. von BGB § 823 "sonstiges Recht").

Für den Streit um das "Wesen" des *dinglichen Rechts* (Sachherrschaft oder Ausschlußbefugnis) läßt sich kein praktischer Bezug und kein rationales Motiv finden. Da beide Begriffsbildungen gleichermaßen möglich sind, ist die einzige wissenschaftliche Feststellung, die sich treffen läßt, jene, daß die Umschreibung des dinglichen Rechts als Sachherrschaft einer teleologischen Betrachtung, die Umschreibung als Ausschließungsbefugnis einer normlogischen Betrachtung entspricht.

Die Frage, ob es *Realobligationen* "gebe", ist dann richtig, wenn sie auf die Feststellung zielt, ob es in einer bestimmten Rechtsordnung Sachverhalte gebe, die vom Begriff Realobligation erfaßt werden, allenfalls, ob eine konkrete mehrdeutige rechtliche Anordnung im Sinne einer Realobligation geregelt sei oder nicht. Beide Problemstellungen setzen voraus, daß der Begriff Realobligation als bekannt vorausgesetzt werden kann; die Antwort wird auf dem Wege der üblichen Auslegungsmethoden zu suchen sein.

Der Streit um das "Wesen" des *Eigentums* läßt sich, da die in Diskussion stehenden Begriffsbildungen nicht bloß gleichermaßen möglich, sondern darüber hinaus tautologisch sind, nicht auf praktische Problemstellungen oder logische Fragestellungen in einem analytischen Sinn zurückführen. Dagegen kann sich hinter der Kontroverse ein metajuristisches und metalogisches Anliegen verbergen. Wird die Eigentumsherrschaft als grundsätzlich unbeschränkt aufgefaßt, so wird damit, wenigstens bei einer nicht rein logisch-wissenschaftlichen Betrachtungsweise, gleichzeitig stillschweigend unterstellt, daß eine Beschränkung der Eigentumsherrschaft rechtspolitisch bloß dann zu rechtfertigen sei, wenn die Ausnahmen vom Prinzip durch zwingende legislatorische Gründe gefordert werde. Umgekehrt will die Auffassung von der grundsätzlich beschränkten Sachherrschaft des Eigentums zum Ausdruck bringen, daß Beschränkungen keiner besonderen Rechtfertigung bedürften, da sie wesensgemäß seien. So versteckt sich hinter einer als begriffliche Auseinandersetzung

kaschierten Kontroverse, die als solche sinnlos ist, eine bewußte oder auch unbewußte rechtspolitische, "ideologische" Absicht.

4. Wenn bisher die Auffassung vertreten wurde, daß in einem logisch-analytischen Sinn Begriffsbildung frei ist, sei hier anhangsweise doch auch illustriert, daß dieser Grundsatz unter dem Gesichtspunkt der *Zweckmäßigkeit* an Grenzen stößt. Denn Begriffsbildung ist ja nie Selbstzweck, sondern dient irgend welchen Zielen, denen sie untergeordnet werden muß. Die Aufgabe, die einem Begriff zugedacht ist, muß für die Fassung dieses Begriffs wegleitend werden²⁷.

Begriffsbildung ist einmal durch den *Untersuchungsgegenstand* determiniert. Auch wenn Begriffe frei gebildet werden können, so machen doch nur sachlich geeignete Begriffe eine Erfassung des Untersuchungsobjektes möglich. Für die Erschaffung zweckgeeigneter Begriffe lassen sich keine allgemeinen Rezepte aufstellen. Der Wissenschaftler braucht, um innerhalb der unendlichen Vielfalt der möglichen Begriffe die für seine Ziele geeigneten wählen zu können, *Intuition*, er muß die Ergebnisse der bevorstehenden Untersuchungen erahnen, um die geeigneten begrifflichen Untersuchungsinstrumente finden zu können.

Begriffsbildung ist sodann durch *konventionelle Rücksichten* eingeengt. Der Wissenschaftler arbeitet nicht allein; sein Werk stützt sich auf die Leistungen seiner Vorgänger, und Nachfolger werden es weiterführen müssen. Soll der Beitrag des einzelnen sich dem Gesamtbau der Wissenschaft einfügen, muß der einzelne sich den übrigen zwar nicht unterordnen, aber doch bis zu einem gewissen Grad anpassen. Dies zuerst in der ganzen Denkweise, den Begriffen, dann aber auch in der Wahl der Begriffszeichen, der Fachterminologie, ja der ganzen Sprache. Unkritische Gefolgschaft darf es freilich nicht geben, denn dies würde die Erlangung neuer Ergebnisse ausschließen, sofern sich diese nur mit neugefaßten Begriffen ableiten und darstellen lassen.

IV.

1. Freie Begriffsbildung i. S. von Nominaldefinitionen ist ausgeschlossen, wenn ein Begriff bereits vorgebildet ist und es gerade diesen Begriff zu fassen gilt. Dann ist man auf die Beschreibung dieses Begriffs verwiesen und befindet sich im Bereich der sog. Realdefinitionen. Dieser Sachverhalt ist besonders deutlich, wenn es um die Erfassung von Begriffen geht, die im Gesetz umschrieben werden. Gleiches gilt indessen auch, wenn der Gesetzgeber zwar Begriffe nicht definiert, aber trotzdem als gegeben voraussetzt; auch in diesem Fall ist der Begriff vorgegeben,

²⁷ Vgl. dazu BUCHER, a. a. O., S. 33 f.

auch wenn sein Gehalt nur auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln ist²⁸.

2. Ein analoger Sachverhalt liegt auch dann vor, wenn ein traditionaler "Rechtsbegriff" einen mehr oder weniger präzise faßbaren rechtlichen Ordnungsgehalt repräsentiert und damit eine Rechtserkenntnisquelle darstellt. Derartige Rechtsfiguren werden nicht nachträglich eingeführt zur Darstellung des Rechtsstoffes, sondern sind selber deren mehr oder weniger präzise Verkörperung. Hier heißt es die Figur mit ihrem ganzen Gehalt als Realität akzeptieren, auch wenn sich dieser Gehalt durch eine Realdefinition nicht genau fixieren läßt.

Die Methode, aus Rechtsbegriffen Rechtsregeln abzuleiten, kommt auf verschiedenen Stufen vor. Der Gesetzgeber selber stützt sich auf diese Technik ab, indem er etwa den Begriff des Eigentums, der Forderung, des Verzugs usw. hinsichtlich den Voraussetzungen der Entstehung und aller Wirkungen beschreibt, so daß schließlich der Begriff Anschaulichkeit bekommt und als Ausgangspunkt rechtlicher Wirkungen erscheint. Mehr interessieren uns hier vor- und außerpositive Rechtsbegriffe, die einen traditionellen Gehalt aufweisen und rechtlich-normative Regelungen repräsentieren können. Aus derartigen Begriffen (die im Grunde mehr als das sind, nämlich ganze Vorstellungskomplexe) rechtliche Folgerungen zu ziehen, wird gemeinhin als "*Begriffsjurisprudenz*" bezeichnet. Diese Methode wird heute überwiegend abgelehnt, wobei sich die Ablehnung, soweit sie mit logischen Argumenten begründet wird, im Ergebnis auf den Vorwurf eines Zirkelschlusses hinausläuft, nämlich, daß man aus Begriffen, die mit Nominaldefinitionen frei geschaffen werden können, inhaltliche Schlüsse ableitet. Dieser Vorwurf trifft nicht ganz, da die in Frage stehenden Rechtsfiguren vorgegebene Realitäten sind, die einen von der Rechts- und Wissenschaftstradition mehr oder weniger festgefügt traditionellen Gehalt aufweisen. Dieser traditionale Gehalt ist in einem nichtkodifizierten Raum mehr oder weniger verbindlich, da auch dort nach Grundsätzen entschieden werden muß, die traditionellen Figuren der Privatrechtsdogmatik jedoch Ordnungsprinzipien repräsentieren, an denen sich die Rechtsanwendung zu orientieren hat. Die Argumente, die gegen die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts gerichtet werden, sind deshalb nur insoweit gerechtfertigt, als sie sich gegen Auswüchse dieser Methode richten. Begriffsjurisprudenz wird erst nach Inkrafttreten der modernen Kodifikationen zu einer bereits im Ansatz verfehlten Methode, da die Kodifikationen wenigstens dem

²⁸ Dies gilt sogar dann, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Begriff bewußt im Unklaren gelassen hat, damit die Privatrechtslehre der gesetzlichen Umschreibung Sinn gebe, was gerade im ZGB nicht selten zutrifft. Auch hier wird Wissenschaft und Praxis bei der Suche nach der richtigen Sinngebung sich von irgend welchen Überlegungen leiten lassen müssen, niemals aber über diesen Sinn frei disponieren können.

Grundsatz nach die Rechts- und Wissenschaftstradition abschneiden und eine originäre neue Ordnung schaffen wollen, wenn dies auch niemals ganz gelingen kann. In jenen Bereichen, die die Wissenschaftstradition in den kodifizierten Raum hinübernehmen, bleibt die alte Methode bis zu einem gewissen Grade weiterhin berechtigt (vgl. dazu die Beispiele unten zu V.)²⁹.

Um zu illustrieren, wie ein Rechtsbegriff in einem nichtkodifizierten Bereich eine ganz andere Bedeutung hat als unter der Herrschaft kodifizierten Rechts (und damit natürlich auch nicht mehr derselbe Begriff ist), sei noch einmal die Streitfrage: "OHG juristische Person oder nicht?" aufgenommen. Unter der Geltung von die Merkmale der OHG festlegenden Kodifikationen wenig sinnvoll, hat diese Kontroverse eminente praktische und rechtspolitische Bedeutung in einer vorkodifikatorischen Ära, wo deren Sinn dahin geht: Sollen die Rechtsverhältnisse eines bestimmten Gesellschaftstypus dem Modell der juristischen Person angenähert werden oder nicht, etwa, soll eine OHG unter eigenem Namen im Geschäftsverkehr, als Partei im Prozeß auftreten können oder nicht? Die Frage ist zwar falsch, da ungenau, gestellt, aber sie hat im Grunde ihren guten Sinn.

3. Einer analytischen Betrachtungsweise müssen Rechtsinhalte einerseits und die begrifflichen Mittel zu deren Darstellung (die von der Wissenschaft frei zu bildenden Rechtsbegriffe) andererseits als zwei verschiedene Dinge erscheinen. Aber vielleicht läßt sich der Inhalt auch im Recht nicht völlig von der Form der Darstellung trennen, sondern der Inhalt erfährt seine Präzisierung und damit bereits Umgestaltung in der Darstellung. Das soll nicht weiter verfolgt werden. Immerhin noch ein Hinweis darauf, daß die Art der Darstellung eines bestimmten Rechtsstoffes, die Art, wie eine Rechtsordnung vorstellbar gemacht wird, welche Begriffsinstrumente dabei Verwendung finden, im Lauf der Rechtsgeschichte zwangsläufig die künftige Entwicklung beeinflußt. Leicht ersichtlich ist, daß neue Rechtsinstitute nach dem Muster bereits bestehender konzipiert werden. Es kann aber auch das Fehlen eines geeigneten Instrumentariums die Rechtsentwicklung verzögern. Dazu zwei Beispiele, die an anderer Stelle etwas ausführlicher dargelegt wurden³⁰.

Die Ablehnung der Einführung eines *Persönlichkeitsschutzes* durch die Pandektistik des 19. Jahrhunderts ist angesichts eines differenzierten Iniurienschutzes im römischen Recht (vgl. Dig. 47.10 "de iniuriis et famosis libellis") und der Propagierung eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes

²⁹ Vgl. dazu BUCHER, Was ist Begriffsjurisprudenz?, in: Zeitschr. des Bern. Juristenvereins, 1966, S. 274 ff.

³⁰ Vgl. dazu BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, in: Zeitschr. f. Schweiz. Recht, 1966, S. 213 ff., bes. 222-230.

durch die Aufklärungsphilosophie (die, allen historisierenden Programmen der Pandektistik zum Trotz, die deutsche Privatrechtslehre des 19. Jahrhunderts zutiefst beeinflußt hat) wie auch durch KANT und HEGEL³¹ an sich schwer verständlich und bloß zu erklären durch den Umstand, daß die Lehre der subjektiven Rechte die Persönlichkeitsrechte nicht zu bewältigen vermochte. Subjektive Rechte waren um die Mitte des 19. Jahrhunderts entweder *dingliche* oder *persönliche* Rechte; als persönliche Rechte konnten die Persönlichkeitsrechte nicht gelten, deren Qualifizierung als dingliche Rechte, die an sich sachgemäß gewesen wäre, begegnete einem gefühlsbedingten Widerstand, da eine "begriffsjuristisch" orientierte, d. h. mit Rechtsbegriffen inhaltliche Ordnungsprinzipien verbindende Rechtslehre nicht den Menschen in seiner Körperlichkeit wie in den vielfältigen durch die Persönlichkeitsrechte zu schützenden Beziehungen als "Ding" betrachten wollte und konnte. Hier war es erst die Bildung des mehr analytisch konzipierten, von den historischen Vorläufern der *actiones in rem* bzw. in *personam* sich distanzierenden Begriffspaares der *absoluten* und *relativen* Rechte, die eine zwanglose Erfassung der Persönlichkeitsrechte und damit deren positivrechtliche Verwirklichung möglich machte³².

Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wurden *Verträge zugunsten Dritter* und die *Abtretung vertraglicher Ansprüche* bloß gegen stärkste Widerstände der Theorie und Praxis zögernd und verhältnismäßig spät zugelassen; Verträge zugunsten Dritter sind nach englischem Common Law auch heute noch wenigstens dem Prinzip nach ausgeschlossen. Auch auf dem Kontinent begegneten diese Möglichkeiten der Berechtigung vertragsfremder Dritter aus einem Vertrag theoretischer Ablehnung. Daß diese Haltung wesentlich früher und radikaler überwunden werden konnte als im anglo-amerikanischen Bereich, erkläre ich aus der unterschiedlichen Struktur der Privatrechtsdogmatik: Im anglo-amerikanischen Bereich orientiert sich die Privatrechtsdogmatik vorab an der Figur des Vertrags, während die Denkfigur des subjektiven Rechts ("right") zwar besteht, aber nicht zum Ansatzpunkt rechtlicher "Konstruktion" gemacht wird. Geht man vom Vertragsbegriff aus, muß man auf der Vorstellung verharren, daß aus einem Vertrag bloß die Vertragspartner berechtigt und verpflichtet werden können (Grundsatz der "privity of contract"), da sonst Verträge *zulasten* Dritter nicht ausgeschlossen würden. Auf dem Kontinent konnte sich demgegenüber das Rechtsdenken am

³¹ Vgl. die Hinweise bei D. LEUZE, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, Diss. 1962, S. 27 ff., 39 ff.

³² Das Gesagte dürfte in gewissem Sinne auch für verschiedene Immaterialgüterrechte, z. B. Firmen-, Marken- und Urheberrechte gelten. Die letzteren wurden früher vorwiegend "dinglich" gedeutet und mit dinglichen Rechten an der sachlichen Verkörperung (Manuskript, Leinwand usw.) zu erfassen versucht.

Begriff des subjektiven Rechts, des vertraglichen Anspruchs, orientieren. Die daraus sich ergebende Differenzierung der Vertragswirkungen in Rechte einerseits und Pflichten andererseits war es, die zwanglos Lösungen ermöglichte, bei denen aus Verträgen unbeteiligte Dritte berechtigt werden, ohne daß die Gefahr der Verträge zulasten Dritter auftaucht, die in der englischen Tradition immer wieder die Infragestellung der "privity of contract" verhindert hat.

V.

1. Die Rücksichtnahme auf den zu bearbeitenden Rechtsstoff zwingt den Wissenschaftler oft nicht bloß, die ihm an sich freistehende Begriffsbildung nach bestimmten Sachgesichtspunkten auszurichten oder eine Nominaldefinition, wie von Dritten gebildet, als eigene zu übernehmen bzw. realdefinitiv zu beschreiben, sondern überhaupt auf die Zugrundelegung von präzisen, d. h. in ihrem Gehalt abschließend fixierten Begriffen zu verzichten und überlieferte Denkformen zu akzeptieren, auch wenn diese logisch nicht genau faßbar sind.

Es gibt überlieferte Denkmodelle, die zudem im Privatrecht als einer der traditionsreichsten Wissenschaften besonders häufig sein dürften, die sich einer abschließenden inhaltlichen Erfassung entziehen, weil ihr Gehalt komplex und nicht im voraus überschaubar ist. Dies ist bei den herkömmlichen, auf eine lange Entwicklungsgeschichte zurückgehenden "Figuren" der Privatrechtsdogmatik beinahe die Regel. Zwar treten diese Figuren in Gestalt von Begriffen entgegen, sind aber keine Begriffe i. S. von logisch definierten Größen; ihr Gehalt läßt sich vielleicht mittels Definitionen annäherungsweise festlegen, jedoch nicht erschöpfend erfassen. Als wahllos herausgegriffenes Beispiel, das für viele stehen kann, sei der "Begriff" der Solidarität (Gesamtschuldnerschaft) genannt. Hier läßt sich zwar eine Formel finden, die mit einfachen Mitteln den Gehalt von BGB § 421 in einen Begriff faßt. Dieser Begriff würde indessen keineswegs den, ganzen Aussagegehalt, der in der traditionellen Denkfigur "Solidarität" steckt, erfassen; Solidarität ist denn auch nicht ein Begriff im logischen Sinne, sondern etwas anderes und viel mehr: ein Vorstellungskomplex, dessen Gehalt sich in einer zweitausendjährigen, sowohl in römischen wie germanischen Ursprüngen wurzelnden Rechtsentwicklung sich herausgebildet hat, ein Gehalt, der nicht mit einer Realdefinition abschließend erfaßt werden kann und auch in BGB § 421 und vergleichbaren Vorschriften anderer Privatrechtsordnungen in keiner Weise abschließend formuliert wird, sondern der nur durch Rückgriff auf die *Rechtstradition* ermittelt werden, auf die, so muß man annehmen, das positive Recht in einem weiten Umfang³³ verweist, und die damit

³³ In wie weitem Umfang, ist auf dem Weg der Auslegung zu ermitteln.

zum Bestand des geltenden³⁴ Rechts wird. Um dieses Beispiel zu präzisieren: Es läßt sich m. E. die Frage, ob es bei Solidarhaftung möglich sei, beim einzelnen Haftpflichtigen subjektive Momente zu berücksichtigen, die eine Reduktion der Ersatzpflicht zulassen (z. B. besonders geringfügiges Verschulden nach OR 43, im Falle des Mitverschuldens des Geschädigten im Ergebnis auch gemäß BGB § 254), nicht anhand gesetzlicher Vorschriften, wohl aber durch Zurückgehen auf die traditionale Vorstellung der Solidarität und Verwertung der historischen Überlieferung eine einleuchtende Antwort finden³⁵. Wie beim Beispiel der Solidarität ist bei vielen privatrechtlichen "Figuren", "dogmatischen Grundbegriffen" oder wie man immer sagen will, eine abschließende Inhaltsfixierung und damit begriffliche Erfassung nicht möglich^{36, 37}.

2. Unmöglichkeit einer abschließenden Inhaltsfixierung, die zu einem wenigstens vorläufigen Verzicht auf logisch-analytische Untersuchungen führen muß, haben wir auch dann vor uns, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Bereich sachlich nicht abschließend und genau regelt, sondern innerhalb gewisser Schranken es der Wissenschaft und Rechtsanwendung überläßt, von Fall zu Fall Lösungen zu finden. Diese Unbestimmtheit der Normierung ist oft unbeabsichtigt, kann aber durchaus

³⁴ "Geltendes" Recht ist dieser Überlieferungsstoff, weil er nach Durchsetzung in der Praxis verlangt. "Ius positivum" ist derartiger Rechtsstoff allerdings nicht im eigentlichen Sinn, da ein Akt der Satzung nicht nachzuweisen ist.

³⁵ Diese Antwort müßte dahin gehen, daß der Haftpflichtige durch die solidarische Mithaftung Dritter nicht gehindert werden kann, sich auf derartige in seiner Person verwirklichte Entlastungsmomente zu berufen, da eine Haftung "in solidum" (d. h. auf den ganzen Betrag) zwar die Berufung auf konkurrierende Haftung Dritter zur eigenen Entlastung ausschließt, jedoch kein Anlaß ist, die Haftung des einzelnen als verschärft zu betrachten. Falsch etwa die Auffassung wie vertreten in Schweiz. Juristenzeitung 1968, S. 129 ff. und anscheinend Schweiz. Bundesgericht 59 II 458/59.

³⁶ Aussagen, die sich auf einen als traditional vorgegebenen Sachverhalt "Solidarität" beziehen, liegen auf der Ebene von "Realdefinitionen", die die Vorstellung der "Solidarität" jedoch nicht abschließend erfassen können. Sobald man auf Vollständigkeit verzichtet und bloß eine Definition im Sinne einer vorläufigen Annäherung sucht, liegt eine Nominaldefinition vor, da die Fassung dieses Begriffs – allerdings innerhalb enger Schranken – dem Definierenden freisteht.

³⁷ Der Umstand, daß gesetzliche Vorschriften wie diejenigen von BGB § 421 oder OR 143 ff. nur einen Teil des rechtlichen Ordnungsgehaltes formulieren und einen wesentlichen Rest unausgesprochen lassen, ist in privatrechtlichen Aussagen häufig festzustellen. Wer sagt: "A schuldet dem B hundert", bringt viel mehr zum Ausdruck, als vordergründig gesagt wird. Denn wir erfahren nicht bloß, daß den A eine bestimmte Zahlungspflicht trifft, sondern sehr viel mehr: Daß die Forderung des B auf dem Wege des Zivilprozesses festzustellen ist, daß im Falle der Nichterfüllung A in bestimmtem Verfahren zur Leistung gezwungen werden kann, Verzugszinsen schuldig wird, aber auch, daß die Leistungspflicht des A praktisch nichts besagt, solange nicht B die Forderung geltend macht, da privatrechtliche Pflichten nicht von Amtes wegen, sondern bloß auf Antrieb des Berechtigten wirksam werden.

vom Gesetzgeber auch in Kauf genommen oder gar gewollt sein³⁸. Eine derartige Unbestimmtheit kann in der Verschwommenheit der gesetzgeberischen Anordnung im allgemeinen ihre Ursache haben, wird aber sehr oft auf die Unbestimmtheit der bei der gesetzgeberischen Aussage verwendeten Begriffe zurückzuführen sein. Als Beispiel dieses letzteren Falles sei der Begriff "öffentliches Recht" genannt, der infolge der bundesstaatlichen Struktur der Schweiz zum Bestandteil des positiven Rechts (ZGB 6/I) geworden ist. Wir sahen oben, daß sich im Rahmen der Rechtstheorie kein allgemeingültiger Begriff des öffentlichen Rechts (oder des Privatrechts) nachweisen läßt. Soweit wir logisch-analytische genau faßbare Begriffe vor uns haben, sind diese Ergebnisse von frei zu bildenden Nominaldefinitionen, so daß sich keiner der möglichen Begriffe als einzig richtiger erweisen läßt. Eine realdefinitorische Beschreibung des Gegensatzes liefert keine abschließende und keine einfach-faßbare Umschreibung des Sachverhalts, so daß die Einsicht unabweislich erscheint, daß der normative Gehalt von ZGB 6/I nicht genau, sondern nur annäherungsweise und in Umrissen fixiert ist. Einer logisch-analytischen Untersuchung und Beschreibung ist diese Gesetzesvorschrift damit vorerst entzogen; sie bleibt einer mehr "impressionistischen" Betrachtungsweise anheimgegeben, die alle historischen und praktischen Faktoren wird werten müssen und ungefähr dem entspricht, was ich in diesem Aufsatz als "traditionale" Rechtsbetrachtung bezeichnet habe³⁹.

Das angeführte Beispiel kann für eine Vielzahl anderer stehen, bei denen eine gesetzliche Regel zwar eine generelle Richtung weist und die Umrise einer normativen Ordnung absteckt, innerhalb dieser Umrise jedoch einen Raum rechtlicher Unbestimmtheit läßt und die Statuierung einer Ordnung der Rechtsanwendung anheimgibt. Der Gesetzgeber des ZGB hat dies in zahlreichen Fällen bewußt in Kauf genommen, der Gesetzgeber des BGB Unbestimmtheiten mehrheitlich zu vermeiden gesucht. Das Ergebnis ist nicht grundsätzlich, sondern nur quantitativ verschieden, denn jede Gesetzgebung wird immer wieder vieles offen lassen, selbst wenn eine abschließende genaue Regelung versucht wird. Der Traum von der Möglichkeit abschließender Durchkodifizierung des Rechts ist seit langem ausgeträumt.

3. Die als gegeben hinzunehmende Unbestimmtheit positiv-rechtlicher Regelungen setzt der rechtlichen Begriffsbildung Schranken, denn wo kein eindeutiger Gedanke vorgegeben ist, darf dieser nicht in einen eindeutigen Begriff gebracht werden. Was für Begriffe gilt, gilt für

³⁸ Der schweizerische Gesetzgeber und besonders das ZGB überlassen immer wieder die Lösung als besonders heikel empfundener Probleme der Praxis.

³⁹ Es ist deshalb folgerichtig, wenn die Doktrin zu ZGB 6 nicht mehr von einem Begriffsgegensatz, sondern von einem "Strukturgegensatz" u. dgl. spricht. Vgl. H. HUBER, Komm. ZGB 6 N. 130.

rechtlich-normative Aussagen im allgemeinen; wo bloß eine mit einem Unbestimmtheitsfaktor behaftete rechtliche Anordnung vorliegt, kann deren normativer Gehalt nicht logisch-analytisch gefaßt, präzise formuliert werden.

Im genannten Sachverhalt sehe ich eine Hauptschwierigkeit, der Bestrebungen, die Leistungen der modernen Logik für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen, begegnen werden. Denn diese Leistungen liegen mindestens zu einem Teil in der Ermöglichung schärferer Erfassung von Gedankengehalten unter Vermeidung aller Mehrdeutigkeit. Schärfere Erfassung rechtlicher Inhalte und Eindeutigkeit der rechtlichen Aussage ist jedoch nicht nur *de lege lata* infolge der Unbestimmtheit des Rechtsstoffes oft nicht möglich, sondern *de lege ferenda*, bei der künftigen Gestaltung des positiven Rechts, vielleicht gar nicht immer wünschbar. Denn "Elastizität" einer Regelung (d. h. aber nichts anderes als deren partielle Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit), welche der Wissenschaft und Praxis einen Teil der rechtlichen Gestaltung anheimgibt und damit eine gewisse Fortentwicklung des Rechts ermöglicht, ist oft einer präzisen, damit abschließenden und notwendigerweise starren Fixierung des Rechts vorzuziehen. In diesem Zusammenhang muß man vielleicht auch an das Spannungsverhältnis zwischen *aequitas* und *ius strictum* erinnert werden, den Gegensatz zwischen einer im voraus getroffenen und damit vorausberechenbaren, jedoch notwendigerweise starren rechtlichen Regelung einerseits, und jener Rechtsauffassung andererseits, die der Fallgerechtigkeit Raum geben, d. h. es ermöglichen will, daß der Richter die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt.

VI.

1. Ein vom Rechtswissenschaftler verwendeter Begriff kann zweierlei sein: Durch eine Nominaldefinition frei gebildeter "Nominalbegriff", dessen Inhalt abschließend fixiert und logisch eindeutig bestimmt ist, oder aber "Realbegriff", d. h. eine überlieferte Vorstellung, die als solche übernommen wird, deren Inhalt indessen nicht abschließend erfaßt werden kann sondern sich bloß annäherungsweise beschreiben läßt, welche Beschreibung, sofern sie auf kurze Formeln gebracht ist, als Realdefinition erscheint.

"*Nominalbegriffe*" haben den Vorteil, daß infolge ihrer inhaltlichen Eindeutigkeit die auf sie gestützten Aussagen eindeutige logische Schlußfolgerungen zulassen. Ihr Nachteil liegt darin, daß sie oft den Stoff, den sie darstellen sollen, nicht voll erfassen, da die Vorstellungen, wie sie in der Rechtstradition und der Gesetzgebung⁴⁰ vorgefunden werden, meist

⁴⁰ Dies gilt für die Gesetzgebung herkömmlichen Stils. Verändert wäre die Situation, wenn der Gesetzgeber sich der Mittel der modernen Aussagen-Logik bedienen wollte und auf diese Weise eine völlige inhaltliche Präzision und damit auch die Möglichkeit abschließender wissenschaftlicher Beschreibung erreichte.

komplexer sind. Eine auf "Nominalbegriffe" sich abstützende, im Sinne dieses Aufsatzes "analytische" Rechtsbetrachtung liefert zwar eindeutige Ergebnisse, die indessen u. U. Korrekturen zu unterziehen sind, Korrekturen, die infolge der Verengung des Inhalts der zugrunde gelegten Begriffe und Prämissen gegenüber der vorgegebenen Realitäten notwendig werden können.

"Realbegriffe" können in der Regel⁴¹ die zu beschreibenden Vorstellungen nicht abschließend erfassen und tragen deshalb einen Unbestimmtheitsfaktor in sich, der notwendig auf die mit ihnen gebildeten Aussagen und die aus diesen gezogenen Schlußfolgerungen sich überträgt. Der Vorteil richtig verstandener und als solcher kenntlich gemachter Realbegriffe liegt indessen darin, daß sie im vornherein die Unbestimmtheit der Aussage erkennbar machen und diese für Ergänzungen offen halten.

2. Es ist typisch für rechtswissenschaftliche Aussagen heute üblicher Art, daß Begriffe zugrunde gelegt werden, von denen nicht klargestellt wird, ob diese das Produkt von Nominal- oder Realdefinitionen sind. Daraus ergeben sich vor allem in zweierlei Hinsicht Nachteile:

Es wird der Aussagegehalt der wissenschaftlichen Ableitungen nicht sichtbar gemacht. Wenn man eine von Realdefinitionen ausgehende Ableitung vor sich hat, dürfen ohne weiteres zusätzliche präzisierende Gesichtspunkte eingeführt werden, denn derartige Aussagen haben immer den Charakter von Näherungswerten, ja von "impressionistischen" Beschreibungen, die Verfeinerungen ohne weiteres zulassen. Ist die Untersuchung dagegen von Nominaldefinitionen ausgegangen, so dürfen Korrekturen nur vorgenommen werden, wenn gleichzeitig erklärt wird, von welchen anderen nominaldefinitorischen Begriffsbildungen aus die neuen Resultate hergeleitet werden.

Die Ungewißheit darüber, ob die vom Wissenschaftler eingeführten Begriffe nominaldefinitorisch oder realdefinitorisch gemeint sind, ist sodann die Ursache von unfruchtbaren Begriffsstreitigkeiten, für die oben in Ziff. III/2 und 3 Beispiele gegeben wurden.

3. Wir haben demnach davon auszugehen, daß jede wissenschaftliche Arbeit sich auf Begriffe abstützen muß, da jedes logische Urteil nur mit Hilfe von Begriffen formuliert werden kann, diese Begriffe aber, je nachdem, ob sie das Produkt von Nominal- oder Realdefinitionen sind, ihre eigentümliche Unvollkommenheit in die logische Ableitung hineinbringen:

⁴¹ In einem streng logischen Sinn ist eine zwingendermaßen abschließende Erfassung nicht möglich. Vgl. dazu oben Anm. 2.

bei den "Nominalbegriffen" vermutungsweise das Fehlen von Identität mit den überlieferten, vorgefundenen Vorstellungen, die es zu beschreiben gilt, bei den "Realbegriffen" fehlende Eindeutigkeit und Präzision. Es wird eine künftige Aufgabe der Methodenlehre sein, in dieser Aporie Hilfen anzubieten. Das Dilemma, das hier bloß angedeutet werden konnte, verwirklicht sich natürlich nicht bei aller wissenschaftlicher Arbeit, obwohl es bei einer tiefergreifenden Analyse wohl fast regelmäßig am Grunde einer Bearbeitung traditionellen (in Gesetzgebung und Überlieferung vorgegebenen) Rechtsstoffes zu finden wäre.

Der Ausweg aus genanntem Dilemma muß wohl in der Richtung einer *Bewußtmachung* der Gegensätze von nominal- und realdefinitiven Begriffsbildungen und der an sie anknüpfenden Aussagen gesucht werden, einer Bewußtmachung, die gleichzeitig die Möglichkeit der *gegenseitigen Ergänzung* sichtbar macht. Eine Verbindung beider von Grund auf verschiedenen Betrachtungsweisen (einerseits diejenige, die von Nominal-, andererseits jene, die von Realdefinitionen ausgeht) wird nicht in Frage kommen; erst recht wird auf die Dauer nicht befriedigen können die heute so verbreitete unkritische, meist sogar unbewußte Vermischung beider Arten des Vorgehens. Wenn es etwa gilt, den theoretisch interessanten wie in gewissen Fällen praktisch bedeutsamen Gegensatz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht⁴² zu fassen, wird bloß eine *dualistische* Methode dem Gegenstand gerecht werden: Es braucht auf der einen Seite die Verfügbarkeit von Nominaldefinitionen, d. h. eine Übersicht über jene nach einfachen Kriterien bildbaren Gegensatzpaare, die der Wissenschaftler frei aufstellen kann oder auch mit möglicher Vollständigkeit aufstellen soll, ohne für das eine oder andere Begriffspaar Verbindlichkeit beanspruchen zu können, auf der anderen Seite eine gewissermaßen empirische und historische Untersuchung, die den Ursprüngen und der Verwurzelung in der gegenwärtigen Gesetzgebung und Rechtspraxis nachgeht. Das Resultat wird nie eine einfache Formel sein können, sondern wohl lediglich Angaben von zunehmender Genauigkeit über das Zusammenwirken der beiden Betrachtungsweisen, die sich als solche zwar einem gemeinsamen Ziel unterordnen, niemals aber zu einer einzigen Denkweise verschmelzen lassen.

Die Bedeutung der postulierten Bewußtmachung des Gegensatzes von nominal- und realdefinitiven Begriffsbildungen und der an sie anknüpfenden Untersuchungen wird im logischen Bereich darin liegen, daß damit bei jeder wissenschaftlichen Aussage sichtbar gemacht wird, in welchem Sinn sie – dem gewählten Ausgangspunkt entsprechend – in ihrer Gültigkeit bedingt ist, inwieweit und in welchem Sinn ihr Gehalt einer Korrektur unterworfen ist.

⁴² Vgl. oben Ziff. III/2 lit. a, Ziff. III/3.