

UNIwersytet IM. Adama Mickiewicza w Poznaniu

SERIA PRAWO NR 129

# SZKICE Z TEORII PRAWA i SZCZEGÓŁOWYCH NAUK PRAWNYCH

Pod redakcją

SŁAWOMIRY WRONKOWSKIEJ  
i MACIEJA ZIELIŃSKIEGO



POZNAŃ 1990

Okladkę projektował  
PIOTR SIKORSKI

Redaktor  
ANDRZEJ JANKOWSKI

Redaktor techniczny  
JACEK GRZEŚKOWIAK

ISBN 83-232-0113-7

ISSN 0083-4262

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU

Wydanie I. Nakład 420+80 egz. Ark. wyd. 33,25. Ark. druk. 30,5. Papier offset. kl. III, 70 x 100

Oddano do składania w maju 1988 r. Podpisano do druku w listopadzie 1989 r.

Druk ukończono w kwietniu 1990 r. Zamówienie nr 119/134

DRUKARNIA UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA - POZNAŃ, UL. FREDRY 10

Bayerische  
Staatsbibliothek  
München

## SPIS TREŚCI

Słowo wstępne . . . . .	11
Możliwe światy teorii prawa (Jan Woleński) . . . . .	15
Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo (Jerzy Wróblewski) . . . . .	31
Umowy — mitologia równości (Ewa Łętowska) . . . . .	47
Teoria źródeł prawa a współczesne kierunki rozwoju prawa pracy (Tadeusz Zieliński) . . . . .	63
W kwestii koncepcji źródeł prawa (na tle zasad prawa cywilnego) (Andrzej Stelmachowski) . . . . .	83
Stanowienie i uznanie prawa (Henryk Rot) . . . . .	97
Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego (Sławomira Wronkowska) . . . . .	117
Teoretycznoprawne i socjologicznoprawne problemy prawa pracy (Maria Borucka-Arctowa) . . . . .	135
Obraz systemu prawa w dogmatyce prawniczej (Krzysztof Piesza, Tomasz Gizbert-Studnicki) . . . . .	151
Aspekty zasady „ <i>clara non sunt interpretanda</i> ” (Maciej Zieliński) . . . . .	173
System tytułów w aktach normatywnych (Franciszek Studnicki) . . . . .	187
Uwagi o zastosowaniu koncepcji interpretacji humanistycznej w prawie karnym (Wojciech Patryas) . . . . .	203
Strukturalistische Regeln zur Rechtsfindung (Lothar Philipps) . . . . .	213
Teoretyczne problemy prawomocności decyzji sądowych (Małgorzata Król) . . . . .	223
Law as a Social Issue (Csaba Varga) . . . . .	239
Aspekty prawne szeroko pojętej polityki społecznej (Wacław Szubert) . . . . .	257
Prawo a polityka (propozycja porządku rozważań) (Krzysztof Pałeczki) . . . . .	273
Rozważania na temat związków prawa i społeczeństwa we współczesnych teoriach socjologicznoprawnych (Grażyna Skąpska) . . . . .	289
Wartości i oceny w świetle dwóch teorii norm (Kazimierz Opałek) . . . . .	307
Logika deontyczna a prawoznawstwo (Aleksander A. Iwin) . . . . .	323
Logika prawnicza a logika deontyczna (Jerzy Kalinowski) . . . . .	345
Twierdzenia performatywne a akty psychospołeczne (Jean-Louis Gardies) . . . . .	359
Czy potrzebna jest filozofia prawa? (Wiesław Lang) . . . . .	373
Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen (Arthur Kaufmann) . . . . .	385
etyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy (Jerzy Kmita) . . . . .	413
Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna (Marek Zirk-Sadowski) . . . . .	431
Rechtsontologie und analytische Jurisprudenz (Ota Weinberger) . . . . .	447
Koncepcje teoretycznoprawne Zygmunta Ziemińskiego a idee naukowe Czesława Znamierowskiego (Stanisław Czepita) . . . . .	463
Wykaz współautorów . . . . .	485
List of authors . . . . .	486
Verzeichnis der Mitarbeiter . . . . .	487
Перечень соавторов . . . . .	488

## CONTENTS

Introduction . . . . .	11
<i>Possible realms of the theory of law</i> (Jan Woleński) . . . . .	15
<i>The paradigm of legal dogmatics and jurisprudence</i> (Jerzy Wróblewski) . . . . .	31
<i>Contracts — a myth of equality</i> (Ewa Łętowska) . . . . .	47
<i>The theory of sources of law and the modern trends of development in labour law</i> (Tadeusz Zieliński) . . . . .	63
<i>On the question of the conception of sources of law (in the light of the principles of civil law</i> (Andrzej Stelmachowski) . . . . .	83
<i>Enacting and recognizing the law</i> (Henryk Rot) . . . . .	97
<i>The rational legislator as a model for the real lawmaker</i> (Sławomira Wronkowska) . . . . .	117
<i>Theoretical-legal and sociological-legal problems of labour law</i> (Maria Borucka-Arctowa) . . . . .	135
<i>The image of the legal system in particular legal sciences</i> (Krzysztof Pleszka, Tomasz Gizbert-Studnicki) . . . . .	151
<i>Aspects of the principle „<i>clara non sunt interpretanda</i>”</i> (Maciej Zieliński) . . . . .	173
<i>The title system in legal acts</i> (Franciszek Studnicki) . . . . .	187
<i>Remarks on the application of the conception of humanistic interpretation in penal law</i> (Wojciech Patryas) . . . . .	203
<i>The rules of determining the legal basis in the structuralist approach</i> (Lothar Philipps) . . . . .	213
<i>Theoretical issues of validity of judicial decisions</i> (Małgorzata Król) . . . . .	223
<i>Law as a social issue</i> (Csaba Varga) . . . . .	239
<i>Legal aspects of social policy „<i>sensu largo</i>”</i> (Wacław Szubert) . . . . .	257
<i>Law and politics (a proposal for ordering the discussion)</i> (Krzysztof Pałeczki) . . . . .	273
<i>Considerations on the relations between law and society in modern socio- logical-legal theories</i> (Grażyna Skąpska) . . . . .	289
<i>Values and evaluations in the light of two theories of norms</i> (Kazimierz Opałek) . . . . .	307
<i>Deontic logic and jurisprudence</i> (Aleksander A. Iwin) . . . . .	323
<i>Legal logic and deontic logic</i> (Jerzy Kalinowski) . . . . .	345
<i>Performative statements and psychosocial acts</i> (Jean-Louis Gardies) . . . . .	359
<i>Is the philosophy of law necessary?</i> (Wiesław Lang) . . . . .	373
<i>The theory of justice. Considerations in a historical setting</i> (Arthur Kaufmann) . . . . .	385
<i>The ethical aspect of the conception of the rational legislator</i> (Jerzy Kmita) . . . . .	413
<i>The construction of the rational legislator and the communication competence</i> (Marek Zirk-Sadowski) . . . . .	431
<i>The ontology of law and analytical jurisprudence</i> (Ota Weinberger) . . . . .	447
<i>The theoretical-legal conceptions of Zygmunt Ziemiński and the scientific ideas of Czesław Znamierowski</i> (Stanisław Czepita) . . . . .	463
The List of the Authors . . . . .	485

## СОДЕРЖАНИЕ

Введение . . . . .	11
<i>Возможные миры теории права (Ян Воленьски)</i> . . . . .	15
<i>Парадигма догматики права, а правоведение (Ежи Врублевски)</i> . . . . .	31
<i>Договоры — мифология равенства (Эва Лентовска)</i> . . . . .	47
<i>Теория источников, права, современные направления развития трудового права (Тадеут Зелиньски)</i> . . . . .	63
<i>К проблеме концепции источников права (на фоне гражданского права) (Анджей Стельмаховски)</i> . . . . .	83
<i>Становление и усмотрение права (Генрик Рот)</i> . . . . .	97
<i>Рациональный законодатель — образцом фактического законодателя (Славомира Вронковска)</i> . . . . .	117
<i>Теоретически правовые и социологически правовые проблемы трудового права (Мария Боруцка-Арцтова)</i> . . . . .	135
<i>Образ системы права в юридической догматике (Томаш Гизберт-Студницки, Кжиштоф Плэшка)</i> . . . . .	151
<i>Аспекты принципа „clara non sunt interpretanda” (Мацей Зелиньски)</i> . . . . .	173
<i>Титульная система в нормативных актах (Францишек Студницки)</i> . . . . .	187
<i>Заметки о применении концепции гуманитарной интерпретации в уголовном праве (Войцех Патрыас)</i> . . . . .	203
<i>Структурные правила правовых решений (Лотар Филиппс)</i> . . . . .	213
<i>Теоретические проблемы законной силы судебных решений (Малгожата Круль)</i> . . . . .	223
<i>Право как общественное явление (Чаба Варга)</i> . . . . .	239
<i>Правовые аспекты, тирого понимаемой, социальной политики (Вацлав Шуберт)</i> . . . . .	257
<i>Право, а политика (предложения относительно порядка размышлений) (Кжиштоф Палэцки)</i> . . . . .	273
<i>Размышления на тему связей права и общества в современных социологоправовых теориях (Гпажина Скомпска)</i> . . . . .	289
<i>Ценности и оценки в свете двух теорий норм (Казимеж Опалэк)</i> . . . . .	307
<i>Деонтическая логика а правоведение (Александр А. Ивин)</i> . . . . .	323
<i>Юридическая логика, а деонтическая логика (Ежи Калиновски)</i> . . . . .	345
<i>Перформативные утверждения, а психолого-общественные акты (Жан-Луи Гарди)</i> . . . . .	359
<i>Нужна ли философия права? (Веслав Ланг)</i> . . . . .	373
<i>Теория справедливости. Исторические размышления (Артур Кауфманн)</i> . . . . .	385
<i>Этичецкий аспект концепции рационального законодателя (Эжи Кмита)</i> . . . . .	413
<i>Конструкция рационального законодателя, а коммуникативная компетенция (Марек Зирк-Садовски)</i> . . . . .	431
<i>Онтология права, а аналитическая юриспруденция (Ота Вейнбергер)</i> . . . . .	447
<i>Теоретически правовые концепции Зигмунта Зембиньского, а научные идеи Чеслава Знаменовского (Станислав Чепита)</i> . . . . .	463
Перечень соавторов . . . . .	485

## INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort . . . . .	11
Über die Verschiedenheit von Rechtstheorien (Jan Woleński) . . . . .	15
Das Paradigma der Rechtsdogmatik und die Rechtswissenschaft (Jerzy Wróblewski) . . . . .	31
Verträge — eine Mythe über die Gleichheit (Ewa Łętowska) . . . . .	47
Rechtsquellentheorie und die gegenwärtige Entwicklung des Arbeitsrechts (Tadeusz Zieliński) . . . . .	63
Ein Beitrag zur Rechtsquellentheorie (anhand zivilrechtlicher Prinzipien) (Andrzej Stelmachowski) . . . . .	83
Rechtssetzung und Anerkennung als Recht (Henryk Rot) . . . . .	97
Rationaler Gesetzgeber als Vorbild für den soziologischen Gesetzgeber (Sławomira Wronkowska) . . . . .	117
Rechtstheoretische und rechtssoziologische Probleme des Arbeitsrechts (Maria Borucka-Arctowa) . . . . .	135
Das Bild des Rechtssystems in der Rechtsdogmatik (Krzysztof Pleszka, Tomasz Gizbert-Studnicki) . . . . .	151
Verschiedene Aspekte des Prinzips „ <i>clara non sunt interpretanda</i> ” (Maciej Zieliński) . . . . .	173
Über das Titelsystem in normativen Akten (Franciszek Studnicki) . . . . .	187
Bemerkungen über Anwendung der sog. Theorie der humanistischen Interpretation im Strafrecht (Wojciech Partyas) . . . . .	203
Strukturalistische Regeln zur Rechtsfindung (Lothar Philipp's) . . . . .	213
Theoretische Probleme der Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen (Małgorzata Król) . . . . .	223
Das Recht als gesellschaftliches Problem (Csaba Varga) . . . . .	239
Juristische Aspekte einer umfassenden Sozialpolitik (Wacław Szubert) . . . . .	257
Politik und Recht (ein Vorschlag über Einordnung des Diskurses) (Krzysztof Pałeczki) . . . . .	273
Betrachtungen über die Zusammenhänge von Recht und Gesellschaft in rechtssoziologischen Theorien der Gegenwart (Grażyna Skąpska) . . . . .	289
Wert und Werturteil im Lichte von zwei Normentheorien (Kazimierz Opalek) . . . . .	307
Deontische Logik und Rechtswissenschaft (Aleksander A. Iwin) . . . . .	323
Juristische Logik und deontische Logik (Jerzy Kalinowski) . . . . .	345
Performative Feststellungen und psychosoziale Akte (das Versprechen als Beispiel) (Jean-Louis Gardies) . . . . .	359
Braucht man eine Rechtsphilosophie? (Wiesław Lang) . . . . .	373
Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen (Arthur Kaufmann) . . . . .	385
Ethische Aspekte einer Theorie des rationalen Gesetzgebers (Jerzy Kmita) . . . . .	413

<i>Theorie des rationalen Gesetzgebers und die Kommunikationskompetenz (Marek Zirk-Sadowski)</i> . . . . .	431
<i>Rechtsontologie und analytische Jurisprudenz (Ota Weinberger)</i> . . . . .	447
<i>Einige Elemente der Rechtstheorie von Zygmunt Ziemiński und das Gedankengut von Czesław Znamierowski (Stanisław Czepita)</i> . . . . .	463
<b>Verzeichnis der Mitarbeiter</b> . . . . .	485

# **STRUKTURALISTISCHE REGELN ZUR RECHTSFINDUNG\***

LOTHAR PHILIPPS  
München

## **I**

Über die Beziehung zwischen allgemeiner Philosophie und Rechtsphilosophie gibt es seit langem ein boshaftes Wort. Zehn Jahre nachdem eine philosophische Mode ihren Höhepunkt erreicht hat, sagt man, wird sie mit Eifer von der Rechtsphilosophie aufgegriffen. Der Existentialismus beispielsweise erreichte 1945 seinen Höhepunkt; ab 1955 begannen aufsehenerregende Schriften zur existentiellen Rechtsphilosophie zu erscheinen. Die nächste und seitdem letzte europäische Modephilosophie war, wieder von Paris ausgehend, der Strukturalismus, der Anfang der 60er Jahre seinen Gipfel erreichte. Nach dem Prinzip der zeitigen Versetzung hätte es Anfang bis Mitte der 70er Jahre wieder soweit sein müssen, mit einer strukturalistischen Rechtsphilosophie. Aber nichts rührte sich diesmal. Ein paar Spuren in Aufsätzen vielleicht; sie blieben unbeachtet.

Dies Schweigen war umso verwunderlicher, als der Strukturalismus vieles zu bieten hatte, das den Juristen hätte ansprechen müssen: die Zuwendung zur Sprache — von jeher und gerade in den vorhergehenden Jahren ein Lieblingsthema der Rechtsphilosophie — die Beschäftigung mit sozialen Vorgängen — darunter so rechtsnahen wie dem Tausch —, und nicht zuletzt Untersuchungen über Techniken des Klassifizierens, das von jeher eine der Lieblingstätigkeiten des Juristen war. Die Existenzphilosophie hatte nichts Vergleichbares anzubieten gehabt.

Das Ausbleiben der Strukturalismusrezeption ist gewiß auffällig; aber worauf es zurückzuführen ist, darüber kann man nur spekulieren.

---

\* Der Text ist die gekürzte, im Detail aber auch verdeutlichte Fassung eines Referats, das ich im Mai 1984 in Toruń und in Poznań vorzutragen Gelegenheit hatte.



Manches spricht für eine Art Erschöpfung der europäischen Rechtsphilosophie und speziell der deutschen, die so oft die Initiative ergriffen hatte. Es ist etwas an dem, was Hermann Klenner „Rechtsphilosophie in der Krise“ nennt<sup>1</sup>, womit er die bundesdeutsche Rechtsphilosophie meint. (Freilich würde es einem Satiriker nicht schwerfallen, die Rezensionen zu schreiben, die Klenner verfaßt hätte, wenn es eine strukturalistische Rechtsphilosophie in der Bundesrepublik gegeben hätte).

- Inzwischen kräuselt sich längst kein Kielwasser der strukturalistischen Mode mehr, in das man sich einhängen könnte. Und das ist auch gut so. Der Strukturalismus ist ja viel mehr als eine Modephilosophie: eine Technik zur Analyse sprachlicher und kultureller Phänomene, die von Fachwissenschaftlern seit Jahrzehnten angewandt wurde und immer noch angewandt wird.

## II

Ich habe auf strukturalistischer Grundlage einige Rechtsfindungsregeln entwickelt, die ich seit längerem in meinen strafrechtlichen Lehrveranstaltungen anwende. Die Regeln unterscheiden sich von den gebräuchlichen dadurch, daß sie einen zur Entscheidung stehenden Rechtsfall nicht allein auf das Gesetz beziehen, sondern vor allem auf benachbarte Fälle, bzw. — was nur ein Unterschied der Betrachtungs- und Ausdrucksweise ist — daß sie Anleitung geben, einen Rechtsfall in systematischer Weise zu variieren. Das strukturalistische Vorgehen unterscheidet sich damit von der klassischen Methode der grammatischen-systematischen-historischen-teleologischen Auslegung des Gesetzes, um ihm, das angesichts des fraglichen Falles beredt zu schweigen oder dunkel zu reden scheint, doch noch eine klare Antwort abzupressen. Aber dieser Unterschied ist vielleicht gar nicht so wichtig, zumal man zweifeln kann, ob der klassische Kanon heutzutage noch mehr ist als Ornament, Bildungszitat. Wichtiger ist der Gegensatz zum Prinzip der linearen Abarbeitung des einen, des gegebenen Rechtsfalles, wobei einer bestimmten Reihenfolge in der Abarbeitung dieses einen Falles höchste Aufmerksamkeit zuteil wird, aber Nachbarfälle links liegen bleiben können. In der deutschen Strafrechtswissenschaft der 50er Jahre beispielsweise hatte die Auseinandersetzung darüber, ob der Tatvorsatz im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit zu prüfen sei und also vor der Rechtswidrigkeit, oder vielmehr erst bei der Schuld und damit

---

<sup>1</sup> H. K l e n n e r, *Rechtsphilosophie in der Krise*, Berlin 1976.

nach der Rechtswidrigkeit, den Charakter eines Glaubenskrieges angenommen. Inzwischen ist Leidenschaft durch Pedanterie ersetzt worden. Eine immer umfangreicher werdende Ausbildungsliteratur schreibt immer subtiler werdende Aufbauregeln und Prüfungsschemata vor, und was in der Ausbildung eingeübt wird, wird in die Praxis tradiert. Alle diese Prüfungsschemata erfassen nur den einen, zur Entscheidung stehenden Fall.

Dabei ist die Entscheidung eines Rechtsfalls von den Nachbarfällen her durchaus kein neues Prinzip. Der Romanist Kaser hat darauf hingewiesen, daß schon die römischen Zivilrechtler so verfahren sind, oft ohne erkennbare Bezugnahme auf eine Rechtsnorm<sup>2</sup>. Gute Praktiker verfahren auch heute so. Aber ob sie das tun, und wann sie das tun, ist ihrer freien Intuition überlassen; es gibt grundsätzlich keine ausgearbeiteten Regeln, die die systematische Erfassung von Nachbarfällen ermöglichen oder gar zur Pflicht machen<sup>3</sup>.

Rechtsfindung „auf strukturalistischer Grundlage“ — das ist immer noch ein weites Feld. Die folgenden Ausführungen machen vor allem von der Theorie der „äquilibrierten Dreiecksgraphen“ Gebrauch<sup>4</sup>, die sich außerhalb der Jurisprudenz schon in manchen strukturalistischen Analysen bewährt hat.

Der erste Schritt ist dieser: hat man einen juristischen Problemfall, so suche und formuliere man den entsprechenden Normalfall<sup>5</sup>. Der schlichte Blick auf den Normalfall wirkt oft bereits erhellend, schließt jedenfalls Fehler aus. Unlängst hatten die Teilnehmer an einer meiner Übungen einen Fall zu bearbeiten, der möglicherweise ein verbotenes

<sup>2</sup> M. K a s e r, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen 1962.

<sup>3</sup> Als Ausnahmen darf ich die Arbeiten von F. H a f t anführen; vor allem seine *Einführung in das juristische Lernen*, Bielefeld 1983. Als methodologische Einsicht statt es als handwerkliche Anweisung finden sich derartige Gedanken freilich schon früher, besonders gelungen bei A. K a u f m a n n, *Analogie und „Natur der Sache“*, 2. Aufl., Heidelberg 1981.

<sup>4</sup> C. F l a m e n t, *Theorie des graphes et structure sociale*, Paris 1965.

<sup>5</sup> Der Ausdruck „Normalfall“ ist vor allem von Haft eingeführt worden; es gefällt mir besser als etwa „Idealtyp“, weil er weniger präventiv und methodologisch belastet klingt — jedenfalls für den deutschen Leser. Der amerikanische Autor L.T. McCarty benutzt die Ausdrücke „Prototype“ und „Deformation“, die der Terminologie der kognitiven Psychologie entnommen sind. L.T. M c C a r t y, *A Computational Theory of Legal Argument* (1981, Typoskript).

Alle drei — Haft, McCarty und der Verfasser — streben übrigens (sei es als Haupt, sei es als Nebengedanke) die Entwicklung eines „Expertensystems“ an, bei dem Computer der Rechtsfindung — nicht einfach der Auffindung oder Analyse juristischer Textstellen — dienen soll.

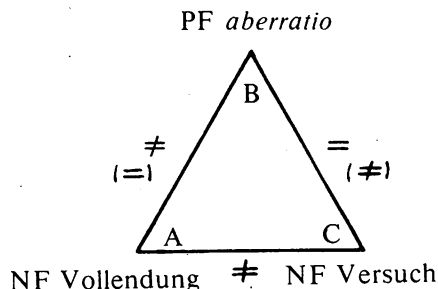
Glücksspiel bedeutete. Glücksspiele sind im deutschen Recht nur dann strafbar, wenn sie „öffentlich“ stattfinden. Wenn nun viele Studenten die „Öffentlichkeit“ mit der Begründung verneinten, daß das Spiel „hinter verschlossenen Türen“ stattgefunden habe, so war das argumentativ äußerst schwach. Der Gedanke an den Normalfall hätte die Bearbeiter darauf bringen müssen, daß verbotene Glücksspiele normalerweise hinter geschlossenen Türen stattfinden; wenn die Vorschrift überhaupt einen Sinn haben soll, muß man den Begriff „öffentlich“ wohl anders auslegen.

Hat man den Normalfall gefunden, so frage man, ob die „Distanz“ zum Problemfall so groß ist, daß man diesen anders entscheiden sollte als den Normalfall, oder ob sie noch nicht so groß ist: dann sollte man im gleichen Sinne entscheiden. Es versteht sich, daß man die Distanz nicht einfach intuitiv abschätzt, sondern die Fälle auf ihre Gleichheiten und Ungleichheiten hin analysiert. In manchen Fällen wird man jetzt schon seines Urteils sicher sein; in den meisten wohl noch nicht: hier muß man die Beurteilungsbasis erweitern.

Dazu suche und formuliere man einen entgegengesetzten Normalfall. Problemfälle sind ja typischerweise „Grenzfälle“, und auch jenseits der Grenze gibt es einen Normalfall. Dieser Normalfall kann einer anderen Rechtskategorie zugehören oder auch gar keiner, sanktionslos sein. Diejenigen Bearbeiter des eben erwähnten Übungsfalles, die auch das erlaubte Glücksspiel unter Freunden in Betracht zogen, hatten sogleich eine überlegene argumentative Ausgangsbasis.

Der Fall vom Glücksspiel sei hier nur angedeutet, um zu zeigen, daß man mit der Technik von Normalfall und Problemfall sich auch unvertrauten Rechtsfällen sachgerecht nähern kann (der Münchner Jurastudent ist im Normalfall solide und mit Glücksspielen unvertraut). Da es hier aber um die Struktur solcher Argumentationen geht und ich nicht mit zwei Unbekannten operieren möchte, werde ich nun eine Konstellation als Beispiel verwenden, die bekannt und dennoch problematisch ist. Die *aberratio ictus*: man zielt auf den Staatspräsidenten, aber trifft dessen Gattin, die neben ihm auf der Tribüne steht. Vollendete Tötung? Immerhin wollte man einen Menschen töten und hat einen Menschen getötet. Oder nur Versuch? Das anvisierte Opfer, auf das es einem auch ankam, hat man schließlich verfehlt.

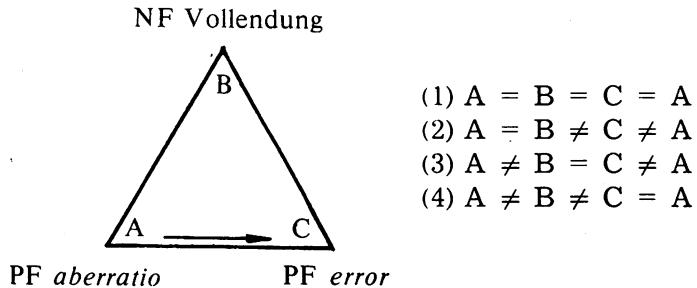
Der Problemfall (PF) der *aberratio* liegt also zwischen dem Normalfall (NF) der Vollendung und dem Normalfall des Versuchs. Diese Beziehung läßt sich so darstellen, daß man die drei Falltypen in die drei Ecken eines Dreiecks einträgt; auch die beiden Normalfälle sind also miteinander zu verbinden.



Die drei Ecken des Dreiecks (die drei Knoten des Graphen) drücken Entscheidungen aus, und zwar binäre Entscheidungen, hier im Sinne der Annahme von „Vollendung“ oder von „Versuch“. Ein solches Entscheidungs-dreieck ist dann „äquilibriert“ (mit anderen Worten: ein solches Entscheidungssystem ist dann logisch konsistent), wenn entweder alle drei Seiten (Kanten) gleichsinnige Entscheidungen verbinden oder aber wenn zwei und nur zwei Seiten ungleichsinnige Entscheidungen verbinden (also entsprechend den Multiplikationsregeln der Algebra zu Plus und Minus). Da hier die Kante zwischen dem Normalfall Vollendung und dem Normalfall Versuch definitionsgemäß zwei ungleichsinnige Entscheidungen verbindet, muß eine, aber auch nur eine der beiden anderen Kanten ebenfalls im Sinne einer ungleichsinnigen Entscheidung festgelegt werden. Man muß also den Problemfall *aberratio* entweder abweichend vom Normalfall Vollendung (also im Sinne von Versuch) entscheiden oder aber abweichend vom Normalfall Versuch, dann also im Sinne von Vollendung. Das ist klar — und zwar jetzt nicht nur, weil wir es immer schon gewußt haben, sondern auch weil es sich aus definitiven Festsetzungen ergibt.

Um jetzt — und in anderen Fällen entsprechend — einen Schritt weiterzugehen, suche man einen zweiten Problemfall, der dem ersten irgendwie „entgegengesetzt“ ist: mit ihm verwandt und doch von ihm unterschieden. Ein solcher Fall ist hier rasch gefunden, weil ebenfalls altbekannt. *Error in persona*: jemand will den Claudius töten und ersticht stattdessen Apolonius. Gemeinsam ist den Problemfällen, daß ein anderer getötet wurde als der, auf den es dem Täter ankam, — der Unterschied ist, daß dem *error* eine Personenverwechslung zugrunde liegt und der *aberratio*, daß der Schuß oder Stoß fehlgeht. (Es ist sicherlich kein Zufall, sondern weist auf verschüttetes methodologisches Wissen hin, daß die juristische Dogmengeschichte nicht nur dieses, sondern auch viele andere Probleme gleich in der Form eines Fallpaares tradiert).

Die beiden Problemfälle seien nun wiederum zusammen mit einem Normalfall in der Form eines Dreiecks dargestellt. Nehmen wir den Fall der Vollendung; es könnte genausogut auch der des Versuchs sein.



Da diesmal noch keine Festlegungen erfolgt sind — Problemfälle sind definitionsgemäß offen —, gibt es *a priori* vier Möglichkeiten, das Dreieck zu äquilibrieren: jede der drei Kanten kann zwei gleichsinnige Entscheidungen verbinden, während die beiden anderen dann ungleichsinnig sein müssen, — und als vierte Möglichkeit kommt noch die hinzu, daß alle drei Ecken des Dreiecks gleichsinnige Entscheidungen ausdrücken.

Im einzelnen stellen sich die Möglichkeiten folgendermaßen dar; wobei ich mit der letztgenannten beginne:

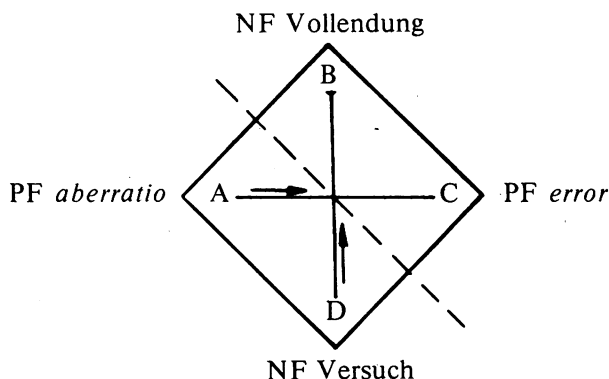
- (1) man nimmt bei der *aberratio* wie beim *error* vollendete Tat an — wie im Normalfall,
- (2) man entscheidet bei der *aberratio* gemäß der vollendeten Tat; beim *error* wird dagegen, zu den beiden anderen Knoten hin abweichend, nur Versuch angenommen,
- (3) umgekehrt: beim *error* entscheidet man im Sinne von Vollendung und damit abweichend vom Fall der *aberratio* (Versuch),
- (4) man nimmt bei der *aberratio* und beim *error* Versuch an; die Verbindung zwischen den beiden Problemfällen drückt jetzt also die gleichsinnige Entscheidung aus, und die beiden Verbindungen zum Normalfall sind Ausdruck ungleichsinniger Entscheidung.

Der Entscheidungsspielraum von vier Alternativen ist weit; er erfährt jedoch sogleich eine Einschränkung, wie sie typisch und häufig vorkommt: zwischen *aberratio* und *error* besteht das Verhältnis einer normativen Implikation. Was eine normative Implikation ist, kann hier nur angedeutet werden<sup>6</sup>; fürs erste genügt der zwar unbestimmte aber

<sup>6</sup> Eine Fallkonstellation A impliziert normativ eine Konstellation B genau dann, wenn es ungerecht wäre, an die Konstellation A eine bestimmte Sanktion zu knüpfen und an B nicht (oder nur eine schwächere). Die *aberratio* impliziert normativ den *error i.p.* genau dann, wenn es ungerecht wäre, die *aberratio* als vollendete Tat zu bestrafen und den *error*

vertraute Begriff des *argumentum a minori ad maius*: wenn ich (schon) bei der *aberratio* eine vollendete Tat annehme, so muß ich das (erst recht) beim *error* tun. Damit scheidet die zweite der eben angeführten Alternativen aus. Wenn man weiterhin bedenkt, daß die vierte Möglichkeit, in beiden Problemfällen gleicherweise Versuch anzunehmen, zwar ganz vereinzelt im 19. Jahrhundert vertreten wurde, aber seitdem nicht mehr, darf man sie ebenfalls als unvertretbar streichen. So verbleiben noch die Alternativen (1) und (3). Damit scheinen wir zwar nicht weitergekommen zu sein als mit Hilfe des ersten Dreiecks; aber für argumentative Zwecke ist es gleichwohl bedeutsam, daß man auf zwei verschiedenen Wegen in denselben Näherungsbereich gelangt.

Bevor wir mit der Analyse fortfahren, sei eine Skizze angefügt, die die Ansätze, deren wir uns bedient haben, graphisch vervollständigt. (Normative Implikationen sind durch einen Pfeil angedeutet).



Der einfachste Graph, der Entscheidungskonsistenz (oder -inkonsistenz) zum Ausdruck bringt, ist ein Dreieck. Vier solcher Dreiecke können sich (im einfachsten Fall) zum Netzwerk eines Vierecks zusammensetzen. Insofern die Seiten dieser Dreiecke teilweise identisch sind,

nicht (sondern etwa nur als Versuch). Das ist hier sicherlich der Fall. Es steht nicht im Widerspruch zu einer normativen Implikationsbeziehung, wenn — wieder auf das Beispiel bezogen — in beiden Konstellationen Vollendung angenommen würde oder nur in der zweiten (der *errors*) oder in keiner von ihnen. Die Werteverteilung der Implikation entspricht der Aussagenlogik. Es ist nicht vorausgesetzt, daß eine Teilmengenbeziehung zwischen den Gliedern der Implikation bestehe oder gar daß — im Jargon der juristischen Dogmatik gesprochen — das eine verglichen mit dem anderen ein „wesensgleiches Minus“ sei. In den Lehrbüchern der Rechtslogik wird dem *argumentum a minori ad maius*, (und dem *a maiori ad minus*, wofür Analogie gilt) der logische Status abgestritten. In ihrer „Nebelhaftigkeit lassen (sie) sich kaum allgemein klar formulieren“. (Siehe O. Weinberger, *Rechtslogik*, Wien 1970, S. 337). Aber das ist falsch. Näheres in meinem Aufsatz: *Die normative Implikation*, der in der Zeitschrift „Rechtstheorie“ erscheinen wird.

drücken sie weitergehende logische Abhängigkeiten aus — und damit auch die wechselseitige Möglichkeit juristischer Präjudizierung.

Im Zusammenhang mit der hier skizzierten Technik der Gegenüberstellung und „Auswägung“ von Problemfällen und Normalfällen bieten sich vor allem drei strukturalistische Operationen zur Rechtsfindung an: die Verschiebung eines Problemmusters, seine Erweiterung und seine Spiegelung<sup>7</sup>.

Zur Verschiebung: man hat einen Problemfall zu entscheiden und hat ihm bereits einen zweiten Problemfall entgegengestellt. Nun ersetze man den Ausgangsfall versuchsweise durch einen ähnlichen, der aber dem oppositionellen Fall nähersteht. Die Tendenz, die beiden Fälle im gleichen Sinne zu entscheiden, wird dadurch verstärkt. Dann ersetze man den Ausgangsfall versuchsweise durch einen solchen, der von seinem Gegenspieler weiter entfernt ist: das verstärkt die Tendenz zu einer entgegengesetzten Entscheidung.

Bedenkt man beispielsweise den klassischen Fall der *aberratio ictus*, so suche man nach einer Variante, die dem *error in persona* nähersteht. Jemand sei beispielsweise zu unrecht bei der Polizei angeschwärzt worden, der so erzeugte Verdacht aber auf einen ganz anderen gefallen<sup>8</sup>. Zwar sind nach wie vor zwei Tatobjekte im Spiel, aber diesmal — wie beim *error* — im wesentlichen ein Rechtsgutsträger: die Institution Rechtspflege. Es ist vielleicht kein Zufall, daß mir zwar mehrere Varianten der *aberratio*-Konstellation bekannt sind, die sich zur *error*-Konstellation hinbewegen, aber keine, die von ihr weiter wegrückt. Das spricht für die Lösung, beide Konstellationen in gleicher Weise zu entscheiden: als vollendete Tat<sup>9</sup>.

Zur Erweiterung eines Problemmusters übertrage man es in eine andere, kompliziertere Konstellation. Eine Erweiterung der *aberratio ictus*-Problematik hat schon vor langer Zeit der kriminelle Zufall vorgenommen: im vieldiskutierten Falle Rose-Rosahl<sup>10</sup>. Der Holzhändler

<sup>7</sup> Die Spiegelung wird in diesem Aufsatz nicht erörtert, weil das Beispiel dazu keinen Anlaß gibt, ich sie übrigens auch bei anderer Gelegenheit wiederholt angewandt habe, so in: *Täterschaft und Teilnahme — Versuch und Irrtum*, „Rechtstheorie“ 1974, Bd. 5, S. 129-146; *Kombinatorik strafrechtlicher Lehrmeinungen*, [in:] A. P o d l e c h [Hrsg.], *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, Berlin 1977, S. 221-254.

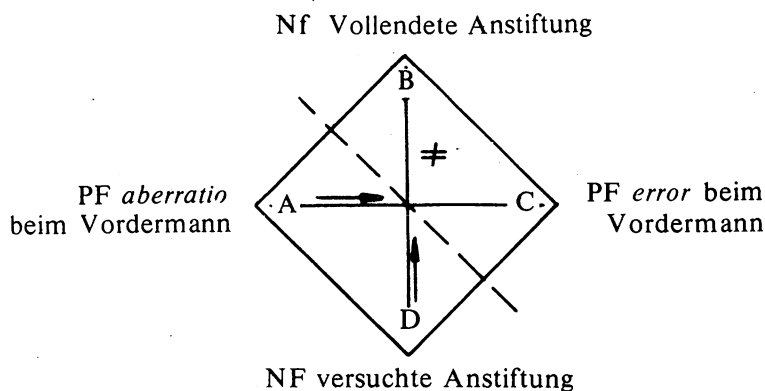
<sup>8</sup> So verhielt es sich in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs Bd. 9, S. 249. Das Gericht nahm vollendete Falschverdächtigung an — Versuch wäre übrigens nicht strafbar gewesen.

<sup>9</sup> Die Frage ist in der deutschen Strafrechtswissenschaft bis in die jüngste Zeit hinein außerordentlich kontrovers geblieben; die herrschende Lehre nimmt lediglich Versuch an.

<sup>10</sup> Der Fall trug sich 1858 zu. Über den im 19. Jahrhundert ungemein facettenreichen dogmatischen Streit informiert gründlich Bemmman in der „Monatsschrift für deutsches Recht“, 1958, S. 817 ff. Auf Bemmman's Aufsatz geht auch die heute vorherrschende falsche

Rosahl hatte den Arbeiter Rose dazu überredet, den Zimmermann Schliede zu erschießen. Rose irrte sich im Dämmerlicht des Abends und erschöß den Gymnasiasten Harnisch, den er für Schliede hielt. Die heute herrschende Meinung in der deutschen Strafrechtslehre ist, daß in solchen Fällen der Hintermann nur wegen versuchter Anstiftung zu bestrafen sei, weil sich für ihn die Tat als eine *aberratio ictus* darstelle. (Daß der Vordermann wegen vollendeter Tat zu bestrafen sei, ist unstreitig; für ihn handelt es sich nur um einen *error in persona*).

Die Entscheidung ist bezeichnend für die in Theorie und Praxis herrschende Methodologie, die nur auf die richtige Entscheidung des einen Falles abstellt, statt auch auf die Konsistenz zwischen Nebenfällen. Nach strukturalistischen Prinzipien hätte man dem Problemfall, daß Rose sich in der Person seines Opfers irrt, den neu zu bildenden Problemfall entgegenstellen sollen — und zwar am besten gleich graphisch —, daß Rose zwar wie geplant auf den Zimmermann Schliede schießt, ihn aber verfehlt (und womöglich seinen Gesellen, der ihn begleitet, trifft). Befragt man nun wieder die herrschende Lehre, so zeigt sich: das Verhalten des Hintermannes Rosahl fiel jetzt in eine wesentlich stärkere deliktische Kategorie: vollendete Anstiftung zur versuchten Straftat. Dies ist nach deutschem Recht immer strafbar, wo der Versuch strafbar ist, die versuchte Anstiftung dagegen nur bei einem Verbrechen. Der Hintermann steht sich also besser, wenn der Täter sich lediglich in der Person des Opfers irrt, als wenn er danebenschießt. Herrschende Lehre hin, herrschende Lehre her: das ist unvertretbar.



Es liegt auf der Hand, daß strukturalistische Regeln wesentlich besser operationalisierbar sind als die hermeneutischen des klassischen

---

Meinung zurück, der Hintermann sei nur wegen versuchter Anstiftung zu bestrafen. In diesem Sinne vor allem auch C. R o x i n, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4. Auflage, Berlin 1984, s. 215.



Auslegungskanons. Es liegt deshalb auch nahe, daß Rechtswissenschaftler, die diesem Ansatz verbunden sind, daran denken, ihre Konzeption einem Computer, einem Expertensystem anzuvertrauen. Ob das wirklich gelingt, wird die Zukunft zeigen — vermutlich schon die nahe.

#### THE RULES OF DETERMINING THE LEGAL BASIS IN THE STRUCTURALIST APPROACH

##### Summary

In his article the author, expressing first his astonishment that in the field of jurisprudence structuralist philosophy has not resulted in a structuralist philosophy of law, tries to formulate some structuralist rules of determining legal grounds for legal decisions. The specificity of those rules consists in that they allow one to solve cases not in isolation but in connection with other related cases and that they make it possible to construct those cases systematically.

The author postulates the following rules of constructing comparable cases: the rule of normalization (i.e. of shaping a typical, model case), the rule of "transposing" a model case (i.e. of shaping it so that it may be characterized by some features appearing with increased or weakened intensity in comparison with the model case), the rule of widening a model case (allowing one to obtain more complex cases) and the rule of reflection (allowing one to obtain a case symmetrical to a model one).

The system of cases formed in the above way may be studied according to the principles of the theory of graphs.

The article ends with comments on the so-called „expert system" where cases are built and compared by a computer.