

Schriften zur Rechtstheorie

Band 289

Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Von

Christian Kübbeler



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN KÜBBELER

Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Schriften zur Rechtstheorie

Band 289

Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Von

Christian Kübbeler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Wintersemester 2015/2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-15004-5 (Print)
ISBN 978-3-428-55004-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85004-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation?	9
A. Juristische Methodik und Argumentationstheorie	13
I. Argumentation in der juristischen Methodik	13
II. Die philosophische Argumentationstheorie	14
1. Der Umgang mit unsicherem Wissen	15
2. Entwicklung der Argumentationstheorie zwischen Logik und Rhetorik	18
B. Hindernisse für eine juristische Argumentationstheorie	19
I. Auslegung statt Argumentation	22
1. Subjektive Auslegungstheorie	23
2. Objektive Auslegungstheorie	32
3. Das Ziel der Auslegung	42
4. Auslegung und Rechtsfortbildung	45
II. Entscheidung statt Argumentation	48
1. Ist der Richterbegriff empirisch oder normativ?	49
2. Ein Richter ohne Kriterium	53
3. Gefühl statt Argumentation	56
III. Von der Auslegung des Gesetzes zur Argumentation im Verfahren	59

Kapitel 2

Ansätze einer juristischen Argumentationstheorie	61
A. Statische Ansätze	61
I. Das deduktive Verständnis juristischer Argumentation	61
1. Das deduktive Hauptschema	62
2. Das deduktive Nebenschema	63
3. Vorgegebene Prämissen anstelle von Argumentation	64
a) Empirische Prämissen	65
b) Semantische Prämissen	65
c) Alternativlosigkeit durch empirische Erkenntnis?	69
II. Das Drei-Bereiche-Modell juristischer Begründung	70
1. Das Gesagte	71
a) Der Bedeutungsbegriff	71

b) Der Wirklichkeitsbezug der Sprache	76
c) Normative Sprachkonventionen	81
2. Das Gewollte	84
a) Die Unterscheidung von Semantik und Pragmatik	85
b) Konvention und Intention	87
c) Wandel zum Individualismus	89
B. Dynamische Ansätze	93
I. Theoretische Voraussetzung	95
1. Die impliziten Regeln	95
2. Auslegung und Verfahren des Rechts	97
3. Vom Auslegen zum Überprüfen	99
II. Die Analyse von Regeln juristischer Dogmatik	100
1. Der Wortlaut als Argument	100
2. Historische Auslegung als Argument	104
3. Konflikte zwischen Interpretationsmitteln	106
III. Die Leistung der wissenschaftstheoretischen Analyse	108
1. Die fehlenden Instrumente der Sprachanalyse	108
2. Die fehlende Pragmatik der Argumentation	109
3. Auslegung als Hypothesenüberprüfung	110

Kapitel 3

Der Zusammenhang von juristischer und philosophischer Argumentationstheorie

114

A. Bedingungen einer juristischen Argumentationstheorie	114
I. Soziolekt und Ideolekt	114
II. Sprachlicher Interaktionismus	115
III. Die sprachliche Vernunft des Gesetzes	117
B. Struktur einer juristischen Argumentationstheorie	122
I. Normatives Orientierungsproblem als Ausgangsproblem	122
1. Reflexive Aufstufung	122
2. Argumentationstheorie und Logik	124
3. Der Streit der Lesarten	124
II. Das Wissen	126
III. Theorie und Praxis	127
IV. Die Theoriemodi	128
1. Epistemische Theorie	128
2. Thetische Theorie	131
3. Elemente im juristischen Wissen	132
V. Rahmen	133

1. Auswirkungen der Rahmen	135
a) Bedeutung, Prädikation und Rahmen	136
b) Rahmenwirkungen im Subjekt-/Objektverhältnis	138
c) Rahmenwirkungen im Theorie-/Praxisverhältnis	139
d) Intensität der Rahmenwirkungen	140
2. Umgang mit Rahmenproblematiken	141
a) Inkommensurabilität	141
b) Die Leistung des Rechts	143
c) Der Umgang mit Rahmendifferenzen	144
aa) Rahmensynthetisierung	145
bb) Rahmenkritik	145
cc) Rahmenhierarchisierung	146
dd) Rahmenharmonisierung	148
VI. Der kritische Dialog	149
VII. Die innere Ordnung des juristischen Streits	151
VIII. Die Dimensionen der argumentativen Praxis	154
1. Sach- und Subjektdimension	154
2. Struktur- und Prozessdimension	155
IX. Geltung	157
C. Argumentative Strukturen in Urteilen	163
I. Exemplarische Darstellung von Urteilsbegründungen des BGH	166
1. BGH St 50, 1	166
2. BGH St 50, 11	168
3. BGH St 50, 16	171
4. Resultat der Exemplifizierung	175
II. Die Validierung von Lesarten	175
III. Die Notwendigkeit einer interdisziplinären Analyse von Urteilen	180

Kapitel 4

Zusammenfassung	182
A. Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation?	182
B. Ansätze einer juristischen Argumentationstheorie	188
C. Der Zusammenhang von juristischer und philosophischer Argumentationstheorie	195
Literaturverzeichnis	201
Sachverzeichnis	216

Kapitel 1

Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation?

Juristen argumentieren. Aber sie reden nicht unbedingt darüber. Das hat viele Gründe. Der einfachste liegt darin, dass sich unser Wissen nie auf der Höhe unseres Könnens befindet. Ein weiterer mag darin liegen, dass sich Argumentieren nicht so leicht lehren lässt wie Schuldrecht. Außerdem entlastet die Auffassung des juristischen Tuns als Rechtserkenntnis den Handelnden von der Verantwortung, die er als Argumentierender tragen müsste. Schließlich handelt es sich beim Argumentieren um ein Herrschaftswissen, welches die Juristen nicht gerne mit den Laien teilen. Jedenfalls wird zwar in jedem wirklichen Verfahren argumentiert, die Rechtstheorie aber meint, ohne Argumentation auskommen zu können. Seit ihrer Blüte im griechischen und römischen Recht wurde die argumentative oder rhetorische Seite des Rechts hinter der Fassade objektiver Gesetzeserkenntnis verborgen. Erst in den 70er Jahren wurde Argumentation im Recht zum Thema und zwar in theoretischer und praktischer Hinsicht. Im Jahre 1978 erschien als Beiheft zum „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ ein Band mit dem Titel „Argumentation und Recht“. Darin wurden die damals wichtigen theoretischen und empirischen Ansätze zur Analyse von Rechtsargumentationen dargestellt. Schon 1972 war als Band 7 in derselben Reihe ein Buch erschienen mit dem Titel „Die juristische Argumentation“. Es handelt sich dabei um Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie in Brüssel 1971. Außerdem tauchten plötzlich Bücher auf, welche Argument oder Argumentation im Titel trugen.¹ Auf der Praxisseite waren in München² und Frankfurt³ empirische

¹ Vgl. dazu *Gerhard Struck*, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a. M. 1971; *ders.*, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977; *Thomas-Michael Seibert*, Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich. Handlungs- und Inhaltsaspekte praktischer juristischer Argumentation, in: Michael Schecker (Hrsg.), Theorie der Argumentation, Tübingen 1977, S. 313 ff.; *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1978.

² *Eike von Savigny u. a.*, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976. Bei dieser Analyse hat der Philosoph Eike von Savigny mit den Juristen Ulfrid Neumann und Joachim Rahlf zusammen gearbeitet. Im Folgenden wird dies als Münchener Ansatz bezeichnet.

³ *Hans-Joachim Koch*, Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation des deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen, in: ARSP Beiheft Nr. 14, 1978, S. 59 ff.; *Hubert Rottleuthner*, Plädoyer für eine empirische Argumen-

Untersuchungen durchgeführt worden, die durchaus unterschiedliche Ansätze verfolgten. Weitere Projekte sollten folgen.

Für die Rechtstheorie und das Verständnis der praktischen Arbeitsweise des Rechts war dies ein sehr produktiver Abschnitt. Dass bei einer solchen stürmischen Entwicklung ähnliche Schwierigkeiten auftraten, wie in der philosophischen Argumentationstheorie, ist natürlich nicht verwunderlich. Die Entwicklung innerhalb der Philosophie hatte zwei Jahrzehnte früher begonnen und suchte ihren Weg zwischen einer bloßen Anwendung der Logik und einer linguistischen Inhaltsanalyse.⁴ Eine bloße Anwendung der Logik verfehlt die Struktur wirklicher Argumentation und war rein deduktiv. In der heutigen Argumentationstheorie bezeichnet man diese Richtung als Logizismus.⁵ Eine Anwendung linguistischer oder sozialwissenschaftlicher Methoden in Form der Inhaltsanalyse verfehlt demgegenüber das praktische Orientierungsproblem, das jeder Argumentation zugrunde liegt. Es geht nämlich darum, fragwürdige Aussagen durch argumentative Überprüfung in Geltung zu setzen.⁶ Deswegen bleibt eine Inhaltsanalyse ohne Argumentationstheorie rein empiristisch. Die Philosophie hat aus dem Scheitern dieser Extreme gelernt. Man kann sich gegenüber praktischer Argumentation nicht kolonialistisch verhalten, indem man ihre Geltungsprobleme durch logische Probleme ersetzt. Man kann aber andererseits die Schwierigkeit praktischer Argumentation nicht einfach abbilden, sondern muss diese durch das reflexive Potenzial der Philosophie weiterentwickeln. Es bedurfte für die Ausbildung einer philosophischen Argumentationstheorie also einer Mischung aus Demut und Reflexion. Nur dann kann sie als aufstufende Selbstreflexion der Praxis gelingen. Dieselben Probleme stellen sich, wenn auch etwas zeitversetzt, im Recht. Auch hier ist nicht einfach die praktische Struktur juristischer Argumentation durch logische Strukturen zu ersetzen. Andererseits kann man aber die praktische Struktur überhaupt nur wahrnehmen, wenn man das Problem der Geltungsprüfung fragwürdiger normativer Aussagen im Blick hat. Auch am Beginn der juristischen Argumentationstheorie sieht man also ein Changieren zwischen Logizismus und Empirismus. In der vorliegenden Untersuchung soll die Frage gestellt werden, ob das Recht eine Argumentationstheorie überhaupt braucht und wenn ja, wie sie mit der Verfahrensdimension des Rechts verbunden werden kann.

Geht es im Recht um Argumentation? Davon könnte man nur reden, wenn ein Problem zu lösen wäre. Gibt es also im Recht ein Problem normativer Orientie-

tationstheorie, in: ARSP 1980, Beiheft Nr. 14, Argumentation und Recht, S. 87 ff. Im Folgenden wird dies als Frankfurter Ansatz bezeichnet.

⁴ Zur modernen Baustelle der Argumentationstheorie vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 22 ff.

⁵ Vgl. dazu *Harald Wohlrapp*, *Jenseits von Logizismus und Zweckrelativismus. Zur Rolle der Logik im Argumentieren*, in: *Dialektik* 1999, Heft 1, S. 25 f.

⁶ *Peter Mengel*, *Überraschungen beim Argumentieren*, in: *Dialektik* 1999, Heft 1, S. 141 ff., 142.

rung? Man könnte glauben, alles stünde im Gesetz. Wenn nicht, wird ausgelegt. Es könnte sich um das Herausarbeiten sprachlich kodierter, aber dennoch schon anfänglich inhaltlich fixierter Anordnungen handeln. Eine derart gestaltete Auslegung, wie sie auch von den Juristen als Arbeitsbeschreibung herangezogen wird, würde für die Frage, was Recht ist, nicht auf Argumente zurückgreifen müssen. Argumentation gäbe es nur dort, wo demjenigen, welcher diese Wahrheit nicht zu erkennen vermag, nachgeholfen werden müsste. Die aus einer solchen Vorstellung folgenden Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Auslegung sind allerdings kaum zu unterschätzen. Will man mit den Mitteln der Auslegung das Recht unmittelbar aus dem Gesetz deduzieren, so muss diese nicht nur Hilfsmittel hierzu liefern, sondern auch eine abschließende Ordnung der Mittel vorgeben.

Der Dezisionismus hat bestritten, dass Text oder Autor in der Lage sind, die Rechtsanwendung zu steuern. Man solle sich auf den Richter als Leser verlassen. Dies sei kein Widerspruch zur Zielsetzung des Rechts, Gleichbehandlung zu gewährleisten. Willkür werde aber nicht durch ein theoretisches Konstrukt, sondern in der Anwendung ausgeschlossen, genauer durch die innere Haltung des Entscheidenden. Orientierung an den anderen Entscheidungsträgern vermag danach, woran Systemansätze scheitern. Es scheint also fraglich, ob das Problem normativer Orientierung vom Dezisionismus gelöst wird.

Sofern diese Erklärungsmodelle die Entbehrlichkeit der Argumentation nicht begründen können, ist zu fragen, welche Reflektion das Argumentieren in der Theorie des Rechts erfahren hat. Dies drängt sodann die Frage auf, inwieweit der Argumentation geordnete Bahnen vorgegeben sind. Erste Grenze ist dabei noch nicht einmal, wie sie geordnet ist, sondern was der Argumentation als ihr entzogenes Feld vorgeht. Rechtsfindung mag kein abschließendes Regelsystem sein, aber es ist damit auch nicht automatisch alles aushandelbar. Erwähnte logische Regeln könnten, wenn sie auch kein geschlossenes und unabhängiges System liefern, dennoch in einzelnen Gedankenschritten den gesuchten Zwang ausüben. So werden die Grenzen der Leistungsfähigkeit syllogistischen Schließens auszuarbeiten sein.

Wo also ist der Syllogismus als Begründungsform defizitär? Zum einen wird beim logischen Schluss von zwei Prämissen auf eine Conclusio nur die Gültigkeit letzterer durch den Schluss aufgezeigt. Die Gültigkeit der Prämissen selber kann hingegen nur behauptet werden. Zusätzlich ist auch der Übergang von der allgemeinen Aussage der Prämissen auf die konkrete Aussage der Conclusio Einfallstor für logische Fehler. Beides sind bekannte Kritiken, die nicht aufgelöst werden konnten. Es wird daher zu beleuchten sein, wie mit diesen Mängeln der Leistungsfähigkeit des syllogistischen Schlusses umzugehen ist.

Hinsichtlich der Gültigkeit der Prämissen sind Besonderheiten der Rechtswissenschaft zu berücksichtigen. Die eine Prämisse ist als Wortlaut des Gesetzes