

Lucia Franke

Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen
in der juristischen Argumentation



Nomos

**Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie**

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 89

Lucia Franke

Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation



Nomos

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 560004133.



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

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2024

1. Auflage 2025

© Lucia Franke

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1899-4

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4790-5

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748947905>



Onlineversion
Nomos eLibrary

D 30



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meiner Familie

Vorwort

Der vorliegenden Publikation liegt meine Dissertation zugrunde, die ich im August 2022 an der Juristischen Fakultät der Goethe-Universität Frankfurt eingereicht habe, mit einigen Aktualisierungen und Ergänzungen zum damaligen Stand.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann. Mit seiner Vorlesung „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie“ hat er mich bereits im ersten Semester für rechtsphilosophische Fragen begeistert. Auch seine langjährige Unterstützung während meines Philosophie- und Jurastudiums hat mich kontinuierlich motiviert, Fragen der Rechtsphilosophie weiter zu verfolgen. Sein Werk, insbesondere das zur juristischen Argumentationstheorie, hat mich tief in meinem eigenen Denken geprägt. Für seine kontinuierliche Unterstützung und die zahlreichen inspirierenden Denkanstöße, die weit über die Betreuung meiner Dissertation hinausgingen, fühle ich mich ihm zu tiefem Dank verpflichtet. Seine präzise, differenzierte und prägnante Denk- und Schreibweise werden mir immer ein Vorbild bleiben.

Ebenso danke ich Prof. Dr. Klaus Günther, der sich bereitwillig zur Übernahme der Zweitkorrektur bereit erklärt hat. Sein Lehrstuhl war für mich während meines Studiums ein sowohl wissenschaftlich als auch persönlich prägender Ort. Seine interdisziplinäre Denkweise und sein Werk haben meine Arbeit entscheidend bereichert.

Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ gilt mein Dank Prof. Dr. Martin Borowski, Prof. Dr. Robert Alexy und Prof. Dr. Carsten Bäcker. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) danke ich für die Gewährung einer großzügigen Publikationsbeihilfe.

Mein herzlicher Dank gilt all meinen Kollegen und Freunden, die meine Promotionszeit sowohl inhaltlich als auch persönlich bereichert haben. In soweit möchte ich drei Personen hervorheben, deren individueller Beitrag besonders wertvoll war: Dr. Steffen Jauß liefert mir seit Jahren wertvolle Impulse durch Einblicke in seine rechtsgeschichtliche und zivilrechtliche Forschung, diese Impulse waren mir bei meiner eigenen Arbeit von großem Nutzen. Insbesondere regte mich seine kritische Denkweise und pointierten Meinungen stets zum Nachdenken an und brachten somit einen nicht

Vorwort

zu unterschätzenden Anteil an der Arbeit. Anna-Lisa Pfeiffer teilte nicht nur meine tiefe Begeisterung für wissenschaftliches Arbeiten, sondern stand mir auch in allen Herausforderungen der Promotionszeit von Herzen bei. Sophie Gotthold stand und steht mir bisweilen in meinen schwierigsten Momenten mit ruhigem Kopf zur Seite. Sie ist mit ihrem stets offenen Ohr und ihre klugen Ratschläge von unschätzbarem Wert.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie. Ihnen allen gilt mein tiefster Dank. Meine Eltern haben meinen akademischen Weg nicht nur ermöglicht, sondern ihn durch ihre vielfältige Unterstützung maßgeblich geprägt. Meine Geschwister Clara und Constantino haben mich stets ermutigt und unterstützt, sei es durch ihren Zuspruch oder ihre stetige Begleitung.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Einleitung | 13 |
| I. Aktuelle Herausforderungen für Argumentationstheorie | 15 |
| 1. Digitalisierung und KI | 16 |
| 2. Pluralisierung | 19 |
| II. Fragestellung | 25 |
| 1. Forschungsstand | 26 |
| 2. These und Gang der Untersuchung | 33 |
| 3. Einordnung der Arbeit im argumentationstheoretischen Kontext | 35 |
| a) Herstellung vs. Darstellung | 35 |
| b) Ansatz zwischen normativer und deskriptiver Argumentationstheorie | 36 |
| c) Positionierung zur Methodenlehre | 38 |
| B. Zur normative Begründung der Notwendigkeit juristischen Argumentierens | 43 |
| I. Rechtsanwendung zwischen Bestimmtheit und Bestimmung | 43 |
| 1. Das deterministische Ideal | 44 |
| 2. Das dezisionistische Ideal | 53 |
| 3. Erkennen und Entscheiden | 55 |
| II. Legitimation | 56 |
| 1. Wahrheit durch Begründung? | 57 |
| 2. Wahrheit durch Begründbarkeit! | 63 |
| a) Begründbarkeit und Vertretbarkeit | 65 |
| b) Relativität der Begründbarkeit | 70 |
| C. Zur logischen Struktur juristischer Argumentation | 71 |
| I. Das Deduktionspostulat | 72 |
| 1. Der Justizsyllogismus | 74 |
| 2. Die Rechtsnorm als Allsatz | 77 |
| 3. Die Rolle der juristischen Interpretation | 78 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Grund für das Festhalten am Deduktionspostulat | 80 |
| II. Einwände gegen das Deduktionspostulat | 82 |
| 1. Ungeeignetheit klassisch-deduktiven Schließens | 83 |
| a) Einwände gegen Klassisch-deduktives Schließens | 86 |
| b) Möglichkeiten nichtklassisch-deduktiven Schließens | 91 |
| (i) Schließen mit vorausgesetzten Annahmen (default-assumptions) | 92 |
| (ii) Schließen mit vorausgesetzte Regeln (default-rules) | 100 |
| c) Zwischenergebnis | 111 |
| 2. Substantielle Natur juristischer Argumentation | 112 |
| a) Überblick über das Toulmin-Modell | 113 |
| (i) Grundstruktur | 113 |
| (ii) Stützung der Schlussregel | 115 |
| (iii) Verortung von Ausnahmen | 116 |
| b) Analytisches vs. Substantielles Argumentieren | 118 |
| c) Die Rechtsnorm als Allsatz | 121 |
| 3. Rechtsanwendung als wertende Gleichsetzung | 124 |
| a) Analogie als (eine) Grundstruktur juristischen Begründens | 125 |
| b) Bezugnahme auf Präjudizien in der juristischen Argumentation | 130 |
| c) Analogieverbot und Grenze zur Rechtsfortbildung | 132 |
| d) Erhalt des Universalisierbarkeitsprinzips | 135 |
| e) Beispiele aus der Rechtsprechung | 136 |
| f) Exkurs: Zum Unterschied von Common-Law und Civil-Law | 144 |
| 4. Regelanwendung nicht aus der Regel ableitbar | 145 |
| 5. Die Rechtsnorm als abstrakter Grund | 148 |
| a) Rechtsnormen als Gründe in Raz' Practical Reasons and Norms | 149 |
| b) Reichweite der ausschließenden Wirkung bezüglich Gründe erster Ordnung | 153 |
| c) Zum Verhältnis zwischen ausschließenden Gründen | 156 |
| d) Zwischenfazit | 160 |
| e) Exkurs: Das juristische Argument | 161 |
| 6. Zwischenergebnis | 169 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation | 171 |
| I. Zur Ursache von Regel-Ausnahme-Strukturen | 171 |
| 1. Rechtsanwendung vor vorausgesetzten Annahmen | 179 |
| 2. Vorausgesetzten Annahmen als Ursache von Regel-Ausnahme-Strukturen | 182 |
| II. Der Begriff von Regel und Ausnahme | 184 |
| III. Die Strukturebenen der juristischen Argumentation | 187 |
| 1. Ausnahmen auf der Geltungsebene | 188 |
| 2. Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene | 192 |
| 3. Anwendungsfragen | 202 |
| a) Das Anwendungsproblem | 204 |
| (i) Die argumentvernichtenden Lösungen des Anwendungsproblems | 205 |
| (ii) Die argumenthindernde Lösung des Anwendungsproblems | 212 |
| b) Die Anwendungsebene | 215 |
| (i) Abgrenzung von der Geltungsebene | 219 |
| (ii) Abgrenzung von der Anwendbarkeitsebene | 222 |
| c) Das legitimatorische Problem der Anwendungsebene | 225 |
| d) Irreduzibilität der Anwendungsebene | 228 |
| IV. Die Unterscheidung zum Umgang mit pluralem Recht | 233 |
| 1. Geltungpluralismus | 236 |
| 2. Anwendbarkeitspluralismus | 238 |
| 3. Anwendungspluralismus | 238 |
| E. Materiellrechtliche Auswirkungen | 243 |
| I. Rechtsfolgenlösung oder Typenkorrektur? | 243 |
| II. Streit über die Zulässigkeit von Anwendungsfragen: Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen | 246 |
| F. Fazit | 249 |
| Literaturverzeichnis | 251 |

A. Einleitung

Es dürfte unbestritten sein, dass das Argumentieren zu den Kernfähigkeiten eines Juristen zählen sollte.¹ Richter müssen ihre Urteile fundiert begründen, Staatsanwälte ihre Beschlüsse nachvollziehbar darlegen und Verwaltungsbeamte ihre Verwaltungsakte stichhaltig erläutern.² Ebenso sind Anwälte gefordert, in Schriftsätze den Sachverhalt überzeugend darzustellen und ihre Anträge rechtlich präzise zu begründen.³ Wichtig ist deshalb die Auseinandersetzung mit Argumentationstheorien: Wer argumentieren muss, sollte wissen, wie er dabei vorgehen soll, welche Strategien zielführend sind und welche Fehler vermieden werden sollten.

Die Beschäftigung mit Argumentation ist mit der Beschäftigung mit Philosophie und Recht eng verwoben. Als im antiken Griechenland im Wandel „vom *mythos* zum *logos*“⁴ „das Räsonieren und Reflektieren über das Vorhandene“⁵ anfing, gewann die argumentative Begründung von Ansichten oder Wertungen Bedeutung.⁶ Dies war gleichzeitig die Geburtsstunde der Philosophie als Argumentationsdisziplin: Kern der Philosophie ist die Begründung von Thesen, indem diese auf andere Annahmen, die für wahr gehalten werden, zurückgeführt werden – kurz gesagt: die Methodik der Philosophie ist die Argumentation.⁷ Mit der Notwendigkeit, Ansichten, Wertungen oder auch Entscheidungen zu begründen, kam die Frage auf,

1 Die Vermittlung juristischer Argumentationstechnik muss deshalb auch Bestandteil der juristischen Ausbildung sein, dies voraussetzend bspw. Beaucamp, *Typische Fehler in Klausuren, wie sie entstehen und wie man sie vermeidet* S. 758 f.; Schafranek, *Zweite juristische Staatsprüfung: Was macht eine gute Klausur aus?* S. 769 f.; Czerny / Frieling, *Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung* S. 883.

2 z. B. Zivilprozess: §§ 311 Abs. 3, 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO; Strafprozess: §§ 268 Abs. 2, 267 StPO; Verwaltungsprozess: §§ 117 Abs. 2 Nr. 5, 108 Abs. 1 VwGO; sozialgerichtliches Verfahren: §§ 136 Abs. 1 Nr. 5, 128 Abs. 1 SGG; siehe dazu auch unten unter S. 57 ff.

3 Bspw. Neupert, *Argumentative Sachverhaltsdarstellung. Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners*, S. 1257 ff.

4 Ursprünglich Nestle, *Vom Mythos zum Logos*, zu Recht kritisch Fowler, *Mythos and Logos*, S. 45 ff.

5 Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, S. 642.

6 Reisch, *Kleine Geschichte der Philosophie*, S. 11.

7 Reisch, *Kleine Geschichte der Philosophie*, S. 5; Pfister, *Werkzeuge des Philosophierens*, S. 11; Hardy / Schamberger, *Logik der Philosophie*, S. 11; relativierend Hardy / Schamberger, *Gibt es eine universale philosophische Methode?*, S. 649.

wie begründet wird und wie begründet werden soll. In der Antike entstanden deshalb die ersten uns bekannten Werke, die sich mit der Analyse von Argumentation und dem richtigen Argumentieren beschäftigen. Die antiken Rhetoriker fragten nach dem überzeugenden Begründen – Rhetorik war Argumentationslehre.⁸ In der kritischen Auseinandersetzung mit Rhetorik entstand die Philosophie.⁹ Ausgehend von dieser engen Verknüpfung von Argumentation und Philosophie verwundert es wenig, dass die Philosophen ein genuines Interesse daran haben, Argumentation zu analysieren und Maßstäbe zu entwickeln, die eine überzeugende Argumentation ausmachen: Denn die Philosophie fühlt sich bloß dem Argument verpflichtet.¹⁰ Erst im Mittelalter entwickelten sich Philosophie, Rechtswissenschaft und Rhetorik zunehmend auseinander und zu eigenständigen Disziplinen, wobei die Argumentationstheorie zu einer Randdisziplin wurde.¹¹

Nicht nur Philosophie und Rhetorik waren von Anfang an eng verknüpft, auch der argumentative Umgang mit Recht¹² ist damit verwoben: Die Redesituationen der antiken Rhetoriker waren oft Gerichtsreden.¹³ Auch Jahrhunderte später besteht die enge Verknüpfung von Argumentation und Rechtsanwendung noch: *Toulmin* geht gar so weit, dass er seine

8 Honsell, *Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung*, S. 108.

9 Taureck, *Rhetorik und Philosophie im klassischen Griechenland*, S. 23.

10 Bertram, *Rhetorik und Argumentation in der Philosophie*, S. 452.

11 Im Detail Eardley, *Rhetoric and Philosophy in the Middle Ages*, S. 81 ff.

12 Dass es sich dabei um eine einheitliche „Rechtswissenschaft“ gehandelt hätte, würde aber zu weit gehen: „Griechisches Recht“ als einheitliche, positiv gesetzte Rechtsordnung gab es nicht. Über die meisten Rechtsordnungen von über 700 Stadtstaaten ($\piόλεις$), die den griechischen Rechtskreis begrenzen, wissen wir fast gar nichts, lediglich aus Athen, Gortyn auf Kreta und dem ptolemäischen Ägypten sind reichlich Quellen auf uns gekommen. Die Quellenlage ist aber inhomogen und stark lückenhaft, sodass über „griechisches Recht“ als hypothetisches Gebilde nur schwerlich pauschale Aussagen getroffen werden können. Weil die Griechen die Rechtswissenschaft noch nicht als akademische Disziplin anerkannt hatten, gibt es keine juristischen Quellen, die die tragenden dogmatischen Prinzipien wiedergeben oder nähere Auskunft über den Gesetzesbegriff oder den Rechtsbegriff geben. Maßgeblich für Erkenntnisse über griechisches Rechtsdenken sind mangels Kodifikationen weniger „Gesetze“, sondern nichtjuristische Quellen als Zeugnisse des täglichen Rechtslebens. Siehe Thür, *Recht im antiken Griechenland*, S. 191 (195 ff.).

13 So unterteilt Aristoteles die Redearten in die drei Gattungen Gerichtsrede, beratende Rede und epideiktische Rede, Aristoteles, *Aristoteles. Rhetorik. Übersetzung, Einleitung und Kommentar*, Buch 1 Kapitel 3.

Untersuchung auf einer „jurisprudential analogy“¹⁴ aufbaut:¹⁵ „Logic (we may say) is generalised Jurisprudence“¹⁶. Bis heute haben Philosophen, die sich mit Argumentationstheorie beschäftigen, immer wieder ein großes Interesse an juristischer Argumentation.¹⁷ Im Gegenzug fußen die Referenzwerke juristischer Argumentationstheorien auf teils überaus komplexen philosophischen Grundlagen, sodass sich zahlreiche verschiedene Argumentationstheorien herausgebildet haben.¹⁸ Mit „Argumentationstheorie“ wird der Problembereich der Rechtsphilosophie bezeichnet, in dem (juristische) Argumentation hinterfragt wird.¹⁹ Darunter werden aber auch zahlreiche klassische rechtsphilosophische Probleme wie die Frage nach den Rechtsquellen oder das Gerechtigkeitsproblem verhandelt.²⁰ Wird im Folgenden von „Argumentationstheorie“ (Singular) gesprochen, ist damit – sofern nicht aus dem Kontext gegenteiliges ersichtlich ist – keine bestimmte Argumentationstheorie gemeint, sondern allgemein jede Theorie, welche deskriptiv oder normativ über (juristisches) Argumentieren entwickelt wurde.

I. Aktuelle Herausforderungen für Argumentationstheorie

Während die Argumentationstheorie in den 80er Jahren noch im Vordergrund der internationalen rechtstheoretischen Diskussion stand,²¹ ging das Interesse in der Rechtswissenschaft daran seit den 90er Jahren zunächst rapide zurück. Warum die Argumentationstheorie nicht dauerhaft Gegenstand der rechtstheoretischen Diskussion geblieben ist, hat sicherlich verschiedene Gründe: Dazu mögen gehören, dass die entwickelten Theorien derart verschieden waren, dass sie miteinander nur schwer vergleichbar

14 Toulmin, *The Uses of Argument*, S. 8.

15 Toulmin, *The Uses of Argument*, S.7: „Logic is concerned with the soundness of the claims we make – with the solidity of the grounds we produce to support them, the firmness of the backing we provide for them – or, to change the metaphor, with the sort of *case* we present in defence of our claims.“

16 Toulmin, *The Uses of Argument*, S. 7.

17 z. B. Feteris / Kloosterhuis, *The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory*, S. 307 ff.; Dahlman / Feteris, *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, S. V.

18 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 54 ff., 70 ff., 96 ff.

19 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 2.

20 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 13.

21 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 1.

sind und eine theorieübergreifende Diskussion behindern.²² Die Auseinandersetzung mit Argumentationstheorie ist aber auch deshalb schwierig, weil viele Theorien ohne vertiefte Kenntnisse beispielsweise der Logik oder Diskurstheorie nur schwer verständlich sind.

In jüngerer Zeit zeigen zwei immer präsenter werdende Phänomene, dass eine Auseinandersetzung mit juristischer Argumentationstheorie dringend wieder von Nöten ist: Die zunehmende Digitalisierung und der Einsatz von KI im juristischen Bereich sowie die zunehmende Pluralisierung des Rechts.

1. Digitalisierung und KI

Die zunehmende Durchdringung der Welt mit digitalen Technologien, in den letzten Jahren besonders verstärkt durch Künstliche Intelligenz (KI), stellt Juristen vor inhaltliche und methodische Herausforderungen. Inhaltlich sind Juristen wiederholt gefragt, neuere Technologien und deren Erscheinungen mit dem oft vortechnologischen Recht beurteilen zu müssen, z. B. bei der Einordnung von Krypto-Token als Sachen im rechtlichen Sinne,²³ der Beurteilung der zivilrechtlichen Haftung bei der Nutzung autonomer Systeme,²⁴ der Bewertung von Smart Contracts im Vertragsrecht²⁵ oder der Anwendung des Urheberrechts auf durch Künstliche Intelligenz erzeugte Werke²⁶. Die Beurteilung von Sachverhalten, welche der Gesetzgeber bei der Setzung der Normen nicht bedacht hatte bzw. bedenken konnte, ist zwar keine Neuerscheinung. Die Entwicklungen schreiten aber nicht nur deutlich schneller als je zuvor, sondern wirken sich auch auf den juristischen Berufsalltag aus.

22 „Argumentationstheorie“ ist weder eine eigene Disziplin noch ein abgeschlossener Theoriekanon. „Argumentationstheorien“ umfassen eine Vielzahl logisch-analytischer, topisch-rhetorischer und diskurstheoretischer Ansätze, die kein homogenes Bild ergeben. Siehe Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 1f.

23 z. B. John, *Zur Sachqualität und Eigentumsfähigkeit von Kryptotoken – eine dogmatische Neubetrachtung*, BKRT, 2020, 76 ff.

24 z. B. Borges, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, NJW 2018, 977 ff.

25 z. B. Möslein, *Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht*, ZHR 183 (2019), 254 ff.

26 z. B. Baumann, *Generative KI und Urheberrecht – Urheber und Anwender im Spannungsfeld*, NJW 2023, 3673 ff.

Beispielsweise stehen Anwälte zunehmend unter Druck, Rechtsdienstleistungen besser, schneller und günstiger anbieten zu können.²⁷ Diesen Anforderungen können Anwälte teilweise nur durch sog. „*industrielle Rechtsdienstleistungen*“²⁸ gerecht werden, wonach, weil die juristische Beratungsleistung auf standarisierter Elementen basiert, dank einer IT-gestützten und zum Teil automatisierten Arbeitsweise ein hoher Präzisionsgrad erzielt werden kann.²⁹ Beispielsweise können durch die Benutzung von *automated document assembly systems* juristische Dokumente automatisch generiert werden.³⁰ Dann ist z. B. nur ein Fragekatalog zu beantworten, um einen individuellen Grundstückskaufvertrag zu generieren. Auch in der Verwaltung ist Digitalisierung seit Jahrzehnten Thema, weil ein Bedürfnis nach effizienter und leistungsstarker Verwaltung besteht und durch den demografischen Wandel zunehmend Arbeitskräfte in der Verwaltung fehlen. In § 35a VwVfG ist seit 2016 die gesetzliche Grundlage zur Teilautomatisierung der Verwaltung normiert: Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.³¹ Weiterhin gibt es auch in der Justiz Digitalisierungsbemühungen, um eine effektiveren, besseren und schnelleren Justizbetrieb zu ermöglichen. So gibt es bereits „*Subsumtionsautomaten*“ für Richter in den Bereichen des Familien- und Erbrechts, deren Ergebnisse die Richter teils ungeprüft übernehmen.³² Und es wäre denkbar, dass digital durch die Nutzung von Datenbanken generierte „*Vor-Urteile*“ die Erfolgsaussichten einer Klage abschätzbar machen könnten.³³ Schließlich verändert die Digitalisierung auch den Zugang der Verbraucher zum Recht: Die Prüfung von ALG

-
- 27 Hullen, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools. Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech*, S. 18, 28.
- 28 Erstmals Breidenbach, *Landkarten des Rechts - von den Chancen industrieller Rechtsdienstleistungen*, S. 39 ff.
- 29 Hullen, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools. Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech*, S. 32 f.; Hauptmann, *Innovationen im Rechtsberatungsmarkt*, S. 184 ff.
- 30 Hullen, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools. Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech*, S. 33 f.
- 31 Stelkens, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG*, S. 81.
- 32 Fries, *Automatische Rechtspflege*, S. 422.
- 33 Fries, *Automatische Rechtspflege*, S. 422–424; Stojek, *Veränderung juristischer Arbeit durch Digitalisierung*, S. 125, 136 f.

A. Einleitung

II-Bescheiden³⁴, von Ansprüchen aus Fluggastrechten³⁵ oder von Ansprüchen aus Verkehrsunfällen,³⁶ selbst außergerichtlichen Streitbeilegung kann durch den Einsatz von Software, die zum Teil der rechtssuchende Laie direkt selbst bedient, erfolgen.³⁷ Durch die zunehmende Verbreitung der Nutzung KI-generierter Tools, mithilfe derer Texte generiert (z. B. ChatGPT) oder Recherchen durchgeführt (z. B. beck-online Chatbot) werden können, hat sich der Druck auf Justiz, Verwaltung sowie Rechtsberatung nur noch weiter erhöht.

Aus methodischer Perspektive müssen Juristen sich aus zweierlei Gründen der Funktionsweise juristischer Argumentation widmen: Einerseits ist ein Verständnis der Funktionsweise juristischer Argumentation wichtig, um beurteilen zu können, an welcher Stelle des juristischen Arbeitsprozesses welche Tools sinnvoll eingesetzt werden können. Andererseits: Übernimmt ein Algorithmus die Recherche und die Subsumtion und verfasst einen Schriftsatz oder ein Urteil, verbleibt als eine zentrale juristische Tätigkeit – neben den zwischenmenschlichen Tätigkeiten wie dem Abhalten von oder der Teilnahme an Verhandlungen, der Mandantenbetreuung bei beratenden Juristen – die Argumentation.³⁸ Die wertende Betrachtung des Ergebnisses der Rechtserkenntnis kann beim digital gestützten Arbeiten zeitlich einen deutlich größeren Raum beanspruchen als beim analogen Arbeiten.

Der massive Einsatz von Software, der das Arbeiten der Juristen verändert, erleichtert und in Teilen bereits heute ersetzt, verändert aber nicht nur die juristische Berufswelt nachhaltig.³⁹ Vielmehr stellen sich für den Rechtsgrundlagenforscher (auch) für die Praxis relevante Fragen,⁴⁰ deren

34 z. B. <https://rightmart.de/legal-tech> (Abrufdatum 07. September 2024).

35 z. B. flightright, wirkaufendeinenflug, fairplane, airhelp, euflight, koffer-weg u.a.; Überblick bei <https://legal-tech-verzeichnis.de/fluggastrechte/> (Abrufdatum 07. September 2024).

36 z. B. Unfallfuchs, Unfallhelden.; Überblick bei <https://legal-tech-verzeichnis.de/strassenverkehr/> (Abrufdatum 07. September 2024).

37 Gesamtüberblick über alle Möglichkeiten von Legal Tech derzeit z. B. bei <https://legal-tech-verzeichnis.de/markt/> (Abrufdatum 07. September 2024).

38 Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*, S. 269 ff.

39 So z. B. Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*, S. 147 ff.; Susskind, *Tomorrow's lawyers: An introduction to your future*, S. 59 ff.

40 Zahlreiche dieser Fragen wurden bereits unter „Rechtsinformatik“ diskutiert, siehe dazu bspw. Reisinger, *Rechtsinformatik*, S. 31ff.; überblickend Gräwe, *Die Entstehung der Rechtsinformatik : wissenschaftsgeschichtliche und -theoretische Analyse einer Querschnittsdisziplin*, S. 35 ff.

Beantwortung der Argumentationstheorie obliegt. Einerseits, was bei der Softwareerstellung zu beachten ist, damit diese den Anforderungen an eine juristische Entscheidung gerecht wird. Andererseits, was zu beachten ist, wenn Software im juristischen Arbeitsalltag eingesetzt wird. Denn der Einsatz von Software soll die Erbringung von Rechtsdienstleistungen, die Justiz und die Verwaltung beschleunigen und verbessern, nicht aber die Rolle des Rechts, den Umgang mit Recht oder das Recht selbst verändern. In den letzten Jahren wurde auch deshalb der Ruf nach einer Beschäftigung mit Logik, juristischer Argumentation und Informationstechnologie im Jurastudium immer lauter.⁴¹ Selbständiger Gegenstand der juristischen Ausbildung sind Logik und Argumentationstheorie dennoch immer noch nicht.⁴²

2. Pluralisierung

Ein zweiter Grund, der zu einer steigenden Bedeutung von Argumentationstheorie führt, ist die Entwicklung des postmodernen Rechts zur immer weiter reichenden Pluralität. Die „*Rechtsunordnung*“⁴³ besteht aus einem dichten Geflecht von zahlreichen Kodifikationen verschiedener Gesetzgeber und Richterrecht.⁴⁴ Der Staat behält zwar seine Vorrangrolle auch in Zeiten transnationalen oder globalen Rechts.⁴⁵ Neben den institutionellen Richter treten aber zunehmend außergerichtliche Streitschlichtungsmechanismen wie Mediation, Alternative Dispute Resolution, Schlichtungsstellen, Ombudsstellen und Verbraucherstreitbeilegung.⁴⁶ Ob kanonisches Recht, indigenes Recht oder transnationales Recht wie die *lex mercatoria* – immer

41 In jüngerer Zeit setzen sich studentische Initiativen wie z. B. das „Legal Tech Lab“ (Frankfurt), „MLTech“ (München), „Legal Tech Lab Cologne“ (Köln), „ELegal“ (Göttingen) oder „recode.law_“ (Münster) für die Beschäftigung mit „Legal Tech“ schon im Studium ein, was auch die Auseinandersetzung mit Argumentation und Logik mit sich bringt.

42 Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 240. Ein Blick in die Vorlesungsverzeichnisse zeigt, dass sich daran bisher nichts geändert hat: Einführungsveranstaltungen, die sich explizit mit juristischem Argumentieren oder juristischer Logik befassen, sind äußerst selten.

43 Reimer, *Juristische Methodenlehre*, S. 24.

44 Reimer, *Juristische Methodenlehre*, S. 23.

45 Raz, *Why The State* S. 1.

46 Wolf, *Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung – Wandel der Streitkultur in Zahlen*, S. 1656 ff.

wieder entfaltet aber Recht ohne Staat faktische Wirkung im Staat.⁴⁷ Das zeitgenössische Recht ist immer weniger nur nationales Recht, sondern zunehmend auch internationales, transnationales und globales Recht.⁴⁸ Deshalb mehren sich juristische Fragen, die nicht auf einer Rechtsordnung alleine beruhen und andere Rechtsordnungen berücksichtigen müssen.

Die Globalisierung geht an der Rechtstheorie nicht spurlos vorüber:⁴⁹ Während die strukturellen Phänomene rechtshistorisch keineswegs ein Novum sind,⁵⁰ ist der normative Anspruch des Rechtspluralismus eine Erscheinung der Postmoderne (seit den 70er Jahren): „*Rechtspluralismus*“ entstand als der Kampfbegriff⁵¹ gegen die Ideologie des rechtlichen Zentralismus, der nur staatliches Recht als Recht begreift und keine anderen Rechtsordnungen neben der staatlichen zulässt.⁵² Mit Rechtspluralismus wurde der Anspruch bezeichnet, dass mehrere normative Ordnungen nebeneinander bestehen und verpflichten können *sollen*.⁵³ Diskussionen über Rechtspluralismus werden seit den 1970er Jahren im englischsprachigen, seit den 1990er Jahren stark zunehmend auch im deutschsprachigen Raum geführt. Themen sind dabei insbesondere auch transnationales, globales und poststaatliches Recht.⁵⁴ Der Rechtspluralismusbegriff ist in seiner Verwendung uneinheitlich, da Ethnologen, Soziologen, Philosophen und Juristen interdisziplinär mit vielfältigen Erkenntnisinteressen seit Jahrzehnten darüber diskutieren. Infolgedessen ist die Diskussion unübersichtlich, der Begriff des „*Rechtspluralismus*“ unklar, eine einheitliche Fragestellung nicht erkennbar. Diskussionspunkte gibt es zahlreich:⁵⁵ Zunächst wird die Grenze zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Phänomenen, Ordnungen,

47 Zu Phänomenen siehe weiterhin Kadelbach / Günther, *Recht ohne Staat?* S. 13–32.

48 Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, S. 195.

49 Günther, *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, S. 539 ff.

50 Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, S. 1.

51 Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus* S. 26.

52 Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, S. 4.

53 Rechtspluralismus als “legal systems, networks or orders co-existing in the same geographical space” bei Twining, *Globalisation and Legal Theory*, S. 83; darauf aufbauend auch die Darstellung bei Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*.

54 Beispielsweise Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*; Kadelbach / Günther, *Recht ohne Staat?* Vgl. auch Nachweise bei Jovanović, ‘*Global/Transnational Law’ Challenges to Theorizing About Law*, S. 2.

55 Twining, *Globalisation and Legal Theory*, S. 85 ff.

Systemen, Kulturen und Traditionen unterschiedlich gezogen.⁵⁶ Zudem wird die Interaktion zwischen normativen und rechtlichen Ordnungen verschiedentlich begriffen: Die normativen Ordnungen können miteinander konkurrieren, sich aber auch gegenseitig erhalten oder verstärken, oder durch Interaktion oder Nachahmung beeinflussen.⁵⁷ Strittig ist weiterhin, ob Pluralismus an sich progressiv ist, oder nicht bestehende Ungleichheiten verstärkt.⁵⁸ Auch wird das Konzept des Rechtspluralismus an sich in Frage gestellt.⁵⁹

Zur Vereinfachung der Diskussionen und zur Konkretisierung des im Folgenden vertretenen Rechtspluralismusbegriffs bietet sich eine Unterteilung der Beiträge zum Rechtspluralismus in deskriptive und normative Ansätze an. Als *deskriptiv* werden die Theorien über Rechtspluralismus bezeichnet, wonach der Begriff des Rechtspluralismus die faktische parallele Existenz und Interaktion verschiedener normativer Ordnungen innerhalb eines Gebiets kennzeichnet.⁶⁰ Rechtspluralismus wird als soziales Phänomen begriffen.⁶¹ Hingegen werden Ansätze, die Rechtspluralismus weniger als Phänomen, dass mehrere Rechtsordnungen nebeneinander *gelten*, sondern vielmehr als den Anspruch, dass mehrere Rechtsordnungen nebeneinander *einen Geltungsanspruch erheben können sollen*, verstehen, als *normative* Theorien bezeichnet.⁶²

56 Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, S. 1095.

57 Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, S. 1095.

58 So der Streit zwischen Coleman, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma* und Volpp, *Talking "Culture": Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, siehe auch Okin / Nussbaum, u.a., *Is Multiculturalism Bad for Women?*.

59 Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, S. 192; Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, S. 1443 f.

60 Beispielsweise Benda-Beckmann, *Political and legal transformations of an Indonesian polity : the Nagari from colonisation to decentralisation*; Benda-Beckmann, *Legal pluralism in Malawi : historical development 1858-1970 and emerging issues*; Benda-Beckmann / Benda-Beckmann, *State, religion and legal pluralism : changing constellations in West Sumatra (Minangkabau) and comparative issues*; Griffiths, *What is Legal Pluralism?* S. 38; Davies, *Legal Pluralism* S. 815; Benda-Beckmann / Benda-Beckmann, *Gesellschaftliche Wirkung von Recht: Rechtsethnologische Perspektiven* S. 60 f.

61 Normativer Pluralismus als Fakt vgl. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, S. 83. Rechtspluralismus als Fakt Griffiths, *What is Legal Pluralism?* S. 4 f.

62 Pluralismus ist allgemein die „Einstellung, es sei begründeter bzw. sinnvoller, eine Heterogenität, Mannigfaltigkeit und Prinzipienvielfalt des in der Welt Existierenden anzunehmen als die vom Monismus behauptete Homogenität und Einheitlichkeit einer Welt, die von einem Prinzip reagiert wird“ Sandkühler, *Pluralismus*. Eine normative Theorie des Rechtspluralismus entwickeln beispielsweise Schiff Berman,

Die Fragen, die aus der Akzeptanz des Pluralismus als normativen Anspruch resultieren, sind nicht neu.⁶³ Wenn Pluralismus bei zwei normativen Ordnungen beginnt, ist bereits jede Debatte über die Relation von Recht und Moral in gewisser Weise rechtspluralistisch.⁶⁴ Und die Verteidigung des Ideals der Geschlossenheit der Rechtsordnungen kann als anti-pluralistische Bestrebung aufgefasst werden.⁶⁵ Beim Umgang mit Rechtspluralismus ist deshalb sorgfältig zu eruieren, auf welche Diskussionen aufzubauen ist und wie die bestehenden Theorien zu modifizieren sind.⁶⁶ Umgekehrt macht die Angebundenheit an bestehende Theorien die Debatte schwer zu durchdringen: Viele Ansichten sind Ergebnisse rechtstheoretischer Grundpositionen, nicht ausschließlicher Auseinandersetzungen mit dem Rechtspluralismus.

Ist im Folgenden von Rechtspluralismus die Rede, ist damit einerseits gemeint, dass Recht nicht als einheitliche Ordnung, sondern als eine Menge an Ordnungen und Regeln begriffen wird. Andererseits ist damit auch gemeint, dass das Recht von einer Rechtstheorie oder Argumentationstheorie auch als plural behandelt werden muss. Denn der Anspruch, dass mehrere Rechtsordnungen nebeneinander einen Geltungsanspruch erheben können sollten, kann nicht glaubhaft vertreten werden, wenn den darauf aufbauenden Theorien immanent ist, den Pluralismus auf einen Monismus zu reduzieren und alle Rechtsordnungen unter die Herrschaft einer höchsten Ordnung zu stellen.⁶⁷ Die normative Grundhaltung, die der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt, ist, dass nicht alle mit Pluralismus einhergehende

Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law Beyond Borders und Jovanović, 'Global/Transnational Law' Challenges to Theorizing About Law, passim.

63 Einen Paradigmenwechsel weg vom staatlichen Rechtsparadigma attestiert hingegen Vielechner, *Transnationalisierung des Rechts* S. 55 ff.

64 Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, S. 484, 506.

65 So beispielsweise in Bezug auf die Rechtsvereinheitlichung im Zivilrecht Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, S. 33, zur Rechtsvereinheitlichung im 19. Jahrhundert Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, S. 128ff und Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, S. 122.

66 Bzgl. Globalen Rechts vergleiche die modifizierenden Ansätze bei Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*; von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective* oder von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*. Eine Theorie basierend auf Adam Smith entwickelt Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, S. 4 ff.

67 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 14 f.: Rein logisch sind bei zwei Rechtsordnungen zur Konfliktvermeidung zwei Möglichkeiten gegeben: *reference* und *incorporation*.

Normkollisionen durch Konstruktion in scheinbare Rechtseinheit aufgelöst werden dürfen; stattdessen sind Kollisionen argumentativ zu verhandeln.⁶⁸

Der im Folgenden vertretene pluralistische Rechtsbegriff steht dem monistischen Rechtsbegriff gegenüber. Der monistische Rechtsbegriff ist nicht zwingend ein staatlicher oder positivistischer Rechtsbegriff, aber immer ein Rechtsbegriff der eindeutigen Kriterien und der Einheit: Prämisse ist die gedachte und weitestgehend durchgesetzte Rechtseinheit, die durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Methodeninstrumente ermöglicht und durchgesetzt wird. Erst durch Abkehr von dem Denken, dass alles Recht eine Einheit darstellen muss und auch Kollisionen auftreten können dürfen, beginnt das pluralistische Rechtsdenken. Es ist deshalb noch kein Pluralismus, wenn über verschiedene Auffassungen zur Auslegung einer Norm diskutiert wird. Pluralistisches Rechtsdenken beginnt erst dort, wo neben das einheitliche Recht ein (häufig mit dem Recht kollidierender) Gedanke tritt, der nicht im System bereits enthalten ist – das kann eine Norm aus einer anderen Rechtsordnung ebenso wie ein Gerechtigkeitsanspruch, der moralisch begründet wird, oder ein politisches Prinzip sein – und diesem Gedanken in der juristischen Argumentation ein Wert beigemessen wird.

Im internationalen Recht gibt es drei Gründe, warum Regelkonflikte, welche in Regel-Ausnahme-Strukturen aufgelöst werden, besonders häufig vorkommen: Zunächst ist internationales Recht *fragmentiert*, d. h. es gibt keine einheitliche Rechtsordnung, sondern ein „*archipelago of mutually interacting international legal regimes*“⁶⁹ ohne klare institutionelle oder normative Hierarchie,⁷⁰ und der Konflikt zwischen Rechtsnormen verschiedener Rechtsordnungen ist dort an der Tagesordnung.⁷¹ Dazu kommt, dass die Bedeutung formaler Rechtsquellen des internationalen Rechts abgenommen hat, und dadurch die Unsicherheit zunimmt, was überhaupt als internationales Recht gilt und potentiell Regelkonflikte hervorrufen kann. Insbesondere dadurch, dass es viele Gesetzgeber gibt, die sich nicht abstimmen und auch gar nicht abstimmen können, gibt es keine zentrale Autorität, die Regelkonflikte minimieren oder diesen vorbeugen kann.⁷²

68 Die Forderung, normativen Pluralismus ernst zu nehmen, formuliert auch Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, S. 475, Fn. 4.

69 Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 2.

70 Koskenniemi / Leino, *Fragmentation of International Law?*, S. 553.

71 Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 2.

72 Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 2.

A. Einleitung

Die Entwicklung des Rechts zur Pluralität ist ein weiterer Grund für ein Wiederaufleben der Argumentationstheorie. In den Argumentationstheorien des 20. Jahrhunderts spielen kollidierende Rechtsnormen oder Rechtsordnungen keine hervorgehobene Rolle. Die Argumentationstheorien in den 70er und 80er Jahren wurden mit Blick auf ein monistisches und im Großen und Ganzen eher widerspruchsfreies Recht entwickelt. Die Kollision von Normen oder Argumenten wird in den meisten Arbeiten nur am Rande behandelt. Gerade die Kollisionen von Normen oder gar ganzen Rechtsordnungen stellen für die juristische Argumentation aber eine große Herausforderung dar. Ein Problem bei der Argumentation mit plurem Recht liegt nämlich darin, dass sich nicht nur Normen, sondern auch insbesondere Argumente gegenseitig relativieren. Derartige Fälle könnten zwar durch das völlige Zurückweisen einer normativen Ordnung und die strenge Durchsetzung einer anderen normativen Ordnung gelöst werden. Rechtsordnungen als offene Systeme können Normen, die dem System nicht angehören, Bindungskraft verleihen und sie in sich aufnehmen.⁷³ Dies ist aber weder norm- noch sachgerecht und entspricht auch nicht der internationalen Praxis, wonach genau zu bestimmen ist, welcher Teil aus welcher Rechtsordnung wann zum Einsatz kommt.⁷⁴

Dazu kommt die Gefahr, dass das pauschale Zurückweisen einer konkurrierenden Rechtsordnung bei den Rechtssuchenden schnell den Eindruck hervorrufen könnte, „ihre“ Rechtsordnung spiele keine Rolle. Bei der Integration und damit der Entwicklung einer postmodernen multikulturellen Gesellschaft würde dies ein erhebliches Hindernis darstellen. Beispielsweise wäre es theoretisch denkbar, den Konflikt des BGB mit der Scharia im Bereich des Familienrechts dahin gehend aufzulösen, dass der Scharia aufgrund der grundrechtlich problematischen Ungleichberechtigung von Mann und Frau jegliche Geltung vor deutschen Gerichten abgesprochen wird. Bei den Rechtssuchenden würde dies aber den Eindruck hervorrufen, dass sie selbst zwar willkommen sind, für ihre religiös begründeten Werte aber in der BRD kein Raum wäre und die über die fremde Rechtsordnung begründeten institutionellen Tatsachen nicht anerkannt werden. Soll Integration in der pluralen Gesellschaft gelingen, muss Kommunikation zwischen den verschiedenen Kulturen ermöglicht werden – und auch im Rechtsdiskurs muss eine ernsthafte Auseinandersetzung mit

73 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 208.

74 Im IPR, siehe unten ab S. 238.

anderen Rechtsvorstellungen oder normativen Ordnungen möglich sein. Deshalb müssen andere normative Ordnungen neben der eigenen Rechtsordnung als geltend akzeptiert werden können.⁷⁵ Zudem kann die Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansichten oder Grundpositionen auch als Chance für die Fortentwicklung des angewendeten Rechts begriffen werden, da ohne Pluralismus kein die Wahrheit oder Richtigkeit begründender Diskurs aufkommt und so Pluralismus Voraussetzung für intersubjektive Wahrheit ist.⁷⁶

Angesichts des pluralen Rechts wird immer häufiger die Frage gestellt, wie mit Kollisionen von Rechtsordnungen, Auslegungen, Normen, Argumenten oder Werten in der juristischen Argumentation umzugehen ist.⁷⁷ Der Argumentationstheorie wurde schon mehrfach bescheinigt, eine geeignete Antwort auf plurales Recht geben zu können:⁷⁸ Nur durch die Erarbeitung eines differenzierten Umgangs mit Kollisionen kann garantiert werden, dass das plurale Recht in der Rechtsanwendung nicht auf monistisches Recht reduziert wird. Erneut stellt dabei die realitätsgetreue Beschreibung der Strukturen juristischen Argumentierens den ersten Schritt dar.

II. Fragestellung

Die Argumentationstheorie muss sich angesichts der skizzierten Herausforderungen der Digitalisierung und der Pluralisierung nicht neu erfinden. Denn die grundlegenden Fragen, wieso juristische Entscheidungen begründet werden müssen, wie Recht angewendet wird, welche logische Struktur der Rechtsanwendung zugrunde liegt, was eine ordnungsgemäße juristische Begründung ausmacht etc. sind dieselben. In den Fokus rückt allerdings zudem ein Phänomen, das (in der deutschsprachigen Rechtstheorie) bislang vergleichsweise eher einen Nebenschauplatz eingenommen hat: Der Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen.

75 Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, S. 4; Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, S. 26.

76 Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* S. 105, insb. Fn. 264.

77 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 3.

78 In dem Sinne Günther, *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, S. 539 ff.; Melissaris, *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, passim; jüngst explizit Duarte, *Is Argumentation Theory Applicable for Legal Pluralism?*, S. 129 ff.

1. Forschungsstand

Sowohl in der juristischen Ausbildung als auch in der rechtstheoretischen Fachliteratur wird bis heute die Rechtsanwendung in der syllogistischen Form („juristischer Syllogismus“) propagiert.⁷⁹ Unter einen Rechtssatz, der einen Tatbestand und eine Rechtsfolge enthält, wird der Sachverhalt subsumierte, d. h. der Sachverhalt in Entsprechung mit dem Tatbestand gebracht. Die juristische Entscheidung könne aufgrund der logischen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge als Syllogismus rekonstruiert werden, in dem der Rechtssatz der Obersatz, der Sachverhalt der Untersatz und die juristische Entscheidung die Konklusion sei.⁸⁰

Die Vorherrschaft des juristischen Syllogismus gründet einerseits darauf, dass die juristische Methodenlehre auf der Prämisse der Rechtsanwendung in syllogistischer Form basiert,⁸¹ andererseits aber auch darauf, dass viele zentrale Werke der Rechtstheorie bis heute an der Vorstellung syllogistischer Rechtsanwendung festhalten.⁸² Zwar wurde bereits früh elaborierte Kritik an der Vorstellung des juristischen Syllogismus geübt.⁸³ Es gelang den Kritikern allerdings nicht, eine alternative Struktur des juristischen

79 Bäcker, *Juristisches Begründen*, S. 321; Früh, *Juristisch auslegen, argumentieren und überzeugen*, S. 906.

80 Fischer, *Analogie und Argument*, S. 112 mwN; Nicht zu verwechseln ist dies mit der Ansicht, dass ausgehend von dem Rechtssatz und dem Sachverhalt logisch auf das Ergebnis geschlossen werde und so die Entscheidung erst gefunden werde, was zu Recht niemand (mehr) vertritt, Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?*, S. 111.

81 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 271ff.; Rückert / Seinecke, *Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall*, Rn. 44; Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 40 f.; Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 677 ff.; Bydlinski / Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, S. 29.

82 Bspw. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, S. 202, 237; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*; Gardner, *The Legality of Law*, S. 186; Marmor, *The Language of Law*, S. 61; Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, passim; MacCormick, *Legal Deduction, Legal Predicates, and Expert Systems*, S. 182.

83 Bspw. Viehweg, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*; Seibert, *Argumentation: Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme*; Neumann, *Rechtsontologie und juristische Argumentation: zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*; Struck, *Zur Theorie juristischer Argumentation*; Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*; Kilian, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung: methodenorientierte Vorstudie*.

Begründens salonfähig zu machen, welche dem Praktiker als Werkzeug zur Begründung seiner Ansichten und Entscheidungen ähnlich praktikabel erscheint.⁸⁴ Mangels überzeugender Alternative wird deshalb bis heute an dem Konzept des Syllogismus, das auf klassisch-deduktivem Schließen und logischer Folgerichtigkeit basiert, festgehalten. Denn letztlich scheint es eine plausible Struktur für die Rechtsanwendung bereitzustellen, die eine nahezu unangreifbare (da logisch zwingende) Begründung des Ergebnisses ermöglicht.⁸⁵

Das Vorherrschende des syllogistischen Rechtsanwendungverständnisses ist einer der Gründe, wieso Werke, die sich zentral mit Regel-Ausnahme-Strukturen im juristischen Begründen befassen, selten sind:⁸⁶ Wird eine juristische Entscheidung mit einem Schluss von Norm und Sachverhalt auf die Rechtsfolge begründet, können Ausnahmen nur berücksichtigt werden, wenn diese in der Norm bereits explizit enthalten sind. Denn der Syllogismus ist linear, nicht dynamisch: Was gesagt wurde, kann nicht einfach zurückgenommen und modifiziert werden.⁸⁷ Der juristische Syllogismus ist ausnahmefeindlich. Ausnahmen, die nicht bereits von der Norm mitgedacht sind, können in ihm nicht abgebildet werden.

Dabei kann der Rechtstheorie nicht vorgeworfen werden, die Regel-Ausnahme-Struktur des Rechts zu ignorieren. Es ist seit Jahren weithin anerkannt, dass Recht „irgendwie anfechtbar“ (*defeasible*) ist, das heißt, dass das Recht immer Ausnahmen haben könnte und deshalb offen für Ausnahmen sein müsse.⁸⁸ Regel-Ausnahme-Strukturen wurden unter dem Begriff der „*Defeasibility*“ seit den 50er Jahren zunächst im angloamerikanischen Raum diskutiert. Als H. L. A. Hart den Begriff „*Defeasibility*“ (im Folgenden zu Deutsch „Anfechtbarkeit“) erstmals in seinem Aufsatz „*The Ascription of Responsibility and Rights*“ aus dem Jahr 1948 verwendete, meinte er damit die Eigenschaft von Rechtsnormen, nicht zu der rechtli-

⁸⁴ Dies fordert auch Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 2.

⁸⁵ Brewer, *First Among Equals*, S. 288; Brewer, *Interactive Virtue*, S. 163; Weinstein/Abrams/Brewer/Medwed, *Evidence*, S. 123.

⁸⁶ Jüngst haben sich vorrangig d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* und Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation* mit Normkonflikten bzw. Regel-Ausnahme-Strukturen befasst.

⁸⁷ Siehe ab S. 86.

⁸⁸ Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. 11; Selbst in der juristischen Einführungsliteratur wird der juristische Syllogismus als „*defeasible*“ vermittelt, so jüngst Bäcker, *Juristisches Begründen*, S. 325.

chen Wirkung zu führen, die diese gewöhnlich zur Folge haben, wenn bestimmte Umstände vorliegen, die nicht von vornherein aufzählbar sind.⁸⁹ Weil rechtliche Begriffe nicht durch Angabe notwendiger und hinreichender Bedingungen definiert und niemals alle Bedingungen, die zur sicheren Bestimmung des Begriffs hinreichend sind, genannt werden können, sind rechtliche Begriffe anfechtbar.⁹⁰ Im Anschluss an Hart wurde das Phänomen von Anfechtbarkeit von Philosophen und zunehmend in den 80er Jahren auch von Informatikern unter nichtmonotoner Logik⁹¹ diskutiert. Während Hart lediglich die Rechtsnorm als *defeasible* begreift, entwickelte sich eine nahezu unüberschaubare Anzahl von Ansätzen über *defeasible reasoning*, das anfechtbare Begründen. Wenngleich insofern bezüglich der Grundterminologie weitestgehend Einigkeit herrscht, hat der gegenwärtige Begriff der „*Defeasibility*“ zahlreiche Facetten: Seit fast 70 Jahren wird interdisziplinär und international über das Thema gestritten, wobei sich verschiedene wissenschaftliche Ansätze, philosophische Theorien, rechtstheoretische Traditionsgeschichten und rechtsdogmatische Systeme vermengt haben.⁹² Aufgrund der vielfältigen Streitpunkte und Positionen lassen sich die Ansätze zur Anfechtbarkeit in verschiedene Lager unterteilen.⁹³ „*Defeasibility*“ wird zum Schlüsselwort einer komplexen Debatte, in der grundlegende rechtstheoretische und philosophische Fragen diskutiert werden.⁹⁴

89 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, S. 171 (175, insb. Fn. 2); soweit der Konsens auch in der gegenwärtigen Diskussion, vgl. Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. II; Koons, *Defeasible Reasoning*; d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 23 ff.

90 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, S. 171 f.

91 So z. B. Reiter, *A Logic for Default Reasoning*; Reiter / Etherington, *On Inheritance Hierarchies With Exceptions*; McDermott / Doyle, *Non-monotonic logic I*; Moore, *Autoepistemic logic revisited*; Moore, *Autoepistemic Logic*; Levesque, *All I Know: A Study in Autoepistemic Logic*.

92 Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. II: Der noch relativ junge Begriff der *Defeasibility* hat seit seiner Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie durch H.L.A. Hart verschiedene Stationen durchlaufen: Während er in den 70er Jahren vor allem die Forscher zur Künstlichen Intelligenz beschäftigte, wurde er anschließend von den Rechtswissenschaftlern durch Dworkin wiederentdeckt und dankbar von den Kontinentalphilosophen rezipiert, die die Idee der *Defeasibility* bei den Erwägungen zu einer Theorie normativer Systeme diskutieren; ausführlich zur Entwicklungsgeschichte Koons, *Defeasible Reasoning*.

93 Bspw. Einteilungsversuche bei Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. II (12); auch Koons, *Defeasible Reasoning*.

94 Deshalb kann an dieser Stelle weder eine einheitliche Begriffsbestimmung erarbeitet noch das zahlreiche Schrifttum umfassend berücksichtigt werden. Zum Schrifttum siehe die umfangreiche Bibliographie von Araujo Kurth, *Selected Thematic Bibliography*.

Umstritten ist dabei nicht nur der Grund für Anfechtbarkeit – beispielsweise werden kommunikative Konventionen, anfechtbare Verpflichtungen, anfechtbare Naturgesetze oder Thesenbildung aufgrund von Induktion oder Abduktion als Ursachen für Anfechtbarkeit angesehen⁹⁵, sondern auch, welchem Element das Prädikat der Anfechtbarkeit überhaupt zugewiesen werden soll: Anfechtbarkeit wird als abstrakte Eigenschaft von Fakten⁹⁶, Überzeugungen (*beliefs*)⁹⁷, Konzepten⁹⁸, Formulierungen⁹⁹, Interpretationen¹⁰⁰, Begründungen¹⁰¹, Schlüssen¹⁰² und Normen¹⁰³ diskutiert.¹⁰⁴ Dass die Anfechtbarkeit der Argumentation mehr als eine Ursache haben kann, ist plausibel: Eine Argumentation kann beispielsweise dadurch angefochten werden, dass die zugrunde gelegten Tatsachenaussagen nicht vollständig sind, aber auch dadurch, dass die Formulierung unscharf oder ungenau ist oder dass die begründende Relation eine Ausnahme nicht mitbedenkt oder verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zulässt. Deshalb begegnet anfechtbares Begründen in der rechtstheoretischen Literatur zum Lücken-

95 Koons, *Defeasible Reasoning*.

96 z. B. Hage, *Law and Defeasibility*, S. 221 ff.

97 z. B. Rodríguez / Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, S. 119 ff.; Hage, *Law and Defeasibility*, S. 221 ff.

98 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, S. 171 ff.; Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, S. 21 ff.; Baker, *Defeasibility and Meaning*, S. 26 ff.; MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, S. 99 ff.

99 z. B. MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, S. 99 (115).

100 z. B. Bayón, *Derrotabilidad indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, S. 87 ff.; Rodríguez / Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, S. 119 ff.

101 z. B. Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 78 ff.; Alchourrón, *Detachmend and Defeasibility in Deontic Logic*, S. 5 ff.; Bayón, *Why is Legal Reasoning Defeasible?*, S. 1 ff.

102 z. B. Prakken / Sartor, *The Three Faces of Defeasibility in the Law*, S. 118 ff.

103 Überblickend Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, S. 151 (171 ff.).

104 Überblick über die Quellen der *Defeasibility* bei Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, S. 151 (162 ff.); die Trennung zwischen Regeln und Prinzipien ablehnend Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. 305; zustimmend Bäcker, der in der *Defeasibility* den zentralen Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien erkennt. Die klare Trennung von Regeln und Prinzipien ermöglicht zwar auf ersten Blick, die *Defeasibility* von Regeln verneinen zu können, da das einzige, was defeasible sei, die Prinzipien seien, die miteinander konkurrieren und zurücktreten können. Allerdings sind auch Regeln in den Fällen defeasible, in denen das hinter der Regel stehende Prinzip durch ein anderes verdrängt wird und so auch die Regel durch das sich durchsetzende Prinzip eine Ausnahme erfährt. *Defeasibility* als einziges Trennungskriterium zwischen Regeln und Prinzipien eignet sich demnach nicht; a.A. Bäcker, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (94 ff.).

problem,¹⁰⁵ zur Unbestimmtheit des Rechts¹⁰⁶ oder auch zum Thema von Regel-Ausnahme-Strukturen.¹⁰⁷

Zur Anfechtbarkeit des Rechts gibt es allerdings nur wenige deutschsprachige Veröffentlichungen,¹⁰⁸ von einer intensiven Auseinandersetzung mit der Thematik im Diskurs ist die deutschsprachige Rechtstheorie noch weit entfernt.¹⁰⁹ Zudem klafft bezüglich der Anfechtbarkeit der Norm zwischen der Rechtsanwendungspraxis und der Rechtstheorie eine gewaltige Lücke: Das, was für die Rechtstheoretiker *common knowledge* ist,¹¹⁰ ist für den Praktiker kein Thema, weil Recht in der Praxis immer schon anfechtbar war,¹¹¹ und sich ein Reflektieren darüber deshalb in der Regel nicht einstellt – mit teils fatalen Folgen für den Umgang mit anfechtbarem Recht.¹¹²

Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen, welche sich zu Anfang als einander widersprechende Regeln präsentieren, wird oft die Lösung mittels einer Kollisionsregel vorgeschlagen.¹¹³ Die Kollisionsregel ist eine Meta-Regel, die nicht die Sache selbst regelt, sondern nur, welche der kollidierenden Regeln anwendbar oder anzuwenden ist. Kollisionsregeln sieht beispielsweise Alexy in seiner Juristischen Argumentationstheorie als geeignetes Mittel an: Die „Vorrangregel“ entscheidet, welche Begründung

105 Guastini, *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*, S. 182 ff.

106 Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, S. 151 ff.

107 Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, S. 151 (160 f.) identifiziert 8 Ziele des “defeasibility turn” in der Rechtstheorie, darunter als allererstes die Regel-Ausnahme-Strukturen; Wang sieht *Defeasibility* und Regel-Ausnahme-Strukturen begründungstheoretisch gar als identisch an, s. Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 78.

108 Allen voran Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, aber auch Bäcker, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 beschäftigt sich wiederholt mit Anfechtbarkeit; zuletzt erschienen de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*.

109 Eine rechtstheoretische Rezeption nicht zur nichtmonotonen Logik, aber zur AGM-Theorie erfolgte 2004 in der Dissertation von Wang zur „Defeasibility in der juristischen Begründung“. Bis heute ist die Dissertation von Wang die einzige deutschsprachige Arbeit, die sich zentral und explizit mit Anfechtbarkeit auseinandersetzt. Wang unterscheidet drei Arten von Anfechtbarkeit: Anfechtbarkeit als Eigenschaft einer Rechtsnorm (Dworkin, Alexy, Günther), Anfechtbarkeit als Eigenschaft von Gründen (Raz, Hage) und Anfechtbarkeit als Eigenschaft des Prozesses (McCormick, Sartor); Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 19 ff., 46 ff., 61 ff.

110 Bäcker, *Juristisches Begründen*, S. 325 vermittelt bereits Studierenden, dass juristisches Begründen auch Anfechtbarkeit bedeutet.

111 Siehe dazu unten ab S. 164.

112 Siehe dazu unten ab S. 243.

113 Jüngst bspw. Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 30.

vorzuziehen ist, das heißt, welche Norm anzuwenden ist.¹¹⁴ Hinter der Lösung von Kollisionen mit Kollisionsregeln steht der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung: Zwar können Regeln kollidieren, diese Kollision wird jedoch vorausschauend durch eine Vorrangregel des Rechts gelöst.¹¹⁵ In der Rechtspraxis werden zahlreiche Kollisionen mit Kollisionsregeln gelöst: Wenn beispielsweise ein Sachverhalt internationale Bezüge hat, konkurrieren mehrere nationale Rechtsordnungen um Anwendbarkeit – gelöst wird diese Kollision mittels des internationalen Privatrechts: es regelt, welche Sachnorm zur Anwendung kommt, nicht aber, wie der Fall sachlich zu entscheiden ist.¹¹⁶ Auch rechtsordnungsinterne Kollisionen lassen sich mit Kollisionsregeln lösen – ein Beispiel für eine rechtsordnungsinterne Kollisionsregel ist Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht.

Problematisch wird die Lösung mittels Kollisionsregeln aber, wenn es an einer fehlt oder die Kollisionsregeln selbst miteinander in Konflikt treten. Den zweiten Fall bedenkt auch Alexy: Notwendig sei dann eine „Vorrangregel zweiter Stufe“, also ein Kollisionsrecht der Kollisionsregeln, oder eine Meta-meta-Ordnung des Rechts.¹¹⁷ Da aber keine Rechtsordnung jeden einzelnen Fall im Voraus regeln kann, jede Rechtsordnung irgendwann unvollständig ist, kann es immer sein, dass auch auf der zweiten Stufe Normkollisionen auftreten und eine dritte Stufe notwendig wird. So können sich Kollisionsordnungen ins Transfinite fortsetzen, das Kollisionsproblem wird lediglich auf die nächste Ebene verlagert. Rechtsordnungen aber sind endlich verfasst – deshalb können immer Fälle auftreten, die vorher niemand bedacht und deshalb keiner geregelt hat. Fehlt es jedoch an einer Kollisionsregel, muss der Rechtsanwender im Rahmen eines Wertungsakts eine eigene Kollisionsregel setzen und in Anwendung dieser eine Entscheidung über den Vorrang zwischen Regel oder Ausnahme treffen.¹¹⁸ Dass Kollisionsregeln nicht immer das letzte Wort haben (dürfen), zeigt

¹¹⁴ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 248 f. Später ausführlich Alexy, *Theorie der Grundrechte* S. 79 ff.

¹¹⁵ Die Lösung von Kollisionen unter dem Grundgedanken der Rechtseinheit exemplarisch bei Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 270 ff.

¹¹⁶ Junker, *Internationales Privatrecht*, S. 2 ff.

¹¹⁷ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 249.

¹¹⁸ Zum Umgang mit Normkollisionen, welche nicht durch eine Kollisionsregel bereits auf der Anwendbarkeitsebene aufgelöst sind, siehe unten ab S. 204.

auch die Praxis im internationalen Privatrecht: Sind die Kollisionsregeln widersprüchlich oder führen sie zu einem unbilligen Ergebnis, sind Korrekturen des Kollisionsergebnisses auf der Anwendungsebene möglich: Die Kollisionsnorm wird nicht angewandt oder angepasst,¹¹⁹ oder die Sachnorm wird eingeschränkt, umgebildet oder ergänzt.¹²⁰ Dafür ist jedoch eine eigenständige Argumentation erforderlich, die durch die Kollisionsregel nicht entbehrlich gemacht wurde.

Die Vernachlässigung der Auseinandersetzung mit Regel-Ausnahme-Strukturen hat spürbare Auswirkungen auf rechtsdogmatische Diskussionen sowie auf die Rechtspraxis: Wertungen zur Korrektur der Rechtslage („Anwendungsfragen“, bei denen Gründe gegen die Anwendung einer Norm trotz Vorliegen des gesetzlichen Tatbestands erörtert werden)¹²¹ werden häufig mit Fragen des gesetzlichen Tatbestands („Anwendbarkeitsfragen“, bei denen das Vorliegen des gesetzlichen Tatbestands erörtert wird)¹²² vermengt. Dieser undifferenzierte Umgang mit Anwendungs- und Anwendbarkeitsfragen provoziert dogmatische Streitigkeiten: Behauptet eine Seite, ein Fall sei auf eine bestimmte Art und Weise zu bewerten, weil dies vom Tatbestand der Norm umfasst sei, und wendet die andere Seite dagegen ein, die Norm sei aufgrund bestimmter Gründe zur Beurteilung des Falles aber nicht heranzuziehen, kommt nicht selten eine hitzige Debatte auf, obwohl beide Seiten sich gar nicht dieselbe Frage stellen.¹²³ Zuletzt schadet der in der Differenzierung mangelhafte Umgang mit Anwendbarkeits- und Anwendungsfragen dem Rechtsstaat: Dass das Vertrauen in die Gerichte niedrig ist,¹²⁴ mag auch daran liegen, dass manche Entscheidungen als Ergebnisse des Gesetzes präsentiert werden, obwohl sie lediglich politisch motiviert und juristisch schlecht begründet sind.

119 „[Die Anpassung] lässt sich definieren als die Auflösung von Normenwidersprüchen auf kollisions- oder sachrechtlicher Ebene durch Koordination der Rechtsanwendung im Einzelfall.“ Junker, *Internationales Privatrecht*, § 11 Rn. 26, 32.

120 Junker, *Internationales Privatrecht*, § 11 Rn. 34, 35. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 237; von Bar / Mankowski, *Internationales Privatrecht*, § 7 Rn. 256.

121 Im Einzelnen ab S. 204.

122 Im Einzelnen ab S. 192.

123 Bsp. ab S. 243 und 246.

124 Nach Vaterrodt / Bohlen, u.a., *Roland Rechtsreport*, S. 14, hatten im Jahr 2018 36 % der Bevölkerung wenig bis überhaupt kein Vertrauen in die Gerichte. In die Verwaltung hatten sogar 55 % wenig bis gar kein Vertrauen.

2. These und Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist die Untersuchung des Umgangs mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation. Ein Schwerpunkt wird sein, die weithin herrschenden Vorstellungen zur deduktiven Struktur der Rechtsanwendung – das „*Ideal und Herzstück juristischer Argumentation*“¹²⁵ – sowie der Funktionsweise und Bestandteile der Rechtsnorm zu hinterfragen und alternative Konzepte vorzustellen. Dabei wird die These vertreten, dass durch die Abkehr vom Deduktivitätspostulat¹²⁶ in der Gestalt, dass (1) deduktive Schlüsse im Rahmen der Rechtsanwendung nichtmonoton und deshalb nichtklassisch deduktiv sind, (2) die logische Struktur der Rechtsanwendung auch induktive, abduktive und analogische Schlüsse umfasst und die Rechtsanwendung als (analogisches) wertendes Gleichsetzungsverfahren zu begreifen ist, und (3) die Erfüllung des Tatbestandes kein hinreichender Grund für die Feststellung der Rechtsfolge ist, sodass die Zurückweisung der Anwendung einer anwendbaren Norm diese selbst in ihrer Geltung unangetastet lässt, eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Regel-Ausnahme-Strukturen ermöglicht: Ausnahmen auf der Geltungsebene, Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene und Ausnahmen auf der Anwendungsebene. Diese drei Arten an Ausnahmen unterscheiden sich darin, wie eine Ausnahme begründet wird und inwiefern sich die Ausnahme auf die Geltung und die Anwendbarkeit einer Regel auswirkt.

Wie im ersten Teil (B) erörtert wird, erschöpft sich die Rechtsanwendung in keinem logischen Schluss von Gesetz und Sachverhalt auf das Rechtsanwendungsergebnis, sondern erfordert eine willentliche Entscheidung zwischen verschiedenen Rechtsanwendungsmöglichkeiten. Zur Legitimation der Entscheidung spielt deshalb die Begründung bzw. die Begründbarkeit eine zentrale Rolle.

Im zweiten Teil (C) wird das Deduktionspostulat in den Blick genommen. Nach einer Rekonstruktion des Verständnisses vom juristischen Syllogismus werden verschiedene klassische und neuere Kritikpunkte am juristischen Syllogismus herausgearbeitet: Betrachtet wird zunächst die Kritik der Logiker am klassisch deduktiven Begründen sowie das Toulmin-Modell, mit dem heftige Kritik an der Rolle der Logik in der juristischen Argumentation geübt wird. Anschließend wird die Kritik von Neumann und

¹²⁵ Fischer, *Analogie und Argument*, S. 193.

¹²⁶ Zur Begriffsbestimmung und des dahinter stehenden Konzepts eingehend ab S. 72.

A. Einleitung

D'Almeida mit einbezogen und auf die Rettungsversuche der Syllogismusbefürworter eingegangen. Da der formallogischen Rekonstruktion im klassisch-deduktiven Syllogismus eine Vorstellung über die Rechtsnorm und die Rechtsanwendung zugrunde liegt, die mit Regel-Ausnahme-Strukturen nicht vereinbar sind, wird im Anschluss ein nicht-syllogistisches Konzept der juristischen Argumentation vorgestellt, das Rechtsanwendung als wertende Gleichsetzung begreift und auf dem Verständnis der Rechtsnorm als abstrakten Grund basiert.

Im dritten Teil (D) wird der Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation betrachtet. Zunächst wird die Frage angerissen, warum Recht Ausnahmen hat. Festgestellt wird, dass die häufigste Ursache von Ausnahmen in sog. vorausgesetzten Annahmen zu finden ist, welche bei der Setzung von normativen Handlungssätzen unausgesprochen bleiben, diese aber mitkonkretisieren und anfechtbarer Bestandteil dieser sind. Im Anschluss wird der Begriff der „Regel“ und der „Ausnahme“ näher spezifiziert und die Struktur der juristischen Argumentation neu beschrieben. Dabei wird zunächst dargestellt, dass es verschiedene Umgangsmöglichkeiten mit der Eigenschaft des Rechts, Ausnahmen haben zu können, gibt. Eine Unterscheidung erfolgt zuallermeist allerdings nicht. Es folgt die Erörterung der zentralen These der Arbeit, dass in der juristischen Argumentation zwischen Geltungs-, Anwendbarkeits- und Anwendungsfragen zu differenzieren ist. Dabei werden unterschiedliche Anforderungen an die Begründung von Anwendbarkeitsfragen und Anwendungsfragen gestellt. Bei der Unterscheidung handelt es sich um keine rein akademische, denn eine fehlerhafte Gleichbehandlung von Anwendbarkeits- und Anwendungsfragen hat schlecht begründete und stellenweise juristisch falsche Ergebnisse zur Folge. Nicht selten provoziert eine Konfusion von Anwendungs- und Anwendbarkeitsfragen heftige Streitigkeiten.¹²⁷ Die materiellrechtliche Relevanz wird fortlaufend unter Bezugnahme auf konkrete praktische Beispiele verdeutlicht.

Im abschließenden Teil (E) wird unter Bezugnahme auf zwei aktuelle Diskussionen aus dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht aufgezeigt, inwiefern die fehlerhafte Annahme einer logischen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, das Festhalten am Subsumtionsdogma und die damit einhergehende mangelhafte Unterscheidung von Anwendbarkeitsfragen und Anwendungsfragen in materiellrechtlichen Diskussionen zu Streitigkeiten führen.

127 Bsp. ab S. 243 und 246.

ten über die Rechtsanwendung und Fehlern in der juristischen Argumentation führen.

3. Einordnung der Arbeit im argumentationstheoretischen Kontext

Die vorliegende Ausarbeitung steht in einem argumentationstheoretischen Paradigma. Deshalb liegen den Ausführungen bestimmte Annahmen und Begriffsverständnisse zugrunde, welche zuanfangs geklärt werden sollen, damit der vorliegende Ansatz besser verortet werden kann.

a) Herstellung vs. Darstellung

In der juristischen Argumentationslehre wird zwischen Herstellung und Darstellung differenziert: Grundgedanke ist, dass der Entstehungsprozess einer juristischen Entscheidung der Disziplin der „*Psychologie der richterlichen Entscheidungstätigkeit*“ zuzurechnen sei und lediglich die Darstellung einer Entscheidung, d. h. ihre argumentative Präsentation, Gegenstand der Argumentationstheorie sein könne.¹²⁸ Allerdings lassen sich in der Rechtswissenschaft *context of discovery* und *context of justification* nicht derart klar voneinander trennen wie in den Naturwissenschaften,¹²⁹ weil die Entscheidungsgründe von den Entscheidungsmotiven nicht vollständig unabhängig sind.¹³⁰

Wird im Folgenden über „Rechtsanwendung“ gesprochen, ist damit entsprechend der Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung nicht der Prozess der argumentativen *Lösung* eines juristischen Anwendungsfalls gemeint,¹³¹ sondern die argumentative *Darstellung* der rechtlichen Bewertung im Rahmen der Entscheidungsbegründung. Rechtsanwendung ist ein argumentativer Prozess, wobei unter Bezugnahme auf Rechtsnormen, auf Sachverhaltstatsachen und ggf. außerrechtliche Normen eine rechtliche

128 Neumann, *Juristische Argumentationstheorie*, S. 18 f.

129 Becker, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 9 f.

130 Neumann, *Juristische Argumentationstheorie*, S. 19; eine Auflockerung der Trennung zwischen Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung befürwortet auch Fischer, *Analogie und Argument*, S. 31 ff.

131 So bis heute weithin vertreten, siehe z. B. jüngst Möllers, *Juristische Methodenlehre*; Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*.

A. Einleitung

Wertung begründet wird. Im Rahmen der Rechtsanwendung gibt es auf Erkenntnis und auf Entscheidung basierende Elemente.¹³² Die Erkenntnis aber endet dort, wo sich mehrere Beurteilungsmöglichkeiten auftun, und die Entscheidung ist dadurch begrenzt, dass nur entschieden werden darf, was noch begründbar ist.

Dabei werden Elemente aus dem Herstellungsprozess mit berücksichtigt: „Rechtsanwendung“ ist nicht Gegenbegriff zur „Rechtsfindung“, sondern vielmehr der Oberbegriff für alle Situationen, in denen unter Bezugnahme auf eine Rechtsnorm oder einen anderen rechtlichen Grundsatz die Feststellung einer Rechtsfolge begründet wird.¹³³ Denn die exklusive Trennung von Rechtsfindung und Rechtsanwendung würde möglicherweise den Blick darauf verschleiern, dass die Rechtsanwendung auch rechtsschöpferische Momente umfasst, die über eine bloße Subsumtion hinausgehen.

b) Ansatz zwischen normativer und deskriptiver Argumentationstheorie

Abhängig von ihrem Erkenntnisinteresse werden Argumentationstheorien in zwei Gruppen eingeteilt: Auf der einen Seite stehen die normativen Argumentationstheorien, die nach Richtlinien zum richtigen, guten, rationalen juristischen Begründen fragen.¹³⁴ Dazu gehört beispielsweise Alexys „Theorie der juristischen Argumentation“, worin Maßstäbe für die interne und externe Rechtfertigung begründet werden.¹³⁵ Dazu gehört auch die „Juristische Begründungslehre“, in der Koch und Rüßmann darlegen, dass wenigstens eine Prämisse den Charakter eines logischen Allsatzes haben muss.¹³⁶ Dem gegenüber stehen die deskriptiven Argumentationstheorien, welche sich der Analyse der Begründungsrealität verschrieben haben, um durch die Rekonstruktion der tatsächlichen Begründungsstrukturen Fehler bei Entscheidungsbegründungen aufzudecken.¹³⁷ Als deskriptiv können

132 Siehe dazu ab S.

133 Anders bspw. Kaufmann, der die Rechtsanwendung mit der „bloßen Subsumtion“ identifiziert und ihr die – weitaus seltener vorkommende – Rechtsfindung gegenüber stellt, Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 12.

134 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 11.

135 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 219 ff.

136 Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, S. 1 ff.

137 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 12.

beispielsweise die topischen Ansätze von Viehweg oder Perelman bezeichnet werden.¹³⁸ Deskriptiv sind auch die Ansätze zur Analyse von Urteilsbegründungen.¹³⁹

Das Ziel normativer Argumentationstheorien ist die Beantwortung der Frage, wie eine Argumentation beschaffen sein muss, damit eine These als begründet angesehen werden kann bzw. anzusehen ist.¹⁴⁰ Normative Argumentationstheorien sind aber nicht ganz unabhängig von deskriptiven Argumentationstheorien: Um die Gefahr der Praxisferne der Kritik und Vorschläge zu vermeiden, sind die Erkenntnisse deskriptiver Argumentationstheorien zu berücksichtigen, da das Gesollte zumindest im Rahmen des Möglichen stehen muss.¹⁴¹ Die Unterscheidung ist also insoweit zu relativieren, als dass normative Argumentationstheorien zumeist auch über ein deskriptives Element verfügen.¹⁴² Die Untersuchung und Beschreibung bestehender Strukturen ist kein Selbstzweck, sondern erfolgt auch, um eine Kritik der Begründungsrealität zu ermöglichen. Umgekehrt enthalten normative Argumentationstheorien immer auch deskriptive Elemente: Denn wer normative Maßstäbe dazu entwickeln möchte, welche Anforderungen Argumentation erfüllen muss, muss zuvor immer erst einen Blick darauf werfen, wie Argumentation stattfindet – auch um sicherzustellen, dass die begründeten normativen Anforderungen überhaupt durchsetzbar sind.¹⁴³

Während vorliegend im Grunde ein normativer Ansatz gewählt wird, soll deshalb auf tiefergehende deskriptive Erwägungen nicht verzichtet wer-

138 z. B. Perelman, *The New Rhetoric*; Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*; Viehweg, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*.

139 z. B. Schroth, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*; Philipp, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*; Jost, *Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*; Bürkle, *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts*; von Schlieffen, *Rhetorik: Form ohne Inhalt*; von Schlieffen, *Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft*; Gräfin von Schlieffen, *Recht rhetorisch gesehen*; überblickend Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 112 ff.

140 Lumer, *Argumentation / Argumentationstheorie*, S. 89.

141 Goldman, *Epistemics: The regulative Theory of Cognition*, S. 509 ff.

142 So auch Fischer, *Analogie und Argument*, S. 31 ff.

143 Bspw. wird die juristische Argumentation bei Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft* oder Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* als juristischer Syllogismus analysiert.

den. Die normativen Erwägungen sollen insbesondere nicht losgelöst von den konkreten Argumentationssituationen erfolgen: Die theoretischen Ausführungen werden durch die Konfrontation mit praktischen Anwendungssituationen (bspw. konkreten Gerichtsentscheidungen oder dogmatischen Streitigkeiten) einer kritischen Prüfung unterzogen.

c) Positionierung zur Methodenlehre

Der Argumentationstheorie ist eine Abgrenzung von der juristischen Methodenlehre nicht durchgehend nachvollziehbar gelungen. Die Frage, wieso es einer Argumentationstheorie bedarf, wenn es doch die juristische Methodenlehre gibt, ist deshalb nicht unberechtigt.¹⁴⁴ Argumentationstheoretiker fordern jedoch keine Beschäftigung mit Argumentationstheorie *anstelle* von Methodenlehre. Es stimmt nicht, dass die Argumentationstheorie „die juristische Methode auf Argumentieren, also auf Verfahrensregeln“¹⁴⁵ reduziert. Rückert, der sich in seiner Betrachtung vorrangig die Werke von Alexy und Neumann konzentrierte,¹⁴⁶ übersieht, dass beide Autoren die juristische Methode keineswegs auf Verfahrensregeln reduzieren möchten. Zudem geht die Argumentationstheorie weit über die Werke von Alexy und Neumann hinaus und nimmt neben der Methodenlehre eine eigene und wichtige Rolle ein.

Von der Methodenlehre wird seitens der Argumentationstheorie insoweit Abstand genommen, als sie das Versprechen, die Entscheidungsfindung zu bestimmen, nicht einhalten kann.¹⁴⁷ Die Erfahrungen mit der deutschen Systemvergangenheit zeigen zur Genüge, dass die Ergebnisse der juristischen Methodenlehre im Wesentlichen davon abhängen, welches Ausle-

144 Der Argumentationstheorie wird vorgeworfen, die Methodenlehre auf Begründungsregeln zu reduzieren, Rückert / Seinecke, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf – ein historischer Überblick* Rn. 1476, 1506. Eine deutliche Trennung nimmt allerdings vor Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*. Dass Methodenlehre einen Begründungzwang bedeutet, auch Rüthers, *Wozu noch Methodenlehre? Die Grundlagenlücken im Jurastudium* S. 868 f.

145 Rückert, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, Rn. 1476.

146 Rückert, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, Rn. 1476 ff.

147 z. B. Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 139 ff.

gungsergebnis erwünscht ist.¹⁴⁸ Und gleichwohl, entgegen Kahneman,¹⁴⁹ ein hungriger und müder Richter vor der Mittagspause wohl doch nicht strenger urteilt als danach,¹⁵⁰ so ist die Herstellung einer juristischen Entscheidung ein von psychologistischen Faktoren verzerrter Prozess. Zudem beeinflussen auch soziale und politische Faktoren die Rechtsanwendungsergebnisse.¹⁵¹ Schließlich ist das Vorverständnis des Richters maßgeblich dafür, wie entschieden wird.¹⁵² Folglich kann die Entscheidungsfindung nicht bestimmt und insbesondere nicht kontrolliert werden. Denn für die Entscheidungsfindung gibt es keine einheitliche Methode, die für jeden Fall sicherstellen kann, zum besten Ergebnis zu führen. Da in die Denkprozesse bei der Urteilsfindung nicht eingegriffen wird und diese auch nicht überprüft werden können, bleibt nur, die Entscheidung nachträglich in begründeter Form darzustellen, um den Erkenntnis- und Entscheidungsakt des Urteilens nachvollziehbar zu machen und zu rechtfertigen.¹⁵³ Ein Rechtsanwendungsergebnis kann nicht prospektiv aus dem Moment der Entscheidungsfindung, sondern nur retrospektiv aus dem Moment der Entscheidungsbegründung begründet werden.¹⁵⁴ Wird dennoch an der Methodenlehre festgehalten und die Entscheidung als Ergebnis der Anwendung einer juristischen Methodik getarnt, dienen die methodischen Argumente „*in der Regel nur als Fassade, um das vorgefasste Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen.*“¹⁵⁵

Neben diesem rein praktischen Einwand, der die Methodenlehre als Idealisierung des Entscheidungsprozesses entlarvt, widerspricht die theoretische Konzeption der Methodenlehre bereits den Grundannahmen der Argumentationstheorie: Die Methodenlehre betrachtet die richterliche Ent-

148 In dem Sinne Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, S. 431ff.

149 Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, S. 43 f.; Danziger / Levav, u.a., *Extraneous factors in judicial decisions*.

150 Chatzithanasiou, *Der hungrige, ein härterer Richter? Zur heiklen Rezeption einer vielzitierten Studie*, S. 458; gleichwohl dies bis heute vertretend Reimer, *Juristische Methodenlehre*, S. 27.

151 Hiebaum, *Die Politik des Rechts: Eine Analyse juristischer Rationalität*, S. VII; kritisch Jakobs, *Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848*, S. 1117.

152 Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*.

153 Dazu unten ab S. 56.

154 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 4.

155 Rüthers, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, S. 54.

A. Einleitung

scheidung im Grunde als Erkenntnis, die keine Argumentation erfordert.¹⁵⁶ Neumann führt „die letale Schwäche der juristischen Methodenlehre [...] im Wesentlichen darauf zurück [...], dass sie diesem Erkenntnisanspruch niemals glaubwürdig abgeschworen hat. Die Methodenlehre basiert weithin auf nicht einlösbarer kognitiven Ansprüchen, und damit auf einem schwankenden rechtstheoretischen Fundament.“¹⁵⁷ Selbst wenn die richterliche Erkenntnis als schöpferischer Akt betrachtet wird, steht die Erkenntnismethode über der Argumentation, weshalb „es [...] deshalb konsequent [ist], wenn Vertreter dieser Auffassung juristische Argumentation und juristische Methode lediglich als verschiedene Aspekte derselben Sache verstehen.“¹⁵⁸

Die Methodenlehre erfreut sich trotz der überzeugenden Kritik seitens der Argumentationstheorie bis heute reger Beliebtheit – an ihren Idealisierungen ist sie mitnichten gestorben.¹⁵⁹ Möllers legte mit seinem überaus erfolgreichen¹⁶⁰ Werk „Juristische Methodenlehre“ im Jahr 2017 den in Kürze ausverkauften und mittlerweile in fünfter Auflage erschienenen Entwurf einer „modernen Methodenlehre“¹⁶¹ vor. Die moderne Methodenlehre Möllers baut auf der klassischen Methodenlehre auf, „ergänzt sie um moderne Auslegungsfiguren, berücksichtigt höherrangiges Recht und spart vor allem den wichtigen (und schwierigen) Bereich der Konkretisierung nicht aus.“¹⁶²

Möllers Erwartungen an die moderne juristische Methodenlehre sind hoch: Die Methodenlehre „als Argumentations- und Begründungslehre“¹⁶³

156 Hassemer, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, S. 467; Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 241.

157 Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 241.

158 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 4.

159 Siehe Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 239. Aber auch die Argumentationstheorie muss sich von den Methodenlehrern scharf kritisieren lassen: „Die Argumentationsjurisprudenz will also als Theorie gelesen werden, nicht als Dogmatik oder Politik und auch nicht als Methodenlehre. Doch unter Theorie kann man viel verstehen.“ so Rückert, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, Rn. 1479.

160 Vgl. bswp. die Rezensionen von Merkt, *Juristische Methodenlehre*; Martens, *Juristische Methodenlehre*; Buck-Heeb, *Juristische Methodenlehre*.

161 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 3.

162 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 479.

163 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 99; dies forderte auch Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 19.

soll die „Entscheidungen rational nachvollziehbar und somit überprüfbar“¹⁶⁴ machen, lehren, „wichtige von unwichtigen, überzeugende von nicht überzeugenden und vertretbare von nicht vertretbaren Argumenten zu unterscheiden“¹⁶⁵ und ermöglichen, „Rechtsprobleme rational überzeugend zu begründen“¹⁶⁶. Die Methodenlehre „will falsche Ansichten widerlegen, eine vertretbare Ansicht begründen und von mehreren Ansichten die überzeugendste Ansicht herausarbeiten.“¹⁶⁷ Sie hat aber auch darüberhinausgehende Versprechen parat – sie dient der Machtbegrenzung des Richters¹⁶⁸ bzw. des Juristen¹⁶⁹ gegenüber dem Parlament und gegenüber dem Bürger,¹⁷⁰ zielt „auf ein gerechtes Ergebnis“¹⁷¹ und kann „ein Vorverständnis [...] korrigieren“¹⁷². Weiterhin soll die Methodenlehre „die Bindung an das Recht und die ihm zugrunde liegenden Werte sicherstellen“¹⁷³ und eine „verfassungsgemäße, rational kontrollierte und kontrollierbare Anwendung von Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte“¹⁷⁴ garantieren. Die Methodenlehre schaffe die Voraussetzungen für „Rechtsfrieden und Rechtssicherheit“¹⁷⁵, „weil sie zur Vorhersehbarkeit der Rechtsfindung“¹⁷⁶ führe.

Methodenlehre geht für Möllers mit einer Begründungspflicht für juristische Entscheidungen einher.¹⁷⁷ Weitere Zwecke der Methodenlehre sind

164 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 99; siehe auch Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 25.

165 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 4.

166 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 2.

167 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 40.

168 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 16.

169 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 104.

170 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 40.

171 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 116; Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 38 f.

172 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 25.

173 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 38.

174 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 39.

175 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 40.

176 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 99.

177 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 13 ff. Möllers leidet die Begründungspflicht aus der Berücksichtigungs- und Erwägungspflicht her, siehe Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 98 f.

deshalb Selbstkontrolle, Konsensfähigkeit und Akzeptanz.¹⁷⁸ Für Möllers ist das juristische Begründen der Weg zum Ziel.¹⁷⁹ Mit der klassischen Methodenlehre hat die moderne Methodenlehre allerdings gemein, dass sie als „*systematische[s] Verfahren zur Gewinnung von Erkenntnissen*“¹⁸⁰ nach wie vor die Rechtsfindung lenken¹⁸¹, „*die Rechtsgewinnung systematisieren, verobjektivieren und letztlich auch kontrollieren*“¹⁸² und so die „*Bestimmung und Fortbildung des geltenden Rechts*“¹⁸³ ermöglichen soll. Möllers meint zwar nicht, dass es nur eine richtige Entscheidung gibt, aber, dass mithilfe der Methodenlehre „*aus mehreren vertretbaren Entscheidungen die letztlich überzeugendste Entscheidung*“¹⁸⁴ herausgefiltert werden kann und so „*Ge rechtigkeit durch Verfahren*“¹⁸⁵ erreicht werden soll.

Ob die Methodenlehre die Anforderungen, die Möllers an sie stellt, erfüllen kann, mag an dieser Stelle dahinstehen. Angesichts der hohen Erwartungen scheint Neumanns Vorwurf, die Methodenlehre idealisiere zu viel, jedoch nicht ganz fernliegend. Dazu kommt, dass auch Möllers die Probleme von kollidierenden Normen bzw. Argumenten und von Regel-Ausnahme-Strukturen nur am Rande behandelt. So entsteht der Eindruck, es gebe für jede Kollision eine diese auflösende Kollisionsregel.¹⁸⁶ Und auch an der Struktur der syllogistischen Rechtsanwendung hält Möllers letztlich fest.¹⁸⁷ Beides führt dazu, dass zentrale Strukturen juristischen Argumentierens in der Methodenlehre weiterhin nicht hinreichend beachtet werden.

178 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 99 f.

179 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 2.

180 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 2. Zur Erkenntnisfunktion siehe auch unten S. 35.

181 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 27.

182 Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 100. Siehe dazu auch Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 16, 498.

183 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 39.

184 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 27.

185 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 40.

186 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 51 ff., 65 ff., 150 ff.; so früher auch schon Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, S. 48 ff.; gut hingegen Reimer, *Juristische Methodenlehre*, S. 273, der vom „Vorrang, aber nicht Vorbehalt der Entscheidungen des Normsetzers“ ausgeht.

187 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 114 ff.; Reimer, *Juristische Methodenlehre*, S. 42.

B. Zur normative Begründung der Notwendigkeit juristischen Argumentierens

Bevor über die logische Struktur juristischen Begründens, die Schwachpunkte der dazu vertretenen Ansichten und den richtigen Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen nachgedacht werden kann, soll zunächst die dieser Arbeit zugrundeliegende Auffassung rekonstruiert werden, wieso juristische Argumentation zur Rechtsanwendung notwendig ist. Denn damit hängen sowohl Annahmen über die Funktionsweise von Rechtsanwendung als auch normative Grundanforderungen an juristisches Begründen zusammen, welche den weiteren Ausführungen als Grundlage dienen.

I. Rechtsanwendung zwischen Bestimmtheit und Bestimmung

Die Theorien, die sich mit der Frage befassen, wie der Rechtsanwender von der abstrakten Rechtsnorm zur konkreten Entscheidung gelangt, lassen sich in der Regel zwischen zwei Extrempositionen einordnen, welche im Kern klar beschrieben werden können: der völligen Bestimmtheit des Ergebnisses durch das Recht („juristischer Determinismus“) und der völligen Bestimmung des Ergebnisses durch den Rechtsanwender („juristischer Dezisionismus“).¹⁸⁸ Gleichwohl diese Extrempositionen in der Praxis kaum ernsthaft vertreten werden,¹⁸⁹ sind diese Positionen oder Teile davon wiederholt Ausgangspunkt für heftige Debatten: So führten die „Freirechtslehrer“ ihren polemischen Kampf gegen die „Begriffsjuristen“¹⁹⁰, denen sie eine unbedingte Gesetzentreue nachsagen, um die Notwendigkeit von mehr richterlicher Rechtsschöpfung zu begründen und so von dem Ideal der

188 Differenzierung nach Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 3.

189 Bezuglich der „Begriffsjurisprudenz“ Haferkamp, Enzyklopädie der Neuzeit, S. 1150–1152.

190 So erstmals bei Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz : eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, S. 337; Jhering, *Theorie der juristischen Technik* (57); Vgl. Krawietz, *Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft*, S. 6; Jhering, *Theorie der juristischen Technik* S. 59.

Bestimmtheit weg zu kommen.¹⁹¹ Auch in der Hart-Dworkin-Debatte¹⁹² ist das Spannungsfeld Thema: Dworkin widerspricht Hart, der dem Richter Rechtsschöpfungsmacht in schwierigen Fällen zugesteht,¹⁹³ weil Richter nur erkennen, nicht aber entscheiden sollten¹⁹⁴. Und bis in die Gegenwart wird diskutiert, ob ein „*Subsumtionsautomat*“ den Juristen entbehrlich machen könnte oder nicht doch immer ein schöpferischer Moment verbleibt, den der Computer nicht ersetzen könne.¹⁹⁵ Diese wiederkehrende Spannung soll im Folgenden in den Blick genommen werden.

1. Das deterministische Ideal

Die Kernthese des juristischen Determinismus ist, dass jede Entscheidung durch das vollständige und widerspruchsfreie System des Rechts determiniert sei: Rechtsanwendung bedeute, dass es in jedem Fall eine einzige richtige Lösung gebe, die allein durch das Recht bestimbar sei. Ausgehend von Recht und Sachverhalt solle die juristische Entscheidung – ähnlich einem mathematischen Satz – beweisbar sein.¹⁹⁶

191 Bspw. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*.

192 Zur Debatte Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence; Peak, Dworkin and Hart on 'The Law': A Polanyian Reconsideration*; Saurer, *Hart-Dworkin-Debatte als Grundlagenkontroverse der angloamerikanischen Rechtsphilosophie*; Shapiro, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*; Soper, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute*.

193 Sog. *discretion*, Hart, *The Concept of Law*, S. 272, siehe auch S. 100–110; Richter determinieren, bestimmen und erweitern das Recht, dazu Hart, *The Concept of Law*, S. 71–73, 196–204.

194 Dworkin, *Hard Cases*, S. 81 (84f.).; Rechtslücken sind für Dworkin kein Regelungsdefizit, sondern ein Erkenntnisdefizit. Ein Großteil des bindenden Rechts ist unbekannt, unerforscht oder frei und muss nur entdeckt werden (right thesis); Dworkin, *Hard Cases*, S. 81 (105–123).

195 z. B. Kotsoglou, *Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung*; Engel, *Erwiderung. Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe*; Buchholtz, *Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung*; Kilian, *Die Zukunft der Juristen. Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer - und entbehrlicher?*.

196 Dworkin, *Hard Cases*, S. 1057 (1058 ff.). Auch Dworkin gehört mit der single right answer Thesis somit zu den Deterministen – folgerichtig spricht Dworkin auch vom „Erkennen“ statt vom „Entscheiden“.

Der Rechtsbegriff, der dem juristischen Determinismus zugrunde liegt, geht über das Gesetz weit hinaus: Eine normative Theorie, die sich nur auf das Gesetz bezieht, würde sich schnell unglaublich machen. Kantorowiczs Vorwurf, das Gesetz habe mehr Lücken als Worte,¹⁹⁷ wäre als Gegeneinwand berechtigt.¹⁹⁸ Um den juristischen Determinismus ernst nehmen zu können, muss diesem deshalb ein weiterer Rechtsbegriff zugrunde gelegt werden: Das Recht umfasst nicht nur das Gesetz, sondern – je nach Rechtsbegriff – auch das angewandte Recht, wie es sich in der Rechtsprechung zeigt, bis hin zu Gesetzesbegründungen, Kommentierungen oder dem Schrifttum. Allerdings setzt lückenloses Recht im Sinne des juristischen Determinismus den Glauben an ein Recht voraus, das bereits besteht, bevor es zur Anwendung kommt, da der Anwendungsmoment nur ein Erkenntnis- und kein Entscheidungsmoment ist.

Deskriptive Einwendungen gegen das Ideal der Bestimmtheit erkennen die normative Natur des Ideals und bergen so die Gefahr eines Sein-Sollen-Fehlschlusses. Denn auch wenn die Kritik von einem deskriptiven Standpunkt aus berechtigt sein mag, berührt dies grundsätzlich die Begründetheit eines normativen Ideals nicht. Über die deskriptiven Einwendungen mit diesem Argument hinwegzusehen, wäre allerdings vorschnell: Denn ein normatives Modell zur Rechtsanwendung steht unter der Voraussetzung, dass das Sollen zumindest im Rahmen des Möglichen steht.¹⁹⁹ Die deskriptiven Einwendungen sind also zu berücksichtigen, sofern das normative Ideal den Anspruch erhebt, realitätstauglich zu sein, die deskriptiven Einwendungen eine Realitätstauglichkeit aber ausschließen. Ein normatives Ideal, das in der Rechtswirklichkeit eine Rolle spielen soll, muss auch in der Rechtswirklichkeit umsetzbar sein: „*Selbstverständlich ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die juristische Praxis rationaler zu gestalten. Dabei darf man aber die immanenten Schranken, die hier bestehen, nicht außer Acht lassen, andernfalls verfehlt man die Wirklichkeit.*“²⁰⁰

Ein häufiger Einwand gegen das Ideal der Bestimmtheit durch Recht ist die faktische Unmöglichkeit eines vollständigen und widerspruchsfreien

197 Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 15.

198 Wird der juristische Determinismus als Gesetzesdeterminismus begriffen, entpuppt sich die Kritik häufig als Gesetzeskritik. Allerdings ist der juristische Determinismus nicht gleichbedeutend mit dem Gesetz – die Fehler des Gesetzgebers können dem normativen Ideal nicht ohne weiteres angekreidet werden.

199 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74; Goldman, *Epistemics: The regulative Theory of Cognition*, S. 509 ff.

200 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74.

en Rechtssystems. Vorgebracht wird der Einwand häufig vor dem Hintergrund, dass ein vollständiges und lückenloses System logisch unmöglich sei.²⁰¹ Dieser Einwand überzeugt nicht: Zwar bleibt unbestritten, dass logische Systeme nicht vollständig und widerspruchsfrei sein können. Allerdings heißt das nicht, dass Recht nicht vollständig und widerspruchsfrei sein könne: Zum einen ist fraglich, ob das Rechtssystem ein logisches System ist, da rechtliche Regeln keine logischen Konditionale sind, weil die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge keine wahrheitsfunktionale Verknüpfung ist.²⁰² Zum anderen ist zum Vermeiden von Rechtslücken keine logische Geschlossenheit notwendig. Denn es müssen nicht alle, sondern nur die Fälle geregelt werden, die auch vorkommen können. Die unmöglichen Fälle können ungeregelt bleiben.

Ernster zu nehmen ist der Einwand, wenn mit ihm auf die faktische Unmöglichkeit eines lückenlosen Gesetzes hingewiesen wird.²⁰³ Denn –

201 Adrian, *Der Richterautomat ist möglich - Semantik ist nur eine Illusion*, S. 86; Gödel, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, S. 173 ff.; zur Anwendung auf die Philosophie Lucas, *Minds, Machines and Gödel*, S. 112 ff. Der juristische Determinist könnte darauf entgegnen, das stimme, allerdings behalte er nicht, dass alle Fälle explizit im Gesetz geregelt seien, sondern dass es die Methodenlehre gäbe, mithilfe derer die Lösungen gefunden werden könnten. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass logische Operationen nicht produktiv sind, also immer nur das wiedergeben, was bereits da ist. Soll ein neuer Fall entschieden werden, erfordert das immer einen kreativen Akt, gewöhnlich einen Entscheidungsakt. In der Logik kann es keine Überraschungen, kann es nichts Neues geben – Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Tractatus 6.1251; Dass mithilfe von Logik Rechtslücken nicht geschlossen werden können, so auch Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 332.

202 Siehe ab S. 148.

203 Siehe dazu auch den nächsten Abschnitt; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, S. 19.; vgl. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 13 (16); Gegen die abschließende Definierbarkeit rechtlicher Regeln wendet sich auch die von Karl Larenz prominent gemachte Lehre vom Typusbegriff (vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 460 ff.). In der Diskussion um den Typusbegriff wird immer wieder das Argument vorgebracht, rechtliche Regeln seien zu unscharf und zu unbestimmt, weshalb sie keine Klassenbegriffe formulieren und eine „Subsumtion“ im syllogistischen Sinne deshalb nicht funktioniere; vgl. Puppe, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, S. 15 (25 ff.); Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 37 ff., 42; bis heute ist dies noch strittig und wird – so Bäcker – unter „Defeasibility“ verhandelt, vlg. Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, Rth 40 (2009), S. 404 (422); zum Problem auch McCarthy, *Circumscription – A Form of Non-Monotonic Reasoning*; Prakken / Sartor, *The Three Faces of Defeasibility in the*

ungeachtet dessen, ob Lückenlosigkeit logisch möglich ist – kann das Recht nicht auf jede gesellschaftliche Veränderung und die damit einhergehenden Fallkonstellationen vorbereitet sein.²⁰⁴ Wenngleich diese Kritik bezüglich des geschriebenen Gesetzes wohl berechtigt ist, ist sie hinsichtlich des Rechts nicht ohne weiteres begründet. Denn eine Rechtslücke meint nicht, dass das Recht keine Lösung bereitstellt, sondern dass die bereitgestellte Lösung nicht sachgerecht ist. Da die Feststellung einer Rechtslücke eine Wertung voraussetzt, ist die Lückenbehauptung Rechtskritik.²⁰⁵ Der Einwand, das Recht habe faktisch immer Lücken, zielt damit aber nicht direkt gegen den juristischen Determinismus, sondern zunächst nur auf die Unzulänglichkeiten des Gesetzes. Zudem ist damit nicht widerlegt, dass das lückenhafte Gesetz durch Auslegung, Analogie, Umkehrschluss, teleologischer Reduktion und dergleichen Argumentationen *aus sich heraus* vervollständigt werden könne.²⁰⁶

Die Ablehnung des juristischen Determinismus gründet also auf zwei Prämissen: Erstens, dass es das lückenlose Recht nicht geben kann, und zweitens, dass Recht immer sachgerechte Lösungen treffen muss, das heißt, dass eine Korrektur im Einzelfall möglich sein muss. Beide Prämissen lohnen eine nähere Betrachtung.

Ein Versuch, lückenloses Recht durch lückenlose Kodifikation zu erreichen, wurde unter dem absolutistischen Herrscher Friedrich dem Großen, und später Friedrich Wilhelm II. mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 unternommen. In dem Gesetzeswerk mit 19.194 Paragraphen sollte jeder Fall bedacht und geregelt werden, sodass Auslegungsschwierigkeiten der Vergangenheit angehören und das Recht für jeden Bürger verständlich wird.²⁰⁷ Darüber hinaus galt ein Kommentierungs-, Interpretations- und Analogieverbot – alle Rechtsfragen sollten durch das Gesetz selbst entschieden werden.²⁰⁸ Bereits 1798, vier Jahre nach Inkrafttreten des ALR,

Law; abweichend Alchourrón, der zwischen individuellen und generischen Fällen differenziert, lediglich generischen Fälle können vollständig geregelt werden, vgl. weiter Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331 ff.

204 De Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, S. 96 ff.

205 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 873–877.

206 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 285.

207 Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte* Rn. 318, 320.

208 Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Einleitung §§ 46–48; auch „Auf Meinungen der Rechtslehrer soll keine Rücksicht genommen werden“ (ALR Einl. § 6); Meder, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, S. 286.

wurde das Interpretationsverbot allerdings wieder aufgehoben und damit der Glaube an eine lückenlose Kodifikation aufgegeben.²⁰⁹ Mittlerweile herrscht Einigkeit, dass kein Gesetzgeber bei der Setzung alle möglichen, insbesondere zukünftigen Fallkonstellationen bedenken kann.²¹⁰ Dies kann einerseits daran liegen, dass beispielsweise durch Fortschritt Fallkonstellationen entstehen, welche der Gesetzgeber zum Setzungszeitpunkt nicht bedenken konnte.²¹¹ Andererseits können allerdings bei bedachten Fallkonstellationen Umstände auftreten, die bei der Setzung als nicht rechtserheblich beachtet wurden, die zu ignorieren in der Anwendungssituation allerdings unbillig erscheinen würden:²¹² Bei der Gesetzgebung werden nur eine bestimmte Anzahl an Faktoren als rechtserheblich berücksichtigt, und bei der Rechtsanwendung wird deshalb in der Regel vorausgesetzt, dass alle anderen Umstände keine rechtliche Bedeutung haben.²¹³ Beim Mord spielt es beispielsweise grundsätzlich keine Rolle, wie sich das Opfer gegenüber dem Täter vor dem Mord verhalten hat. Selbst, wenn sich Täter und Opfer darüber einig sind, dass der Täter das Opfer ermordet, bleibt es bei der Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.²¹⁴ Anders aber in Fällen, in denen die über Jahre durch den Ehemann tyrannisierte Frau ihren Mann im Schlaf erschießt, weil sie keinen anderen Ausweg mehr sieht (sog. „Haustyrrannenmord“): Eine lebenslange Freiheitsstrafe ist nach der ganz

-
- 209 Conrad, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*; Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, S. 3 ff.; Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, S. 79 ff.
- 210 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 239.
- 211 Als beispielsweise der BGH im Jahr 1988 darüber entscheiden musste, ob auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware eine Sache im Sinne des § 90 BGB ist, und bejahte er dies damit, dass „ein Fehler des so verkörperten Programms [...] dem Konstruktionsfehler eines (massenhaft hergestellten) technischen Werkzeugs eher als dem Mangel einer Erfindung“ ähnle, siehe BGH, Urteil vom 04. November 1987 – VIII ZR 314/86.
- 212 Würde man verlangen, auch in derartigen Fällen strikt nach dem Gesetz zu entscheiden, würde man, wie Pavčník, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 153 gegen den juristischen Determinismus vorbringt, den Lebenssachverhalt bei der Rechtsanwendung nicht hinreichend würdigen.
- 213 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 12 f.
- 214 Vorausgesetzt, es liegt keine Tötung auf Verlangen vor, § 216 StGB. Siehe BGH, Urteil vom 06. April 2016 – 5 StR 504/15.

herrschenden Ansicht dann nicht angebracht und eine Korrektur des Gesetzes erforderlich.²¹⁵ Weil also immer wieder – sei es beispielsweise durch fortschreitende Entwicklung oder außergewöhnliche Fallkonstellationen – Fälle auftreten, die der Gesetzgeber nicht bedenken konnte, wird es immer Fälle geben, die nicht geregelt sind oder in denen Normen kollidieren.²¹⁶

Da Lückenlosigkeit nicht durch Kodifikation hergestellt werden kann, bedarf es zur Herstellung von Lückenlosigkeit neben dem Gesetz einer Technik, um Gesetzeslücken *aus dem Recht heraus* schließen zu können: Die Methodenlehre als Rechtserkenntniswerkzeug soll deshalb an den Stellen zur Anwendung kommen, wo das Gesetz nicht eindeutig ist oder wozu es schweigt.²¹⁷ Bezieht man nicht nur das Gesetz, sondern auch die Ergebnisse der Methodenlehre in Rechtsprechung und Kommentierungen mit ein, mag das Recht lückenlos erscheinen.²¹⁸ So auch aus einer praktischen Perspektive: Obgleich der Rechtsunterricht an den Universitäten durch kontroverse Meinungsstreitigkeiten geprägt ist, erfordert die Rechtsanwendung in der Praxis vor allem eine fundierte Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung, des Schrifttums und der Gesetze. Ein Richter, der entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung entscheidet, muss damit rechnen, dass sein Urteil in der nächsten Instanz keinen Bestand haben wird. Ebenso wird ein Anwalt, der sein Klagebegehren mit einer Mindermeinung begründet, kaum Erfolg haben. Daher ist der Eindruck, dass das Recht *de facto* für jeden Fall eine Lösung bereithält,²¹⁹ die durch ausreichend Recherche und Nachdenken erkannt werden kann, durchaus

215 BGH, Urteil vom 25. März 2003 – I StR 483/02.

216 Adrian, *Der Richterautomat ist möglich - Semantik ist nur eine Illusion*, S. 77 ff.; vgl. d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 17, 45; eingehend dazu de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility*, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts, S. 96 ff.

217 Zu Recht kritisch Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 285.

218 Zum Verständnis von Recht als die Gesamtheit aller Meinungen, ohne Lückenlosigkeit zu behaupten Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 8.

219 Dieser Eindruck eines lückenlosen Rechtssystems verstärkt sich durch die Fortschritte im Bereich der Digitalisierung. Juristische Informationssysteme wie juris oder beck.online ermöglichen es dem Rechtsanwender, per Stichwortsuche (und neuerdings auch per Chatbot) gezielt passende Rechtsprechungen oder Kommentare für den spezifischen Anwendungsfall zu finden. Angesichts der enormen Informationsmenge entsteht schnell der Eindruck, dass das Rechtssystem für jede Frage eine Antwort bereithält. Ein besserer Überblick über das Rechtssystem lässt es somit vollständiger erscheinen.

nachvollziehbar und zu einem gewissen Grad auch notwendig²²⁰. Dabei darf der Methodenlehre nicht angelastet werden, dass diese offen, flexibel und häufig indifferent ist: Eine Methodenlehre, die eindeutig und logisch klar ist, sodass sie in jedem Fall nur die eine Lösung herausarbeitet, wäre zum Umgang mit unbestimmten oder schwierigen Fällen nicht geeignet. Eine logische Maschine, die keine Entscheidungen, Wertungen oder Kreativitätsakte zulässt, kann nur das wiedergeben, was ihr als Prämissen vorgegeben wurde.²²¹ Die Lückenschließung durch „Konstruktion“, die auch „Inversionsmethode“²²² genannt wird, entlarvte Kantorowicz als „Schaugebilde der juristischen Technik“²²³ zu Beginn des 20. Jahrhunderts zurecht als „Utopie einer dilettantischen Logik“²²⁴.

Der Forderung nach einer Korrekturmöglichkeit im Einzelfall liegt der Gedanke zugrunde, dass eine juristische Entscheidung nicht nur normgerecht, sondern auch sachgerecht sein müsse. Dies entpuppt sich bei näherem Hinsehen allerdings als bloße Negation des juristischen Determinismus: Denn das Ideal, die Entscheidung solle vollständig durch das Recht determiniert sein, meint, dass eine Korrektur durch den Rechtsanwender eben nicht erfolgen soll. Damit taugt die bloße Entgegnung, dass eine Korrektur aber erfolgen müsse, wenig. Auch verfassungsrechtlich scheint dem juristischen Determinismus zunächst nichts entgegenzustehen: Dem Grundgesetz ist auf den ersten Blick nicht zu entnehmen, ob sich Rechtsanwendung in Erkenntnis erschöpft und ob der Richter durch Entscheidung selbst Recht schöpfen darf. Der Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 3 GG scheint sich auf ersten Blick gegen eine Entscheidungskompe-

220 Siehe dazu zur Richtigkeit der Entscheidung als kontrafaktische Unterstellung ab S. 70.

221 Logik – so das herrschende Verständnis zur Jahrhundertwende auf die Spitze getrieben – ist nichts weiteres als eine Tautologien produzierende Maschine, siehe Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Tractatus, 5.43, 6.1251, 6.1261; weniger explizit siehe Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, S. 1457 (1458), S. 92.

222 Heck, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, S. 93; Zur Inversionsmethode siehe auch den Vorwurf von Kantorowicz, die juristische Konstruktion sei „nichts anderes als der Nachweis, dass nur die Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe die gewollten Rechtsfolgen gewährt, so dass die Konstruktion die Konsequenz ihrer eigenen Konsequenzen ist.“, Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 18.

223 Ehrlich Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 6.

224 Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 23.

tenz des Richters auszusprechen: Denn der Richter ist als Judikativorgan kein Teil der Legislative und hat damit keine Entscheidungskompetenz über das, was Gesetz ist und was nicht. Da aber ohnehin keine strenge Gewaltenteilung, sondern vielmehr eine Gewaltenverschränkung besteht, hilft das Argument der Gewaltenteilung zur Begrenzung der Richterkompetenzen wenig weiter. Auch die Differenzierung des Grundgesetzes zwischen Gesetz und Recht ist nicht weiterführend: Sie zeigt zwar, dass sich Recht nicht in dem Gesetz erschöpft.²²⁵ Der Gesetzgeber wollte mit der Formulierung betonen, dass Gesetz und Recht auseinanderfallen können und das positive Recht nicht befolgt werden muss, wenn es prinzipielle Gerechtigkeitsansprüche verfehlt.²²⁶ Wie weit die Judikative aber Gerechtigkeitsansprüchen verpflichtet ist, ist umstritten,²²⁷ eine Verpflichtung, Gerechtigkeitserwägungen neben dem Recht anzustellen, kann aber nicht zweifelsfrei aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet werden.²²⁸

Eingewandt werden gegen den juristischen Determinismus kann allerdings das Argument der Gewaltenteilung in Kombination mit der Garantie der Unabhängigkeit des Richters aus Art. 97 Abs. 1 GG: Ein Richter, der im Einzelfall nur die Lösung erkennt, die der Gesetzgeber oder die Exekutivorgane ihm vorgedacht haben, wäre nur schwerlich eine ebenbürtige Gewalt. Der Richter ist in seiner Sachentscheidung unabhängig von Legislative, Exekutive und der übrigen Judikative.²²⁹ Das BVerfG befürwortet zudem deutlich die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung,²³⁰ sofern der Richter „*bei der Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert hat und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung gefolgt ist*“²³¹. Die Rechtsfortbildung ist „*im modernen Staat geradezu unentbehrlich*“²³². Und auch eine Missachtung der Gesetzesbindung wird erst angenommen, „*wenn die Begründung der Entscheidung eindeutig erkennen*

225 So auch BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65.

226 Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG* S. 136 ff.; Grzesick, *Art. 20 GG* Rn. 63 f.

227 Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG* S. 114 ff. m.w.N.

228 Grzesick, *Art. 20 GG* Rn. 67.

229 Morgenthaler, *Art. 97 GG*, Rn. 7–12.

230 Soraya-Entscheidung BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65; auch BVerfG, Urteil vom 03. November 1965 – 2 BvR 246/62, 2 BvR 257/62, 2 BvR 110/63, 2 BvR 111/63; BVerfG, Urteil vom 14. Januar 1986 – 1 BvR 209/79, 1 BvR 221/79.

231 BVerfG, Urteil vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94.

232 BVerfG, Urteil vom 12. März 1985 – 1 BvR 571/81, 1 BvR 494/82, 1 BvR 47/83, Rn. 20.

lässt, dass sich das Gericht aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben hat, also objektiv nicht bereit war, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen.“²³³ Zumindest in einem gewissen Maße gesteht das BVerfG dem Richter somit eine über das Erkennen hinausgehende Entscheidungskompetenz zu, die sie unabhängig ausüben darf –²³⁴ und auch ausüben muss, da der Richter auch in schwierigen oder ungeregelten Fällen durch das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet ist, zu entscheiden.²³⁵ Mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters trifft das Grundgesetz eine klare Aussage darüber, dass der Richter mehr als nur Marionette der Legislative und Exekutive ist. Verfassungsrechtlich ist der Richter zwar nicht verpflichtet, das Recht fortzubilden und so Korrekturen vorzunehmen, allerdings setzt die Garantie der Unabhängigkeit des Richters zumindest die Möglichkeit der Rechtsfortbildung voraus.

Auch im rechtstheoretischen Schrifttum herrscht insoweit weitgehend Einigkeit, dass Rechtsanwendung mehr sei als das Subsumieren unter die Norm: Der Jurist müsse die Wertungen des Gesetzgebers nachvollziehen und die Norm dementsprechend – auch entgegen dem Wortlaut – interpretieren, er schulde „denkenden Gehorsam“²³⁶. Rechtsanwendung als „unlösbar[s] Gemisch reproduktiver und produktiver, theoretischer und praktischer erkennender und schöpferischer, objektiver und subjektiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher Elemente“²³⁷ beschränke sich nicht auf ein „Nachdenken eines Vorgedachten, sondern [bedeutet] zu Ende denken eines Gedachten“²³⁸. Bereits in der ersten Fassung der reinen Rechtslehre bejahte auch Kelsen ausdrücklich eine richterliche Entscheidungskompetenz, wenn nicht gar Notwendigkeit, um eine der im Rahmen des Gesetzes möglichen Entscheidungen zu positivem Recht zu treffen. Denn „die Interpretation eines Gesetzes [muss] nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern kann möglicherweise zu mehreren führen, die alle [...] gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des richterlichen Urteils positives Recht wird.“²³⁹

233 BVerfG, Urteil vom 03. November 1992 – 1 BvR 1243/88.

234 Wiedemann, *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 2408 mwN.

235 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 823.

236 Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Das Problem der Rechtsgewinnung*, S. 17.

237 Radbruch, *Arten der Interpretation*, S. 24.

238 Radbruch, *Arten der Interpretation*, S. 24.

239 Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, S. 105.

Das normative Ideal der Vollständigkeit und Widerspruchslosigkeit des Rechtssystems bewegt die Rechtsphilosophen trotz seiner Unerreichbarkeit weiterhin.²⁴⁰ Denn kein Rechtssystem könnte mehr Rechtssicherheit bieten als eines, in dem jede rechtliche Lösung für jeden erdenklichen Fall deduktiv aus Rechtsnorm und Sachverhalt ableitbar ist.²⁴¹ Wie gezeigt wurde, ist die Forderung, jede juristische Entscheidung müsse allein aus dem Recht heraus bestimmbar sein, aber so strikt nicht vertretbar. Dennoch darf der Gedanke des juristischen Determinismus nicht ohne weiteres verworfen werden. Denn dahinter steht der Gedanke, dass nur durch die Bestimmtheit durch das Recht die verfassungsmäßig gebotene Gesetzesbindung garantiert werden kann. Das (unerreichbare) Ideal der Bestimmtheit spielt deshalb dort eine gewichtige Rolle, wo über die Reichweite der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung gestritten wird.

2. Das dezisionistische Ideal

Das Ideal der Bestimmtheit wird mit einer objektiven Entscheidung assoziiert: Der Jurist bleibt passiv, wird nur erkennend tätig, und die rechtliche Bewertung ist fremdbestimmt. Dieser Heteronomie tritt die Autonomie der Bestimmung der Entscheidung durch den Rechtsanwender entgegen: Der Rechtsanwender muss aktiv werden, subjektiv bewerten und entscheiden. Ausgehend vom juristischen Dezisionismus ist Rechtsanwendung niemals Erkenntnis, sondern soll immer eine willentliche Entscheidung des Rechtsanwenders sein.

So beispielsweise die Auffassung des Freirechtslehrers²⁴² Eugen Ehrlich, jede Entscheidung sei lediglich eine freie Willensäußerung des Richters, da ein Gesetz „eigentlich schon in dem Augenblick veraltet ist, da es festgelegt worden ist“, weil „die gesellschaftlichen Einrichtungen, auf die das Recht Anwendung findet, in einer fortwährenden Entwicklung begriffen sind, und die festgesetzten Entscheidungsnormen jeden Augenblick mit einem neuen Inhalt erfüllen.“²⁴³ Nach Kantorowicz gelingt die richtige Entscheidung keinem

240 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 52.

241 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 52. Bis heute gibt es derartige Bestrebungen, siehe Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. 132.

242 Eine „Schule“ war die Freirechtsschule nie. Der Name der freirechtlichen Strömung ist eine Analogie zu „freireligiös“, so Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 10.

243 Ehrlich Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, S. 17.

„Subsumtionsautomaten“²⁴⁴, freie Rechtsfindung verlangt weniger Scharfsinn als vielmehr „schöpferische Gedanken einer großen Individualität“²⁴⁵ – zentral für die Entscheidung ist also die Richterpersönlichkeit.²⁴⁶ Auch in der Bewegung²⁴⁷ des amerikanischen Realismus ist die Rechtsschöpfung durch die richterliche Entscheidung zentral.²⁴⁸ Das geschriebene Recht wird von Holmes auf „prophecies of what the courts will do in fact“²⁴⁹ reduziert, verbindlich ist lediglich die richterliche Entscheidung.

Während bereits die Kritik am juristischen Determinismus gezeigt hat, dass ein Entscheidungsmoment bei der Rechtsanwendung notwendig ist, stellt sich angesichts des juristischen Dezisionismus die Frage, wie weit die Entscheidungskompetenz des Richters reichen soll. Verfassungstheoretisch²⁵⁰ ist die Entscheidungskompetenz mit der Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ begrenzt. Contra-legem-Entscheidungen sind damit unzulässig.²⁵¹ Rechtstheoretisch problematisch ist aber, dass Rechtsanwendung immer auch der Rechtssicherheit verpflichtet ist, was den umfassenden Möglichkeiten, welche der juristische Dezisionismus eröffnet, aber entgegensteht. Denn ein Judizieren *contra*²⁵² oder *sine lege* ist mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit in der Regel nicht vereinbar.²⁵³ Darf der Richter völlig frei entscheiden und sich beliebig über das Gesetz hinwegsetzen, würde das nicht nur de facto das Ende der Rechtssicherheit bedeuten,

244 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie : ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, S. 5.

245 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 29.

246 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 29, 40.

247 Auch der amerikanische Realismus ist keine „Schule“, siehe Llewellyn, *Some Realism About Realism* S.1233 f.

248 Llewellyn, *Some Realism About Realism* S. 1236.

249 Holmes, *The Path of the Law* S. 457.

250 Dem Einwand, die Verfassung werde ebenfalls durch den Pluralismus relativiert, ist entgegenzuhalten, dass die mit der Begründungspflicht einhergehende Bindung des Richters an Gesetz und Recht ein Paradigma ist, das sich durch zahlreiche Rechtsordnungen zieht und eine Begründung ausgehend von anderen Verfassungen ähnlich wäre.

251 Zur Begrenzung der Entscheidungsfreiheit durch die Gesetzesbindung bereits Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, S. 1140 (1140).

252 Verteidigend gegen diese „Contra-legem-Fabel“ seitens der Freirechtsschule Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie : ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, S. 11-14.

253 Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Problem, S. 9 (9, 25–28); Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, S. 1140 (1142).

zudem würde Ungerechtigkeit im Sinne von Ungleichheit Tür und Tor geöffnet.

3. Erkennen und Entscheiden

Wird im Folgenden von „Rechtsanwendung“ gesprochen, ist damit ein *Zusammenspiel von Erkennen und Entscheiden* gemeint:²⁵⁴ Zunächst sollen die Möglichkeiten erkannt werden, die das Recht zur Beurteilung des konkreten Einzelfalls bereitstellt, und in einem zweiten Schritt soll eine rational begründbare Entscheidung für eine der Möglichkeiten begründet werden.²⁵⁵ Pavčnik formuliert treffend: „*Die Rechtsentscheidung ist [...] eine Entscheidung, die trotz einer größeren oder kleineren inhaltlichen Offenheit des Gesetzes und des Lebenssachverhaltes rational begründbar ist.*“²⁵⁶ Die juristische Entscheidung ist mithin eine „*zwar am Gesetz orientierte, aber nicht durch das Gesetz determinierte Entscheidung*“²⁵⁷. Denn „*jede Rechtsentscheidung ist [...] ein Mehr gegenüber der Leistung des Gesetzgebers.*“²⁵⁸ Die Entscheidung muss deshalb nicht nur den Anforderungen des Gesetzes, sondern auch denen des gerechten und vernünftigen Entscheidens entsprechen.²⁵⁹ Diese zwischen juristischem Determinismus und juristischem Dezisionismus stehende Auffassung liegt der Argumentationstheorie zugrunde.²⁶⁰

De facto ist der Entscheidungsspielraum zwischen den verschiedenen vom Gesetz zur Verfügung gestellten Möglichkeiten in den meisten Fällen überaus gering. Denn viele Fälle sind mittels des Gesetzes unproblematisch zu entscheiden, bspw. dass ein Messerstich in den Unterarm eine Körperverletzung nach § 223 StGB darstellt, dass ein Ehepaar mit gemeinsamem Kind eine Familie i.S.d. Art. 5 GG ist, dass ein Zwanzigjähriger volljäh-

254 Kritisch zum Begriff der „Rechtsanwendung“ Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 1ff.

255 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 2f.; Ähnlich im Ergebnis auch Lege, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, S. 221: „Eine juristische Erkenntnis ist die Entscheidung für das im konkreten Fall besser begründete Ergebnis“.

256 Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 153.

257 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 6.

258 Kaufmann, *Gesetz und Recht*, S. 162.

259 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 6.

260 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 2.

rig nach § 2 BGB ist, usw.²⁶¹ Allerdings gibt es daneben auch Fälle, in denen das Gesetz mehrere Lösungen anbietet oder keine, die zufriedenstellend ist²⁶². Dann muss der Rechtsanwender zwischen den Möglichkeiten entscheiden können. Die zugrundeliegende Vorstellung der Rechtsanwendung ähnelt damit der „erkenntnismäßige Interpretation“²⁶³ bei Kelsen, wonach sich „in der Anwendung des Rechts durch ein Rechtsorgan [...] die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt [verbindet], in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten“²⁶⁴. Es gibt also eine – genuine – Art juristischer Unbestimmtheit, wobei die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsfolge auf der Grundlage von Überlegungen gefällt werden muss, die nicht von den anwendbaren Gesetzen vorgegeben werden.²⁶⁵

II. Legitimation

Eine juristische Entscheidung, die sich allein aus dem Gesetz ergibt, leitet ihre Legitimation direkt aus dem Gesetz ab und muss nicht weiter begründet werden.²⁶⁶ Hingegen gründet die Legitimität einer juristischen Entscheidung, die allein durch einen Willensakt des Rechtsanwenders entsteht, in der Richterautorität.²⁶⁷ Weder die determinierte noch die dezisionistische Entscheidung müsste deshalb begründet werden: Wer der Meinung ist, dass das Gesetz die Entscheidung bereits völlig determiniere, wird nicht einsehen, warum er normativ begründen solle, was doch bloß Ergebnis eines Erkenntnisvorgangs sei. Ebenso wenig wird derjenige, der die juristische Entscheidung völlig auf einen Willensakt zurückführt, deren Begründungsnotwendigkeit anerkennen. Man könne einen Willensakt psychologisch erklären und so vielleicht auf seine Ursachen zurückführen –

261 Auch in solchen Fällen ist Argumentation notwendig, allerdings steht dabei nicht die Frage im Vordergrund, welche Rechtsnorm angewendet werden soll, sondern eher, ob die Rechtsnorm anwendbar sind – näher thematisiert wird dies unter der „Anwendbarkeit“, ab S. 192.

262 Letzterer Fall wird eingehend thematisiert auf der „Anwendungsebene“, ab S. 202.

263 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 50.

264 Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, S. 351.

265 Marmor, *The Language of Law*, S. 3.

266 Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 2 f.

267 Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 2 f.

Begründen, warum etwas Bestimmtes gewollt wird, kann man hingegen nicht.²⁶⁸

Anders stellt es sich hingegen dar, wenn die juristische Entscheidung ein erkenntnisbezogenes und ein entscheidungsbezogenes Element umfasst. Denn die Legitimation durch das Gesetz wird im Entscheidungsmoment durchbrochen. Eine Legitimation über die Richterautorität wäre zwar möglich. Dem steht allerdings entgegen, dass Rechtsanwendung aus verfassungsrechtlicher Perspektive wegen Art. 97 Abs. 1 GG keine freie Willensbetätigung sein darf, weil der Richter seinen Willen nur im Rahmen des gesetzlich zulässigen betätigen darf: In seiner Entscheidungsfindung muss sich der Richter von „*Gesetz und Recht*“ leiten lassen und in der Begründung aufzeigen, dass für die Entscheidung und die damit einhergehende Willensbetätigung gute (rechtliche) Gründe sprechen.²⁶⁹ An die Stelle der Legitimation durch Autorität tritt so die Legitimation durch Wahrheit.²⁷⁰ Was Wahrheit dabei bedeutet, und insbesondere welche Wahrheitstheorie (Korrespondenztheorie? Konsenstheorie? Kohärenztheorie? etc.) dem zugrunde liegt, wird unterschiedlich beantwortet.²⁷¹ Für die vorliegenden Zwecke eignet sich die Auffassung von *Wahrheit durch Begründbarkeit* jedoch am besten.

1. Wahrheit durch Begründung?

Wahrheit durch Begründbarkeit scheint auf den ersten Blick mit *Wahrheit durch Begründung* eng verwandt: Juristische Entscheidungen wie Urteile, Beschlüsse oder Verwaltungsakte werden in der Regel begründet, die Begründung ist auch maßgeblich dafür, ob eine Aufhebung in Rechtsbehelfs-

268 Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Band 1, Kapitel 19.

269 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 3.

270 Stellenweise wird vorgeschlagen, anstelle von „Wahrheit“ von „Richtigkeit“ zu sprechen. Um die Diskussion um Wahrheit im Recht an die philosophische Diskussion zur Wahrheitsbegriffen und -theorien anschlussfähig zu halten, und da der Wahrheitsbegriff – anders als der Richtigkeitsbegriff – jeder Graduierbarkeit widerstreitet, spricht sich Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 9 f. für den Wahrheitsbegriff aus. Siehe auch Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, S. 4; Deckert, *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*, S. 43, 44; Poscher, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*, S. 200, 214.

271 Ausführlich hierzu Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*.

oder Rechtsmittelverfahren erfolgt. Das Konzept *Wahrheit durch Begründung* hat jedoch Schwächen, deren nähere Betrachtung für das Verständnis von *Wahrheit durch Begründbarkeit* Voraussetzung sind.

De lege lata gibt es keine allgemeine Pflicht, jede juristische Entscheidung zu begründen. In den Verfahrensgesetzen finden sich zwar zahlreiche Normen, die eine richterliche oder behördliche Begründung erfordern: Beispielsweise besteht nach § 267 StPO eine Pflicht, Strafurteile zu begründen. Weiterhin statuiert für sonstige strafrechtliche Entscheidungen § 34 StPO eine allgemeine Begründungspflicht: Eine Begründung ist immer dann erforderlich, sofern ein Antrag abgelehnt wird oder die Entscheidung durch ein Rechtsmittel angegriffen werden kann. Verwaltungsrechtliche Urteile sind nach § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO zu begründen. Und nach § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO sind Urteile mit Entscheidungsgründen zu versehen, um die Parteien über die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen, die dem Urteil zugrunde liegen, zu unterrichten, und um dem Rechtsmittelgericht die Nachprüfung der Entscheidung zu ermöglichen.²⁷² Die Begründungspflicht wird aber nur unter bestimmten Annahmen ausgesprochen, wie derjenigen, dass gegen die zu begründende Entscheidung noch Rechtsmittel eingelegt werden können.

Eine allgemeine Begründungspflicht lässt sich auch nicht aus dem Grundgesetz herleiten.²⁷³ Insbesondere sind Ansätze, welche die Begründungspflicht auf die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG zurückführen,²⁷⁴ wenig überzeugend, schon allein weil Art. 1 Abs. 1 GG nur für natürliche Personen gilt.²⁷⁵ Das BVerfG bejaht eine Begründungspflicht aufgrund eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, „*wenn von dem eindeutigen Wortlaut einer Norm abgewichen werden soll und der Grund hierfür nicht ohne weiteres erkennbar ist.*“²⁷⁶ Kudlich und Christensen ziehen auch den Gesichtspunkt der Grundrechtssicherung durch Verfahren,²⁷⁷ den Anspruch auf rechtliches

272 Elzer, § 313 ZPO, Rn. 97.

273 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 286.

274 Befürwortend Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, S. 16 ff., 47 und Lücke, *Begründungzwang und Verfassung: zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*, S. 75 f.

275 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 288 f.

276 BVerfG, Urteil vom 08. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10; siehe auch BVerfG, Urteil vom 05. November 1985 – 2 BvR 1434/83.

277 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 292 ff.

Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG,²⁷⁸ die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG,²⁷⁹ das Postulat der Gesetzesbindung nach Art. 97 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG,²⁸⁰ den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG,²⁸¹ das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 3 GG,²⁸² zur Herleitung einer allgemeinen Begründungspflicht heran. Nach dem BVerfG lässt sich dem Grundgesetz aber keine generelle Verpflichtung, gerichtliche Entscheidungen mit einer Begründung zu versehen, entnehmen.²⁸³ Es bejaht zwar einen Begründungzwang bezüglich behördliche Eingriffsakte, weil „*dem Betroffenen aus rechtsstaatlichen Gründen eine sachgemäße Verteidigung seiner Rechte ermöglicht werden muss.*“²⁸⁴ Tatsächlich ist es gängige Praxis, an den höchsten Gerichten Entscheidungen ohne Begründung zu fassen: Beispielsweise werden etwa drei Viertel aller Revisionen vom BGH nach § 349 Abs. 2 StPO ohne Begründung als „*offensichtlich unbegründet*“ verworfen.²⁸⁵ Das BVerfG billigt diese Praxis.²⁸⁶ Anders der EGMR: So kann aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitet werden, dass gerichtliche Entscheidungen angemessen begründet werden müssen.²⁸⁷ Dies bedeutet aber nicht, dass eine ausführliche Stellungnahme zu jeder Behauptung notwendig ist – so ist die Begründungspflicht bereits erfüllt, wenn bei der Zurückweisung eines Rechtsmittels auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung verwiesen wird.²⁸⁸

Selbst wenn man eine verfassungsrechtlich begründete allgemeine Begründungspflicht annehmen würde, bedeutet dies nicht, dass Ausnahmen

278 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 294 ff.

279 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 297 ff.

280 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 301 ff.

281 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 305 f.

282 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 307 ff.

283 BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1979 – 2 BvR 84/79; BVerfG, Urteil vom 22. Januar 1982 – 2 BvR 1506/81. Angesichts der Praxis des BGH, in den meisten Fällen keine Gründe anzugeben, bescheinigt Kroitsch, *Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der Bundesrepublik der BRD* gar den Wandel zu einer Richteraristokratie.

284 BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1979 – 2 BvR 84/79; Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 14.

285 Hamm / Krehl, *Vier oder zehn Augen bei der strafprozessualen Revisionsverwerfung durch Beschluss? - Worum es wirklich geht*, 903; Fischer, *Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren*, 425 ff. mit genauen Zahlen.

286 BVerfG, Urteil vom 22. Januar 1982 – 2 BvR 1506/81.

287 EGMR, Urteil vom 21. Januar 1999 – 30544/96.

288 EGMR, Urteil vom 21. Januar 1999 – 30544/96.

von der Begründungspflicht unzulässig wären: Eine Ausnahme der Begründungspflicht wird beispielsweise dann gemacht, wenn keine Rechtsmittel zulässig sind oder der Verzicht auf das Einlegen von Rechtsmitteln erklärt wurde. Beispielsweise normiert § 77b OWiG zur Justizentlastung,²⁸⁹ dass keine schriftliche Begründung eines Urteils erforderlich ist, wenn alle zur Anfechtung Berechtigten auf die Einlegung der Rechtsbeschwerde verzichten oder wenn innerhalb der Frist Rechtsbeschwerde nicht eingelegt wird.²⁹⁰ Derselbe Gedanke findet sich in § 72 Abs. 4 OWiG, wonach von einer Begründung abgesehen werden kann, wenn die Verfahrensbeteiligten darauf verzichten.²⁹¹ Weiterhin ist dem Gericht nach § 313a Abs. 1, 2 ZPO „unnötige Schreibarbeit“²⁹² zu ersparen und eine Begründung nicht erforderlich, wenn Rechtsmittel unzweifelhaft nicht zulässig sind oder beide Parteien auf die Rechtsmittel gegen das Urteil verzichten.²⁹³ Und schließlich gilt auch nach § 38 Abs. 4 Nr. 3 FamFG, dass ein Beschluss nicht begründet werden muss, wenn er in Gegenwart aller Beteiligten mündlich bekannt gegeben wurde und alle Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet haben. Hinter derartigen Ausnahmen von der Begründungspflicht steht der Gedanke, dass eine Hauptaufgabe der Abgabe einer Begründung die Ermöglichung eines Rechtsmittelverfahrens darstellt.²⁹⁴ Wenn keine Rechtsmittel eingelegt werden (können) und damit eine erhöhte Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit besteht, dass die Entscheidungen nicht angefochten werden,²⁹⁵ macht es ausgehend davon auch keinen Sinn, eine Entscheidungsbegründung zu verlangen. Der Verzicht oder die Unmöglichkeit des Einlegens von Rechtsmitteln führt aber nicht immer zu einem Wegfall der Begründungspflicht. Beispielsweise statuiert § 267 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 2 StPO aufgrund der Grundrechtssensitivität des Strafens, dass bei einem Verzicht der Prozessbeteiligten auf Rechtsmittel an die Begründung lediglich niedrigere Anforderungen gestellt werden: Es ist eine abgekürzte Begründung erforderlich.²⁹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn ein Freispruch erfolgt.²⁹⁷

289 Krumm, § 77b OWiG, Rn. 1.

290 Krumm, § 77b OWiG, Rn. 7.

291 Hettenbach, § 72 OWiG, Rn. 48.

292 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1.

293 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1 f.

294 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1.

295 Ulrici, § 38 FamFG, Rn. 21.

296 Peglau, § 267 StPO, Rn. 53.

297 Peglau, § 267 StPO, Rn. 70.

Eine weitere Ausnahme von der Begründungspflicht zugunsten der Prozessökonomie und zur Entlastung der Gerichte statuiert auch § 313b Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichtsurteile keiner Entscheidungsgründe bedürfen.²⁹⁸ Dasselbe gilt auch nach § 38 Abs. 4 Nr. 1 FamFG. Dabei ist keine Begründung erforderlich, weil es sich zumeist um nicht streitige Urteile handelt und das Urteil auf einem Parteihandeln bzw. Parteierklärungen beruht.²⁹⁹ Nach § 38 Abs. 4 Nr. 2 FamFG ist dementsprechend keine Begründung erforderlich, wenn gleichgerichteten Anträgen der Beteiligten stattgegeben wird oder der Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht.

Die vorgenannten gesetzlichen Ausnahmen von den Begründungspflichten lassen sich mit Effizienz- und Effektivitätserwägungen begründen: Zum einen muss Rechtsanwendung *effektiv* sein – Justiz und Verwaltung müssen Ergebnisse produzieren, die den an das Recht gestellten Zweck erfüllen. Beispielsweise müssen Verwaltungsakte das Alltagshandeln regeln oder Urteile müssen Streitigkeiten beilegen und Rechtssicherheit schaffen. Die Begründung juristischer Entscheidungen ist dabei oft effektiv, da die Entscheidung durch die mit der Begründung einhergehende Nachvollziehbarkeit eine höhere Akzeptanz erfahren kann.³⁰⁰ Zum anderen muss Rechtsanwendung *effizient* sein. Es kommt nicht nur darauf an, am Ende ein Ergebnis zu erzielen, sondern das Ergebnis möglichst einfach, schnell und ohne übermäßigen Aufwand zu erreichen. Der Effizienzgedanke spiegelt sich z. B. im Grundsatz der Verfahrensökonomie in § 10 S. 2 VwVfG wider: Verwaltungsverfahren sind einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen.³⁰¹ Deshalb gibt es weitreichende Ausnahmen von der Begründungspflicht des § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG, die „*allein der Vereinfachung des Verwaltungshandlens und damit praktischen Bedürfnissen [dienen], deren Beachtung dort ihre Grenzen finden muss, wo verfassungsrechtliche Prinzipien eingreifen.*“³⁰²

298 Elzer, § 313b ZPO, Rn. 1 f.

299 Saenger, § 313b ZPO, Rn. 1.

300 Anders ist dies z. B., wenn durch Erlass eines Verwaltungsakts lediglich dem Antrag entsprochen wurde und der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift – die Begründung des Verwaltungsakts würde dann keine Akzeptanz stiften, weil der Antragsteller seine Akzeptanz der Entscheidung quasi durch die Stellung des Antrags bereits erklärt hat. In derartigen Fällen ist nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG deshalb auch keine Begründung erforderlich. Bereits ausgehend von Effektivitätserwägungen ist mithin nicht jede Entscheidung begründungsbedürftig.

301 Gerstner-Heck, § 10 VwVfG, Rn. 15; Schwarz, § 10 VwVfG Rn. 12 ff.

302 Tiedemann, § 39 VwVfG, Rn. 57.

Die Ausnahmen von der Begründungspflicht selbst bei nicht begünstigenden Verwaltungsakten begründen sich in der Verwaltungseffizienz:³⁰³ Das Verwaltungsverfahrensrecht steht im Spannungsfeld zwischen umfassendem Grundrechtsschutz und funktionsfähiger Verwaltung.³⁰⁴ Da die Begründungspflicht nicht nur nach § 39 Abs. 2 VwVfG eingeschränkt wird, sondern da die Begründung nach § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann und da darüber hinaus ein Begründungsmangel nach § 46 VwVfG auch unbeachtlich ist, wenn er sich offensichtlich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hat, meint Schwarz, dass die Bedeutung des Begründungserfordernisses „*in der Praxis kaum noch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Begründungspflicht*“ entspricht.³⁰⁵ Weiterhin gibt es Verwaltungshandeln, das gar nicht unter die Begründungspflicht fällt, wie beispielsweise mündliche Verwaltungsakte oder Realakte.³⁰⁶ Und auch spezialgesetzliche Bestimmungen können die Begründungspflicht einschränken oder gar ganz ausschließen.³⁰⁷ Im Strafprozess begegnet der Effizienzgedanke weiterhin bei der in § 257c StPO geregelten Verständigung im Strafverfahren:³⁰⁸ Bei der Verständigung im Strafverfahren werden zugunsten der Effizienz sogar zentrale strafprozessuale Grundsätze missachtet.³⁰⁹ Und auch im Zivilprozess spielt die Effizienz eine tragende Rolle. Zur Effizienzsteigerung wurden erst jüngst Änderungen der ZPO vorgenommen, die unter anderem Ablehnungsgesuche, das persönliche Erscheinen des Nebenintervenienten, die Strukturierung und Abschichtung des Streitstoffs, die Hinzuziehung von Sachverständigen, den schriftlichen gerichtlichen Vergleich, die Möglichkeiten zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren und den elektronischen Rechtsverkehr betrafen.³¹⁰

Mithin scheitert das Konzept der *Wahrheit durch Begründung* an den Durchbrechungen der Begründungspflicht – in diesen Fällen wäre kein

303 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 15.

304 Schwarz, *Einleitung zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Rn. 115.

305 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 1.

306 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 3, 6.

307 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 8.

308 Kontrovers Engländer, *Verständigung im Strafverfahren*, S. 23 ff.

309 Becker, *Transparenz in Mauschelhausen? – Die strafprozessuale Verständigung seit der Entscheidung BVerfGE 133, 168*, S. 641 ff.; Die Verständigung auf Effektivitätserwägungen zurückführend Behrendt, *Rechtsstaatliche Strafverfahren und Ressourcenschonung - Widerspruch oder lösbares Problem?*, S. 881 ff.

310 Fölsch, *Neuerungen im Zivilprozess - Entfristung, Spezialisierung, Effizienz*, 803 ff.

Nachweis möglich, dass die Entscheidung eine richtige Entscheidung ist. Mit dem Konzept der *Wahrheit durch Begründbarkeit* ist dies hingegen durchaus vereinbar. Die Entscheidungsbegründung ist nach den gesetzlichen Wertungen kein Selbstzweck, sondern hat insbesondere eine Rechtsschutz-,³¹¹ Kontroll- und Ergänzungsfunktion.³¹² Die Begründung soll sicherstellen, dass die Gesetzesbindung bei der Entscheidungsfindung eingehalten wurde und das Urteil kein reiner Willkürakt ist.³¹³ Eine Begründung soll effektiven Rechtsschutz und rechtliches Gehör gewährleisten.³¹⁴ Begründungen sollen die Akzeptanz verbessern, indem sie über die für die Entscheidung maßgeblichen Gründe informieren.³¹⁵ Und die Begründung von Verwaltungsakten soll der Selbstkontrolle der Behörden dienen und eine Kontrolle durch Gerichte, Aufsichts- oder Widerspruchsbehörden ermöglichen.³¹⁶ Wo eine Begründung nichts davon leisten kann, ist sie auch nicht erforderlich.

2. Wahrheit durch Begründbarkeit!

Das Konzept von *Wahrheit durch Begründbarkeit* ist insbesondere durch das Werk von Neumann bekannt geworden: Neumann drückt sich stellenweise zwar missverständlich aus, als dass die „richtige Entscheidung [...] die gerechtfertigte und damit die legitime Entscheidung“³¹⁷ sei, differenziert aber überzeugend selbst zwischen *begründeten* und *begründbaren* juristischen Entscheidungen.³¹⁸ Eine Entscheidung ist begründet, wenn eine den formalen gesetzlichen Vorschriften entsprechende Begründung vorgelegt wurde. Für die Begründetheit spielt keine Rolle, ob die Begründung sachlich richtig ist oder den inhaltlichen Anforderungen entspricht. Hingegen wird mit der Begründbarkeit einer juristischen Entscheidung auf die Möglichkeit,

311 Ermöglichung von Rechtsbehelfen Schwarz, § 39 *VwVfG*, Rn. 12.

312 Tiedemann, § 39 *VwVfG*, Rn. 1-11.

313 Der Willkürakt ist auch für das BVerfG die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung und unzulässige Überschreitung der Gesetzesbindung, BVerfG, Urteil vom 03. November 1992 – 1 BvR 1243/88.

314 BVerfG, Urteil vom 08. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10, Rn. 18.

315 Schwarz, § 39 *VwVfG*, Rn. 12.

316 Schwarz, § 39 *VwVfG*, Rn. 12 und Fn. 37 mwN.

317 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 41 f.

318 So auch Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 30.

diese sachlich korrekt zu begründen, referiert. Es kann somit nicht nur unbegründete, aber begründbare Entscheidungen geben – das ist beispielsweise häufig der Fall, wenn gesetzlich geregelt ist, dass keine Begründung erforderlich ist. Umgekehrt gibt es auch begründete, aber unbegründbare Entscheidungen: In diesen Fällen wurde zwar eine Begründung abgefasst, die Begründung rechtfertigt die Entscheidung aber nicht oder es wurden Umstände oder Faktoren herangezogen, die nicht so hätten berücksichtigt werden dürfen. Sogenannte „*Fehlurteile*“ stellen immer unbegründbare Entscheidungen dar. Die Begründbarkeit entspricht Neumanns Kriterium der inhaltlichen und materiellen Richtigkeit eines Rechtsaktes.³¹⁹

Die These wird im Folgenden sein, dass das objektive Element der *Begründbarkeit* und nicht die *Begründetheit* die Wahrheit der juristischen Entscheidung konstituiert.³²⁰ So auch Neumann: „*Wahr (oder: richtig) ist eine rechtliche Aussage dann, wenn sie anhand der juristischen Argumentationsregeln gerechtfertigt werden kann.*“³²¹ Legitimation durch Rechtfertigung meint deshalb nicht, dass nur gerechtfertigt ist, was explizit begründet wurde, sondern vielmehr, dass gerechtfertigt ist, was zumindest begründbar ist. In den Fällen, in denen keine Begründung verlangt wird, wird diese gesetzlich vermutet. Die Vermutung, dass eine Entscheidung die richtige Entscheidung und dementsprechend auch begründbar ist, liegt beispielsweise nahe, wenn die Prozessparteien auf Rechtsmittel verzichten, dem Antrag entsprochen wird oder ein Säumnisurteil ergeht. Ist die Begründung der Entscheidung nicht offensichtlich, statuieren die Gesetze Begründungspflichten, die dem Nachweis der Begründbarkeit dienen. So ist Neumann im Grunde zuzustimmen, dass ein „*auf den Gedanken der Richtigkeit von Entscheidungen gegründetes Rechtssystem [...] jede einzelne Entscheidung rechtfertigen*“³²² muss, die Rechtfertigung muss jedoch nicht in allen Fällen explizit gemacht werden. Anders gesprochen: Auch in Fällen, in denen keine formelle Begründungspflicht besteht, gilt eine materielle Begründungs-

319 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 42.

320 Anders Engisch: „Eine richtige Entscheidung ist eine methodengerecht begründete Entscheidung“, Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, S. 14.

321 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 29.

322 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 48.

pflicht: Der zugrunde liegende Sachverhalt ist korrekt festzustellen und die Sache ist sachlich richtig zu bewerten.³²³

a) Begründbarkeit und Vertretbarkeit

Da die Begründbarkeit einer juristischen Entscheidung als das maßgebliche Kriterium für ihre Legitimität angesehen wird und da Begründbarkeit nicht zwingend eine tatsächliche Begründung erfordert, schließt sich die Frage an, anhand welcher Kriterien das Vorliegen von Begründbarkeit beurteilt werden kann. Das Kriterium der Begründbarkeit erinnert an die Vertretbarkeit von Rechtsansichten. Obwohl der Begriff der Vertretbarkeit ein für Rechtstheorie und Rechtspraxis zentraler Begriff ist, finden sich kaum Studien, die sich mit der Bedeutung des Begriffes befassen.³²⁴ Einigkeit besteht jedoch insoweit, als dass die Vertretbarkeit von der methodisch einwandfreien Herstellung der Entscheidung abhängt.³²⁵ Da die Methodenlehren aber kein einheitliches Verfahren bereitstellen, das zu genau einem Ergebnis führt, „*sind mehrere widerstreitende Aussagen gleichermaßen vertretbar, wenn in den maßgeblichen Normen Kollisionen, Unklarheiten oder Entscheidungsspielräume vorhanden sind.*“³²⁶

Wird die Vertretbarkeit als Begriff der Methodenlehre erfasst, stellt sie den Gegenbegriff zur (argumentationstheoretischen) Begründbarkeit dar. Beharrt man auf die strikte Trennung von Herstellung und Darstellung,³²⁷ wären auch Vertretbarkeit und Begründbarkeit strikt voneinander zu trennen. Da Methodenlehre und Argumentationstheorie aber nicht als strikte Gegensätze betrachtet werden dürfen, dient die Unterscheidung nicht dazu, um zwischen Vertretbarkeit und Begründbarkeit überzeugend zu differenzieren. Vielmehr ist die Vertretbarkeit eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Begründbarkeit einer Entscheidung,

³²³ Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 2.

³²⁴ So bereits Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 605; jüngst Neupert, *Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?*, S. 489 ff.

³²⁵ Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 606; Neupert, *Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?*, S. 493.

³²⁶ Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 611.

³²⁷ Unterscheidung ursprünglich Reichenbach, *Experience and Prediction*, S. 3 ff., 381 ff.; Sobota differenziert zwischen Darstellung und Darstellung der Gerstellung, siehe Sobota, *Sachlichkeit*, S. 13 ff. in der Lesart von Fischer, *Analogie und Argument*, S. 33.

denn ansonsten könnten mehrere, einander ausschließende Entscheidungen gleichzeitig legitim sein:³²⁸ Lehnt ein Richter in seinem Urteil einen klageweise geltend gemachten Zahlungsanspruch ab und weist gleichzeitig darauf hin, dass auch die Verurteilung zur Zahlung vertretbar gewesen wäre, würde das Urteil nicht nur den Unmut des Klägers hervorrufen, sondern auch die Frage aufwerfen, warum das ablehnende Urteil überhaupt legitimiert sein solle. Die Legitimität einer juristischen Entscheidung, der eine ebenso legitime andere Entscheidung entgegentreten kann, ist dadurch erheblich abgeschwächt. Neben die Legitimation durch Begründbarkeit müsste eine weitere Legitimation – beispielsweise durch Autorität – treten. Erschöpft sich das Legitimitätskriterium einer juristischen Entscheidung in ihrer Begründbarkeit, muss sich diese von der Vertretbarkeit absetzen.

Eine Unterscheidung der legitimen (begründbaren) von der lediglich vertretbaren Entscheidung kann über das Kriterium der *Richtigkeit* erfolgen, das Neumann als Gegenbegriff zur *Vertretbarkeit* einführt.³²⁹ Während viele verschiedene Entscheidungen vertretbar sein könnten, sei nur eine – nämlich die richtige – Entscheidung begründbar. Neben das objektive Element der Begründbarkeit tritt dann ein subjektives Element: der Anspruch, dass es sich bei der juristischen Entscheidung um die richtige Entscheidung handelt. Ob es (die) eine richtige Entscheidung tatsächlich gibt, ist immer wieder Streitpunkt in rechtsphilosophischen Werken.³³⁰ Für

328 Problem auch bei Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 30.

329 Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 340; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 55; als dritte Alternative zu Richtigkeit und Vertretbarkeit schlägt Lege den Begriff der „Gelingenheit“ vor, der die Relativität juristischen Entscheidens mitumfassen soll, siehe Lege, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, S. 230: „Gelingenheit ist der allerletzte Punkt, der in einer konkreten Entscheidung/Erkenntnis nach bestem Wissen und Gewissen erreicht werden kann – etwa so wie bei einem Kunstwerk. Dabei gibt es für dieses Gelingen keine Garantie; man kann mit all seiner Kunst doch auch scheitern.“

330 Bspw. Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*; Adomeit, *Juristische Methode und Sicherheit des Ergebnisses*; Canaris, *Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung*; Sieckmann, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*; Deckert, *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*; Habermas, *Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen*; Seiler, *Auslegung als Normkonkretisierung*; Poscher, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*; jüngst ausführlich Siedenburg, *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung* S. 15 ff.

die vorliegenden Zwecke soll der Hinweis genügen, dass mit der einzig richtigen Entscheidung nicht etwa Dworkins *right answer thesis*³³¹ gemeint ist. Die richtige Entscheidung ist eher als regulative Idee zu verstehen, die den „Charakter eines anzustrebenden Ziels“ hat:³³²

„Die Teilnehmer eines praktischen Diskurses müssen unabhängig davon, ob eine einzig richtige Antwort existiert, den Anspruch erheben, dass ihre Antwort die einzig richtige ist, wenn ihre Behauptungen und Begründungen sinnvoll sein sollen. Dies setzt nur voraus, dass es möglich ist, dass es praktische Fragen gibt, in denen im Diskurs eine Antwort als einzig richtige ausgezeichnet werden kann, und dass es nicht sicher ist, welche Fragen dies sind, so dass es sich lohnt, bei jeder Frage das Auffinden einer einzig richtigen Antwort zu versuchen.“³³³

So müssen die Beteiligten an einer juristischen Diskussion für ihre jeweilige Position den Anspruch erheben, dass ihre Position die richtige sei.³³⁴ Denn ist ein Urteil nur begründet, ohne dass es einen Richtigkeitsanspruch erhebt, steht es der Entgegnung, ein anderes Urteil sei ebenso begründet, wehrlos gegenüber. Deshalb reicht es nicht aus, wenn das Urteil nur als „vertretbar“ gekennzeichnet wird, weil sich das konkrete Urteil von allen anderen vertretbaren Urteilen hervorheben muss. Das bloße Behaupten der Vertretbarkeit im juristischen Dezisionismus würde enden, wo eine Legitimation des Urteils nur über die Richterpersönlichkeit gelingen kann – gerade das ist aber rechtsstaatlich nicht gewollt.³³⁵ Dazu kommt, dass erst durch das Erheben eines Wahrheitsanspruchs die Entscheidung Gegenstand sachlicher Kritik werden kann, das heißt durch Behörden, Ge-

331 Dworkin, *Hard Cases*, S. 1057 (1058 ff.).

332 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S.122; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 61.

333 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 122 f.

334 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform* S. 3, 41 und S. 40: „Die rechtstheoretische Einsicht, dass jedenfalls in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen mit guten Gründen vertreten werden können, taugt nicht als Maxime richterlichen Handelns. Der Richter sollte in seiner Entscheidungspraxis so verfahren, als ob in jedem Fall nur eine Entscheidung richtig wäre.“

335 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform* S. 40 f.

richte und Rechtswissenschaft überprüfbar wird.³³⁶ Und auch die Praxis der Revisionsgerichte setzt voraus, dass nur eine Entscheidung richtig sein kann.³³⁷

Das Begreifen des Konzepts der Richtigkeit einer Entscheidung als regulative Idee bedeutet, die Suche nach einem tatsächlichen Richtigkeitskriterium aufzugeben.³³⁸ Obgleich die regulative Idee der Richtigkeit für die Rechtspraxis unverzichtbar ist, handelt es sich bei der Richtigkeit am Ende um eine „*kontrafaktische Unterstellung*“³³⁹. Die eine richtige Entscheidung gibt es nicht. Konsistent ist das mit der anfangs betonten Lückenhaftigkeit des Rechts und der Unmöglichkeit einer „Erkenntnis“ des richtigen Rechtsanwendungsergebnisses. Es soll deshalb eine andere Unterscheidung der begründbaren von der vertretbaren Entscheidung versucht werden.

Wer vorbringt, eine andere Rechtsauffassung sei „*auch vertretbar*“, möchte damit nicht die eigene Position abschwächen, sondern darauf hinweisen, dass die Methodenlehre auch eine andere Auswahl oder Gewichtung der entscheidungserheblichen Prämissen ermöglicht. Es wird der subjektive Entscheidungsspielraum betont, der bei der Beantwortung der Rechtsfrage besteht. Die parallele Existenz mehrere vertretbaren Entscheidungen stellt dabei kein Problem dar, weil die Vertretbarkeit als Abbild der Methodenlehre konzeptionell in dieser angelegt ist. Am Ende steht aber nicht die Vertretbarkeit mehrerer Entscheidungen, sondern es wird nur eine Entscheidung vertreten. Hier wird der Unterschied zwischen der *vertretenen* und der *vertretbaren* Rechtsauffassung deutlich: Während mehrere Entscheidungen vertretbar sind, kann nur eine am Ende vertreten werden.

Anders ist dies bei der begründbaren Rechtsauffassung: Die Vertretbarkeit sagt lediglich etwas über die Möglichkeit der methodischen Herleitung der Rechtsauffassung aus, die Begründbarkeit aber etwas über die Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Entscheidung. Während es im Rahmen der Vertretbarkeit irrelevant ist, welche der Entscheidungen „*am besten*“ vertretbar ist, spielt dies bei der Begründbarkeit eine Rolle: Eine Entscheidung kann nur dann als begründbar gekennzeichnet werden, wenn die Gründe für die Entscheidung stärker als die Gründe gegen die Entscheidung sind. Dazu kommt, dass auch keine gleichguten Gründe gegen die Entscheidung

336 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 10.

337 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 11 f.

338 Dazu auch Schulz, *Recht und Pragmatismus*, S. 298 ff.

339 Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 342.

sprechen dürften, weil die Entscheidung ansonsten zugleich begründbar und unbegründbar wäre.

Eine Entscheidung ist nur begründbar, wenn eine Begründung möglich ist, die einen unvoreingenommenen, objektiven, rationalen Gegenüber überzeugen kann. Begründbarkeit erfordert, dass alle relevanten Argumente vollständig berücksichtigt und zutreffend gewichtet wurden.³⁴⁰ Es ist deshalb ausgehend von einer bestimmten Prämissenmenge immer nur eine juristische Entscheidung begründbar, während aber mehrere juristische Entscheidungen vertretbar sein können. Der Unterschied zwischen Begründbarkeit und Vertretbarkeit liegt mithin darin, dass die Behauptung der Vertretbarkeit ausgehend von allen möglichen Prämissenmengen erfolgt, während die Behauptung der Begründbarkeit von einer konkreten Prämissenmenge ausgeht.

Beispielsweise ist in Fällen der willenlosen Absendung einer Willenserklärung nach der Auffassung eines Teils der Lehre und der Rechtsprechung die Abgabe der Willenserklärung abzulehnen.³⁴¹ Nach einer anderen Auffassung ist in derartigen Fällen allerdings bei Fahrlässigkeit die Abgabe zu bejahen.³⁴² Beide Ansichten sind vertretbar. Welche der Ansichten begründbar ist, hängt davon ab, welche weiteren Prämissen hinzugezogen werden: Wird der Schutz des redlichen Erklärungsempfängers als ausschlaggebend betrachtet und Fahrlässigkeit für die Abgabe ausreichend, ist ausgehend davon nur die zweite Ansicht begründbar. Eventuelle Gegenargumente, die für die erste Ansicht sprechen, sind zumindest dann zu entkräften, wenn sie vorgebracht werden.

Bezüglich des Verhältnisses von Vertretbarkeit und Begründbarkeit gilt also Folgendes: Die Vertretbarkeit ist ein Vorstadium der Begründbarkeit. Unter Anwendung der Regeln der juristischen Methodenlehre werden verschiedene vertretbare Entscheidungsmöglichkeiten erarbeitet. Dabei werden gewisse Prämissen – wie beispielsweise der Grad der Vertretbarkeit einer Entscheidungsmöglichkeit – zunächst vernachlässigt. Erst im Rahmen der Begründbarkeit spielt es eine Rolle, welche vertretbare Ansicht am besten begründet werden kann – diese Entscheidung ist dann die begründbare Entscheidung.³⁴³

340 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 37.

341 BGH, Urteil vom 08. März 2006 – IV ZR 145/05.

342 Einsele, § 130 BGB, Rn. 14.

343 Siehe auch Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 342.

b) Relativität der Begründbarkeit

Dass bei der Beantwortung einer Rechtsfrage verschiedene Entscheidungen begründbar sind, liegt an der Möglichkeit, verschiedene Prämissenmengen als Begründungsgrundlage heranzuziehen, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können: Es können verschiedene Prämissenmengen gebildet werden, die der Begründbarkeit jeweils einer Entscheidung zugrunde liegen. Die begründbare juristische Entscheidung ist damit in zweifacher Hinsicht relativ. Einerseits steht sie im Kontext einer bestimmten Zeit und eines bestimmten Systems:³⁴⁴ „Richtigkeit“ bedeutet hier keine zeitlose Wahrheit, sondern Richtigkeit für diese Rechtsordnung und für diese Zeit.“³⁴⁵ Andererseits hängt die Begründbarkeit maßgeblich vom Umfang der Prämissen ab, die als Begründungsgrundlage herangezogen werden können.³⁴⁶ Während der Streit über die Auswahl der Prämissen eine alltägliche und theoretisch umfassend aufbereitete Frage ist – um nichts anderes dreht sich beispielsweise der Streit über den Vorrang der Auslegungsmethoden –, wird die Zeit- und Systemrelativität juristischen Begründens zumeist vernachlässigt. Der Grund dafür ist, dass juristische Entscheidungen derart zeit- und systemverhaftet sind, dass sie außerhalb der Zeit vorrangig den Rechtshistoriker, außerhalb des Systems nur den rechtsvergleichenden Juristen interessieren. In der Praxis stehen die auszuwählenden Prämissen gewöhnlich alle vor denselben Zeit- und Systemumständen. Relevant wird die Systemrelativität aber, wenn die Parteien mit unterschiedlichen Systemannahmen an die juristische Begründung herantreten. Im internationalen Kontext kann die Systemrelativität deshalb eine große Bedeutung einnehmen.³⁴⁷ Das Problem der einzigen richtigen Entscheidung entpuppt sich schlussendlich als Anfechtbarkeitsproblem: Welche Prämissen entscheidungserheblich sind, ist der ständigen Veränderung unterworfen.

344 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 18; Die Kulturabhängigkeit, Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Regelsysteme hebt auch Strawson, *Freedom and Resentment and other Essays*, S. 36 ff. hervor.

345 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 315.

346 Siehe dazu unten ab S. 92 und ab 171.

347 Zur Rolle und zum Umgang mit sog. „vorausgesetzten Annahmen“, welche die Systemrelativität abbilden, siehe ab S. 171.

C. Zur logischen Struktur juristischer Argumentation

Obgleich seit Jahrzehnten elaborierte Kritik an dem sog. „*Justizsyllogismus*“ und den damit verbundenen Vorstellungen geübt wird,³⁴⁸ herrscht bis heute die auch im Rechtsunterricht gelehrt Vorstellung juristischen Begründens in der syllogistischen Form.³⁴⁹ Die folgenden Ausführungen erheben weder den Anspruch, die Kritik umfangreich und im Detail wiederzugeben, noch ein abgeschlossenes Modell als bessere Alternative zum syllogistischen Modell zu entwerfen.³⁵⁰ Stattdessen sollen gezielt die Eigenschaften der hinter dem Justizsyllogismus stehenden Vorstellung juristischen Argumentierens adressiert werden, welche dem differenzierten Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen entgegenstehen.

348 So z. B. grundlegend in Viehweg, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*; Seibert, *Argumentation: Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme*; Neumann, *Rechtsontologie und juristische Argumentation: zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*; Struck, *Zur Theorie juristischer Argumentation*; Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*; Fischer, *Analogie und Argument*, S. 113 ff.

349 So z. B. Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses*; Yoshino, *Zu Ansätzen der juristischen Logik*; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*; Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*; Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*; kürzlich Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 23; zum Deduktionspostulat in der Ausbildungsliteratur Bialluch / Wernert, *Grundlagenwissen: Gesetzesbezogene Fallbearbeitung*; Wieduwilt, *Die Sprache des Gutachtens*; Schmidt, *Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens*; Czerny / Frieling, *Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung*; Beyerbach, *Gutachten, Hilfsgutachten und Gutachtenstil – Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung*; Gabriel, *Präzision und Prägnanz. Logische, rhetorische, ästhetische und literarische Erkenntnisformen*, S. 107 ff.; Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 405, Fn. 5 mwN; Kritik am syllogistischen Modell formulierte in letzter Zeit in der Ausbildungsliteratur lediglich Gräfin von Schlieffen, *Recht rhetorisch gesehen*, S. 1 ff.

350 z. B. die Logokratische Methode, die Brewer in einer Vielzahl an Aufsätzen entwickelt und verfeinert hat, dazu jüngst Brewer, *First Among Equals. New Essays on the Nature of Legal Reasoning*. Ed. Mark McBride and James Penner, Oxford: Hart Publishing, 2022, S. 281–340.

Die Begrifflichkeiten, mit denen das deduktive Modell der Rechtsanwendung beschrieben wird, variieren stark, oft bedingt durch die jeweilige Stoßrichtung der Ansätze, und sind teilweise mit weiteren Annahmen aufgeladen. Während „*Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung*“³⁵¹ bereits darauf hindeutet, dass der Syllogismus (zumindest auch) der Herstellungsphäre zugerechnet wird und nicht rein zur Rekonstruktion dient, lässt „*Subsumtionsideologie*“³⁵² erkennen, dass das Festhalten an der Vorstellung der Subsumtion ideologisch anmutet. Ähnlich auch, wenn vom „*deduktiven Paradigma*“³⁵³ die Rede ist, was suggerieren könnte, dass eine Abkehr nur durch einen Paradigmenwechsel möglich wäre.³⁵⁴ Für die vorliegenden Zwecke soll die Vorstellung, dass Rechtsanwendung als deduktiver Schluss von Norm und Sachverhalt auf die Rechtsfolge rekonstruiert werden könne,³⁵⁵ als „*Deduktionspostulat*“ bezeichnet werden.

I. Das Deduktionspostulat

Das Deduktionspostulat basiert auf der Annahme, dass die Rechtsnorm Tatbestand und Rechtsfolge logisch miteinander verknüpfte, sodass die Rechtsfolge logisch zwingend eintrete, wenn der Tatbestand erfüllt sei.³⁵⁶ Da der Tatbestand der Rechtsnorm häufig noch nicht in einer subsumierbaren Form gegeben sei, zeige die – auf dem Deduktionspostulat basierende – klassische Methodenlehre den Hinweg von einem gesetzlichen Tatbestand durch Konkretisierungen (oder „*Rekonstruktion*“³⁵⁷) zu einem

351 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 230.

352 Neumann, *Juristische Argumentationstheorie*, § 1 Rn. 8.

353 Fischer, *Analogie und Argument*, S. III.

354 Vgl. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, S. 186.

355 So bei Bäcker, *Juristisches Begründen*, S. 321; Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 ff.; Früh, *Juristisch auslegen, argumentieren und überzeugen*, S. 906; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Auflagem, S. 255 Fn. 1; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 273 ff.; MacCormick, *Legal Deduction, Legal Predicates, and Expert Systems*, S. 182; Marmor, *The Language of Law*, S. 61; Gardner, *The Legality of Law*, S. 186.

356 Diese Ansicht sei aus dem Positivismus des 19. Jahrhunderts hervorgegangen, so Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 1.

357 Bäcker, *Juristisches Begründen*, JuS 2019, 321 (323): „Die richtige Rekonstruktion einer auf den konkreten Fall anwendbaren Norm mit ihrem Tatbestand, ihrer Rechtsfolge und ihren Ausnahmen aus der Menge des geltenden Rechts ist Gegenstand der Rechtsdogmatik; hier liegt das weite Feld der Auslegung.“

subsumierbaren Obersatz auf.³⁵⁸ Der Untersatz ergebe sich im Prinzip aus dem Sachverhalt.³⁵⁹ Da aber der Sachverhalt unter die Bezugnahme auf die Norm auch erst erkannt und erfasst werden könne und dadurch weitere Subsumtionen erforderlich seien, führe dies dazu, dass die Subsumtion „im Grunde endlos fortzuführen ist; also nie endet.“³⁶⁰

Der Reiz des Deduktionspostulats leuchtet ein: „In der Logik ist nichts zufällig“³⁶¹ – ein Rechtsanwendungsergebnis kann kaum eine stärkere Legitimation erfahren, als wenn es logisch auf den allgemeinen Rechtssatz zurückzuführen ist. Gleichzeitig besteht stellenweise eine große Skepsis gegenüber Logik, da diese mit „Formalismus“ und „Begriffsjurisprudenz“ konnotiert wird.³⁶² Hinter dem Widerstand gegenüber der Logik steht bisweilen auch die Angst, dass die Logik unerwünschte Lösungen diktieren, die nicht wünschenswert sind, aber nichtsdestotrotz entschieden werden, weil die Logik sie „erfordere“³⁶³ Allerdings sind sich die Vertreter des Deduktionspostulats bewusst, dass es lediglich eine Fiktion ist, dass sich das Rechtsanwendungsergebnis durch einen logischen Schluss aus dem Gesetz ergebe:³⁶⁴ Vertreter des Deduktionspostulats meinen damit nicht den Formalismus, wonach die richterliche Entscheidungsfindung nichts anderes beinhaltet als die mechanische Deduktion nach dem Modell des Syllogismus (*vulgar formalism*).³⁶⁵ Hinter dem Deduktionspostulat steht vielmehr die Ansicht, dass der Justizsyllogismus die zentrale Struktur des juristischen Begründens beschreibt, das heißt, sich jede juristische Entscheidung als deduktiven Schluss aus einer Feststellung des anwendbaren Rechts und der

358 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 127, 130; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 271ff.; Rückert / Seinecke, *Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall*, Rn. 44; Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 40 f.; Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 677 ff.; Bydlinski / Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, S. 29. Nach Kaufmann erschöpft sich aus der Sicht des herkömmlichen Methodenverständnis, das aus dem Positivismus des 19. Jahrhunderts hervorgegangen ist, die „Rechtsanwendung in der Subsumtion des Falles unter die Gesetzesnorm“, siehe Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 1.

359 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 127.

360 Bäcker, *Juristisches Begründen*, JuS 2019, 321 (324).

361 Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Tractatus S. 2.012.

362 Statt vieler Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 4.

363 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 4.

364 Scheinbar nicht Larenz: „Soweit also ist bei der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts in der Tat mit Subsumtionen – d. h. mit Subsumtionsschlüssen und mit einfachen Subsumtionsurteilen – auszukommen“, S. 124.

365 Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?*, S. III.

Darstellung des Sachverhalts rekonstruieren ließe.³⁶⁶ Die mit dem Deduktionspostulat verknüpfte Fiktion ist aber gefährlich, da sie den Blick auf die adäquate Darstellung der eigentlich wichtigen, nicht (deduktiven) Schritte der Rechtsanwendung verstellt und dadurch in der Darstellung oft vernachlässigt, dass Rechtsanwendung ein dezisionistisch geprägter, wertender und kreativer Akt ist.³⁶⁷ Wie man die schwierige Frage beantworten soll, ob und wie der gesetzliche Tatbestand durch den Sachverhalt erfüllt ist, bleibt ausgehend vom Deduktionspostulat weitestgehend im Dunkeln.

1. Der Justizsyllogismus

Der aristotelische Syllogismus als „*Argument, in welchem sich, wenn etwas gesetzt wurde, etwas anderes als das Gesetzte mit Notwendigkeit durch das Gesetzte ergibt*“³⁶⁸ erlaubt unter Voraussetzung der Wahrheit der Prämissen einen zwingenden Beweis der Konklusion.³⁶⁹ Während *Aristoteles* in der Topik noch zwischen apodiktischen Syllogismen, die auf wahren Prämissen beruhen, und dialektischen Syllogismen, deren Prämissen nur generell akzeptiert sind, unterscheidet,³⁷⁰ wurde der klassische Syllogismus primär als

366 Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?*, S. III.

367 Kaufmann hat dem syllogistischen Modell vorgeworfen, den Blick auf die eigentlichen Schritte des Rechtsgewinnungsverfahrens zu verstellen, Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. V; zur Kritik an Kaufmann siehe Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg“*, S. 144 ff. Anhand der Entscheidung des BGH zu Sitzblockaden (BGH, Urteil vom 05. Mai 1988 – I StR 5/88) verdeutlicht Kaufmann, dass das Festhalten am Deduktionspostulat auch die eigentlichen Entscheidungsgründe verdeckt: „Dies sind lauter Scheinargumente, die vortäuschen, die Richter selbst hätten in dieser Frage gar keine Meinung und keinerlei Werturteile, zumindest seien diese nicht in die Entscheidung eingegangen. In Wahrheit hatten die BGH-Richter (wenigstens die Mehrheit) sehr genaue Vorstellungen, mit denen sie in den Prozess gingen: Sitzblockaden können nicht hingenommen werden.“, Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 31.

368 Aristoteles, *Posterior analytics, Topica*: Topik I 1, 100a 25f.

369 Herberger / Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, S. 23; Bereits Aristoteles differenzierte allerdings zwischen einem Idealtypus des deduktiven Begründens und dem realen Begründen mit den Schlüssen des täglichen Lebens, die sich auf Generalisierungen, die gewöhnlich vorliegende Umstände beschreiben, stützen; überblickend Beltrán / Ratti, *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, S. II (12).

370 Aristoteles, *Posterior analytics, Topica*: Topik I 1, 100a 26–30; ausführlich zu den Schlussformen bei Aristoteles statt vieler Fischer, Analogie und Argument, S. 61 ff.

logische Schlussregel rezipiert:³⁷¹ Der Syllogismus erlaubt den logischen Schluss aus zwei Prämissen, die Obersatz und Untersatz genannt werden, auf eine Konklusion:³⁷²

| | |
|------------|------------------------------------------|
| Obersatz | Wer einen Menschen tötet, wird bestraft. |
| Untersatz | A hat einen Menschen getötet. |
| Konklusion | A wird bestraft. |

Die juristische Argumentation beschränkt sich allerdings nicht auf einen derartigen einfachen und dreischrittigen Syllogismus: Zu berücksichtigen ist zunächst, dass der juristische Syllogismus zur Begründung einer juristischen Entscheidung nicht nur aus einem Obersatz und einem Untersatz, sondern aus vielen ineinander verschachtelten Syllogismen besteht, wobei die Konklusion immer der Untersatz des Syllogismus ist, in dessen Rahmen er steht.³⁷³ Wird der Syllogismus aussagenlogisch³⁷⁴ dargestellt, wird ferner eingewandt, der Untersatz sei ein singulärer Satz, der in der aussagenlogischen Darstellung nur als genereller Satz formalisiert werden könne.³⁷⁵ Der Kritik entsprechend wird der juristische Syllogismus als Schluss vom Tatbestand (TB) auf die Rechtsfolge (RF), sofern er formalisiert dargestellt werden soll, häufig im Prädikatenkalkül³⁷⁶ präsentiert und formallogisch wie folgt dargestellt:

371 Patzig, *Die aristotelische Syllogistik: logisch-philologische Untersuchungen über das Buch A der "Ersten analytiken"*, S. 13 f.; dass die Syllogismen des Aristoteles keine Schlussregeln, sondern Theoreme der Logik sind, zeigt Łukasiewicz, *Aristotle's syllogistic from the standpoint of modern formal logic*, passim.

372 Herberger / Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, S. 23.

373 Zum Rumpftatbestand und ergänzenden Bestimmungen Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, S. 42 ff. insb. Grafik auf S. 44.

374 Die aristotelische Syllogistik ist keine Aussagenlogik, so Łukasiewicz, *Zur Geschichte der Aussagenlogik*, S. 111 (112 ff.).

375 So die Kritik bei Neumann, *Juristische Logik*, S. 298 (303).

376 Im Prädikatenkalkül ist es möglich, die Generalität des Obersatzes und die Singularität des Untersatzes abzubilden; vgl. Neumann, *Juristische Logik*, S. 298 (303); dass sich der juristische Syllogismus als Teilbereich der Prädikatenlogik erster Stufe interpretieren lässt, legen dar Klug, *Juristische Logik*, S. 48 ff. und Herberger / Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, S. 1124 f., kritisch vgl. Struck, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, S. 46; bzw. Rödig, *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, S. 164 f.

$$\forall x(TBx \rightarrow RFx)$$

TBa

RFa

Dieses prädikatenlogische Grundschema erfährt bei elaborierten Darstellungen formaler Argumentationsmodelle weitere Modifikationen: Koch und Rüßmann beispielsweise erweitern das syllogistische Modell, um der Komplexität einer Entscheidungsbegründung gerecht werden zu können,³⁷⁷ um Junktoren, Quantoren und die Grundsätze deontischer Logik.³⁷⁸ Zudem wird die juristische Argumentation in nicht nur einem, sondern in mehreren Schemata dargestellt,³⁷⁹ wobei im Hauptschema die Entscheidung aus Normen und Tatsachen unmittelbar begründet wird und in Nebenschemata Normen und Fakten – also die Prämissen des Hauptschemas – begründet werden.³⁸⁰ Da die im Folgenden vorzubringenden Einwände allerdings selbst ausgehend von fortgeschrittenen Modellen nicht zurückgewiesen werden können, sollen ausführliche Betrachtungen derartiger Argumentationsmodelle an dieser Stelle nicht erfolgen.³⁸¹

377 Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, S. 30.

378 Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, S. 31 ff.

379 Ähnlich die Differenzierung zwischen interner und externer Rechtfertigung bei Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 273; ursprünglich Wróblewski, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, S. 33 (39); so auch Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (409).

380 Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, S. 56 ff.; so auch die Unterscheidung bei Alexy zwischen interner und externer Rechtfertigung, siehe Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 273 ff.

381 Die im Folgenden erörterten zwei Einwände gegen die Vorstellung des Syllogismus als Argumentationstyp sind nicht neu. Zum Missverständnis juristischer Argumentation als Syllogismus siehe Neumann, *Argumentationstheorie*, S. 19. An dieser Stelle sollen sie dennoch wiederholt werden, da sie einerseits häufig aus falschen Gründen zurückgewiesen werden und andererseits ihnen nicht immer die nötige Beachtung geschenkt wird. So bspw. Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz : zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, S. 67 ff.; Bäcker, *Juristisches Begründen* S. 322.

2. Die Rechtsnorm als Allsatz

Verbunden mit dem Deduktionspostulat ist das Verständnis der Rechtsnorm als echten Allsatz, der sich nicht auf einzelne bedachte Fallkonstellationen beschränkt: Die Rechtsnorm sei keine Regelung *einzelner* vom Gesetzgeber bedachter Fälle, sondern eine Regelung *aller* tatbestandsmäßigen Fälle.³⁸² Das heißt: Die Norm des § 985 BGB bedeutet nicht, dass wer ein Auto, ein Fahrrad, eine Uhr, etc. besitzt, diese dem Eigentümer herausgeben soll, sondern dass *jeder*, der eine Sache besitzt, sie dem Eigentümer herausgeben soll. Die Rechtsnorm definiere ein allgemeines Gesetz, indem es (Tatbestands)Merkmale zur Identifikation derjenigen Fälle ange-

³⁸² So beispielsweise Alchourron, der zum Verständnis der Rechtsnorm als Allsatz Carl G. Hempels Theorie der Erklärung bestimmter Sachverhalte in den empirischen Wissenschaften auf die juristische Begründung angewandt: Nach Hempel sei die Erklärung eines empirischen Ereignisses eine logische Ableitung, deren Folge eine Beschreibung der zu erklärenden Tatsache sei, und deren Prämissen Aussagen zweierlei Art seien: eine Menge allgemeiner Gesetze und eine Menge singulärer Aussagen, welche die ursprünglichen Voraussetzungen beschreiben. Eine Erklärung erfordere dann, dass die zu erklärende Tatsache logisch aus den Prämissen hervorgehe, die Prämissen allgemeine Gesetze enthalten und die Prämissen wahr seien. So wie es Ausdruck des Gravitationsgesetzes ist, dass Dinge herunterfallen oder sich Planeten um die Sonne bewegen, sei es Ausdruck des § 223 Abs. 1 StGB, dass Menschen, die einen anderen Menschen schlagen oder an den Haaren ziehen, bestraft werden. Aufgrund der normativen Natur von Rechtsnormen und der Tatsache, dass die Anwendung der Rechtsnorm ein voluntativer Akt ist, scheint der Vergleich zwar etwas zu hinken. Im Grunde unterscheide sich eine Rechtsnorm von ihrer Natur eines Allsatzes her aber nicht von dem eines Naturgesetzes: Ein empirisches Geschehen – der Einzelfall – werde als spezieller Fall eines generellen Geschehens – der Rechtsnorm – verstanden. Dementsprechend erfordere eine juristische Begründung nach Alchourrón, dass der Inhalt einer Entscheidung eine logische Folge der sie begründenden Umstände sein solle, und die in der Begründung verwendeten normativen Prämissen allgemein sein sollten; siehe Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 334. Dagen lässt sich einwenden, dass sich Rechtsnormen von Naturgesetzen unterscheiden, weil sie Ausnahmen haben können. So kann es nicht sein, dass ein Gegenstand entgegen dem Gravitationsgesetz nicht nach unten fällt, sondern nach oben fliegt, aber es ist durchaus möglich, dass jemand, der einen anderen Menschen schlägt, nicht bestraft wird bzw. werden soll, weil er dabei in Notwehr gehandelt hat. Der Einwand mag insofern berechtigt erscheinen, als dass er einen wichtigen Unterschied zwischen Rechtsnormen und Naturgesetzen verdeutlicht, ist aber ausgehend von dem deduktiven Modell der Rechtsanwendung zu vernachlässigen, da die Rechtsnorm in diesem so behandelt wird, als hätte sie keine Ausnahmen. Die Ausnahmen werden entweder in die Norm integriert und sind von dem Allsatz bereits enthalten, oder die Ausnahmen werden im Rahmen der Interpretation der Norm – jenseits des juristischen Syllogismus – beachtet.

be, welche das allgemeine Gesetz umfasse. Die Rechtsnorm dürfe nicht als Zusammenfassung von Einzelfällen, sondern müsse als eine abstrakte Klassenbeschreibung, welche sich durch die Gesetzgebung von den bei der Setzung bedachten Einzelfällen gelöst habe, begriffen werden. Hat der Gesetzgeber einen Einzelfall bei der Regelung übersehen, ist dies ausgehend von diesem Verständnis der Rechtsnorm im Übrigen unschädlich, da der Allsatz der Rechtsnorm eine rechtliche Beurteilung auch für die nicht explizit bedachten oder benannten Fälle bereitstelle.

Die Rechtsnorm wird als infallibel begriffen: Immer, wenn der Antezedens erfüllt sei, müsse die Rechtsfolge festgestellt werden. Der konkrete Sachverhalt sei darauf zu überprüfen, ob die Merkmale, welche bestimmen, ob ein Fall von der Rechtsnorm umfasst sei, vorliegen. Das Ergebnis dieser Prüfung sei als Untersatz im Syllogismus festzuhalten. Die Prüfung selbst finde dabei – da sie zunächst eine Interpretation des Rechtssatzes erfordert – jenseits des deduktiven Schemas statt.³⁸³ Diese Notwendigkeit von Argumentation außerhalb des syllogistischen Schemas steht dem Deduktionspostulat nicht entgegen, da das Deduktionspostulat nicht bedeutet, dass sich die juristische Argumentation in einem Syllogismus wie dem obigen erschöpfe.³⁸⁴ So betont beispielsweise Alexy mit Recht, dass die Begründung der Richtigkeit der Prämissen nicht im Syllogismus erfolge und dafür eine weitere Argumentation – dies meint Alexy mit der *externen Rechtfertigung* – erforderlich sei.³⁸⁵

3. Die Rolle der juristischen Interpretation

Das Deduktionspostulat führt zu der Herausforderung, dass die (gesetzlichen) Normen unterschiedliche Interpretationen zulassen.³⁸⁶ Deshalb differenziert Alchourrón in *On Law and Logic* zwischen einem Meisterbuch (*master book*), das alle Kodifikationen etc. enthalte, und mehreren Meistersystemen (*master systems*), die jeweils durch unterschiedliche Interpretatio-

383 Statt vieler Fischer, *Analogie und Argument*, S. 201 ff., 269 ff.; a.A. aber z. B. Bäcker, *Juristisches Begründen*, JuS 2019, 321 (324), der auch die Unterprüfungsrituale in Syllogismen begreift, die sich endlos fortsetzen.

384 Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?*, S. III.

385 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 273.

386 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331.

nen des Meisterbuchs entstehen.³⁸⁷ Dabei sei das Ideal, dass sich aus dem Meisterbuch nur ein Meistersystem ergebe – also das Gesetz nur auf eine bestimmte Art und Weise interpretiert werden könne, was ein Maximum an Objektivität bei der juristischen Begründung verhieße, weil kein subjektiver Entscheidungsspielraum bleibe – ein *noble dream*³⁸⁸: Bereits aufgrund der Vagheit der Begriffe und der Ungenauigkeit der Formulierungen sei es nur schwer möglich, verschiedene Interpretationen zu unterbinden.³⁸⁹ Der Rechtsanwender müsse sich also für eine Interpretation entscheiden. Alchourrón vertritt diesbezüglich die Ansicht, die Entscheidung für eine Interpretation sei nicht kreativ, weil es sich dabei um eine logische Konsequenz der bereits existierenden Normen des Systems handle.³⁹⁰ Da sich die Interpretation des Gesetzes allerdings in den seltensten Fällen lediglich auf das Gesetz stütze, sondern Wertungen und das Vorverständnis des Interpreten dabei eine Rolle spielen, handle es sich bei der Interpretation um eine willentliche Entscheidung für ein bestimmtes Normverständnis, welche in dem Sinne kreativ sei, als dass sie nicht in der Norm enthaltene Prämissen zur Entscheidungsgrundlage mache und welche ihrerseits aufgrund des voluntativen Elements begründungsbedürftig sei. Verbindliche Regeln zur Interpretation von Rechtsnormen, die für eine eindeutige Interpretation einer Norm erforderlich wären, gebe es nicht.³⁹¹

Ausgehend vom Deduktionsparadigma erklärt sich das nach wie vor große Interesse für die juristische Methodenlehre:³⁹² Die juristische Methodenlehre dient zur Interpretation rechtlicher Normen und stellt Argumente zur Begründung von Entscheidungen für bestimmte Interpretationen bereit.³⁹³ Mithilfe der juristischen Methodenlehre können Rechtssätze nicht nur ausgelegt und dadurch in ihrem Anwendungsbereich ausgeweitet oder eingeschränkt werden, sondern es können auch Rechtssätze, die in ihrem ursprünglichen Inhalt nicht zur Anwendung taugen, so uminterpretiert werden, dass sie als Obersatz dienen können (bspw. durch

³⁸⁷ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 338.

³⁸⁸ Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, S. 696 ff.

³⁸⁹ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 339 f.

³⁹⁰ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 340.

³⁹¹ Diese fordert Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 347. Die Notwendigkeit erkennen auch andere, was bspw. die heftigen Diskussionen über die Rangfolge von Auslegungsmethoden erklärt.

³⁹² Siehe dazu auch ab S. 38.

³⁹³ Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 414.

eine Analogie).³⁹⁴ Die juristische Methodenlehre dient nicht als Rechtsfindungslehre, sondern als Argumentationslehre, da sie eine Begründung der Norminterpretation ermöglicht.³⁹⁵ Durch die Interpretation wird herausgearbeitet, welche Merkmale tatsächlich bestimmen, welche Fälle von der Rechtsnorm umfasst sind und welche nicht.

4. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Grund für das Festhalten am Deduktionspostulat

Gesetzesbindung kann nicht dadurch garantiert werden, dass die juristische Entscheidung scheinbar logisch aus einem Rechtssatz folgt.³⁹⁶ Im Anschluss an das alte Ideal der logischen Ableitbarkeit juristischer Entscheidungen aus der Norm wird jedoch irrtümlich immer noch vereinzelt vertreten, dass die deduktive Entscheidungsbegründung erforderlich sei, um die Gesetzesbindung der Entscheidung zu garantieren.³⁹⁷ So geht auch Hilgendorf davon aus, dass eine syllogistische Rekonstruktion „die einzige Möglichkeit, die Stringenz der Begründung des Rechtsspruchs aus dem Gesetz zu überprüfen“³⁹⁸, vermeint dabei aber die Herstellung und die Darstellung der Entscheidung.³⁹⁹

Koch und Rüfsmann trennen das Deduktivitätspostulat von dem Gesetzesbindungspostulat und arbeiten die Bedeutung des Deduktivitätspostu-

394 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 2 ff.

395 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 1 Rn. 63 ff. 78 ff.

396 z. B. Weirauch, *Juristische Rhetorik*, S. 37 ff.

397 So beispielsweise Gerlach, *Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägung im Kartellvergaberecht*, S. 51; Lesser, *Die Einwilligung des Patienten. Zur rechtsgeschäftigen Natur der Einwilligung in medizinische Maßnahmen und zur Bedeutung des Patientenrechtsgesetzes*, S. 289; besonders deutlich Lesser, *Die Einwilligung des Patienten. Zur rechtsgeschäftigen Natur der Einwilligung in medizinische Maßnahmen und zur Bedeutung des Patientenrechtsgesetzes*, S. 290: „Ablehnung der Deduktion hieße Ablehnung der Gesetzesbindung.“

398 Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz : zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, S. 86. Dabei richtet sich Hilgendorf explizit gegen das Toulmin-Modell, weil dieses nicht in der Lage sei, die Bindung an das Gesetz auszudrücken. Die Gesetzesbindung auszudrücken ist aber weder der Sinn des Syllogismus noch des Toulmin-Modells.

399 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 17; Dass eine Gesetzesbindung durch Deduktion nicht gelingen kann auch Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, S. 214.

lats für den Gleichbehandlungsgrundsatz heraus:⁴⁰⁰ Denn eine „deduktiv vollständige Entscheidungsbegründung gewährleistet [...] formale Gleichbehandlung. Denn die Gleichbehandlung verlangt insoweit nur, dass die Erfüllung derjenigen Bedingungen, die in einem bestimmten Fall eine bestimmte Rechtsfolge rechtfertigen [...], auch in jedem anderen Fall ausreichen, um dieselbe Rechtsfolge zu begründen.“⁴⁰¹ Ähnlich erfolgt Alexys Begründung der Notwendigkeit einer deduktiven Entscheidungsbegründung. So könne der Sinn der deduktiven Entscheidungsbegründung als Garant zur Bewahrung des Universalisierbarkeitsprinzips, das dem Prinzip der formalen Gerechtigkeit zugrunde liegt und fordert „eine Regel zu beachten, welche die Verpflichtung formuliert, alle Wesen einer bestimmten Kategorie auf eine bestimmte Weise zu behandeln“⁴⁰², angesehen werden.⁴⁰³ Denn wenn das juristische Urteil nicht aus einer Regel logisch folge, „könnte zwar eine Regel in der Begründung angeführt, aber eine beliebige Konklusion behauptet werden.“⁴⁰⁴ Zur Konkretisierung des Universalisierbarkeitsprinzips formuliert Alexy zwei Regeln: (1) „Zur Begründung eines juristischen Urteils muss mindestens eine universelle Norm angeführt werden.“⁴⁰⁵ und (2) „Das juristische Urteil muss aus mindestens einer universellen Norm zusammen mit weiteren Aussagen logisch folgen.“⁴⁰⁶

Die Notwendigkeit der Rechtfertigung durch universelle Regeln begründet Alexy unter Bezugnahme auf Hares Theorie der moralischen Argumentation.⁴⁰⁷ Hare führt die Universalität von Regeln anhand eines deskriptiven Beispiels ein: Die Aussage „Das ist rot“ impliziere die Aussage „Alles, was in den relevanten Aspekten wie das ist, ist rot.“ Wer ersteres zwar annehme, der Regel aber nicht zustimme, gebrauche das Wort „rot“

400 Koch / Rüßmann, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, S. 191; Zur Unterscheidung zwischen dem Gesetzesbindungs- und Deduktivitätspostulat auch Koch, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, S. 11 ff.

401 Koch / Rüßmann, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, S. 191.

402 Perelman, *Über die Gerechtigkeit*, S. 58.

403 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 274.

404 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 275.

405 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 275.

406 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 275.

407 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 278.

nicht richtig.⁴⁰⁸ Dies sei auf präskriptive Ausdrücke übertragbar: Werde die Handlung x als „strafbar“ bezeichnet, weil x bestimmte Eigenschaften aufweise, verpflichte das Universalisierbarkeitsprinzip, alle weiteren Handlungen als „strafbar“ zu bezeichnen, welche dieselben Eigenschaften aufweisen.⁴⁰⁹ Anstelle einer Regel zu formulieren, deren Universalität sich dadurch auszeichne, dass in der Regel keine singulären Eigennamen wie bspw. konkrete Umstände vorkämen, könnte auch gesagt werden, dass alle Handlungen, die wie x sind, wie x behandelt werden sollen.⁴¹⁰ Dabei werde das Prädikat „strafbar“ nur richtig verwendet, wenn, wer den singulären Fall der Strafbarkeit akzeptiert, auch die Regel akzeptiert. Wird eine Handlung demnach als „strafbar“ bezeichnet, steht dahinter die Regel, die besagt, dass die Tatsache, dass die Handlung bestimmte Eigenschaften aufweist, ein Grund dafür ist, diese als „strafbar“ zu bezeichnen.⁴¹¹ Analog zu Hare könnte man sagen: Wenn wir eine juristische Bewertung von einer Handlung vornehmen, machen wir dies, weil die Handlung bestimmte, nicht-rechtliche Eigenschaften aufweist.⁴¹²

Alexys Ansicht, „dass Werturteile, um korrekt zu sein, aus solchen Regeln zusammen mit deskriptiven Aussagen logisch folgen müssen“⁴¹³ entspricht den Erwartungen der Vertreter des Deduktionspostulats, die diesen logischen Schluss mit dem juristischen Syllogismus darstellen wollen.⁴¹⁴ Mittels der Rekonstruktion im Syllogismus soll eine juristische Entscheidung „in möglichst weitem Umfang einer rationalen, formal-logischen Nachprüfung unterzogen werden und [...] ihr im Idealfall stand[halten].“⁴¹⁵

II. Einwände gegen das Deduktionspostulat

Das Deduktionspostulat verstellt, auch aufgrund der damit zusammenhängenden Annahmen über die Funktionsweise der juristischen Argumentati-

408 Hare, *Freedom and Reason*, S. 11.

409 Hare, *Freedom and Reason*, S. 10, 30; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 92.

410 Hare, *Universalisability*, S. 306 f.

411 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 92.

412 „When we make a moral judgement about something, we make it because of the possession by it of certain non-moral properties.“, Hare, *Freedom and Reason*, S. 21.

413 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 94.

414 z. B. auch Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 335.

415 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 16.

on, den Blick auf die Eigenschaft von Recht, Ausnahmen haben zu können. Für die Frage nach dem Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen bleibt nur wenig Raum. Im Folgenden sollen einige Punkte identifiziert werden, an denen vom klassischen Deduktionspostulat abgewichen oder wo dieses ergänzt werden muss, um Regel-Ausnahme-Strukturen adäquat erfassen zu können.

1. Ungeeignetheit klassisch-deduktiven Schließens

Ein erster Einwand gegen den Syllogismus ergibt sich aus der logischen Unvollständigkeit und Widersprüchlichkeit des Rechts: Regel-Ausnahme-Strukturen können im syllogistischen Modell nur dargestellt werden, wenn die Ausnahmen als negative Tatbestandsmerkmale in den Tatbestand integriert werden. Denn zum Umgang mit Widersprüchen eignet sich die klassische Logik und das syllogistische Schlusschema aber bereits deshalb nicht, weil – *ex falso quodlibet* – aus einem Widerspruch alles ableitbar ist.⁴¹⁶ Denn die logische Implikation (\rightarrow) ist nicht nur wahr, wenn beide Prämissen wahr sind, sondern auch immer dann, wenn der Vordersatz falsch ist, weil er z. B. eine Tautologie ist.⁴¹⁷

Ein Widerspruch ergibt sich beispielsweise, wenn jemand in einem Zustand der Schuldunfähigkeit einen Menschen tötet:

| | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------|
| $\forall x(TBx \rightarrow RFx)$ | Wer einen Menschen tötet, wird bestraft. |
| TBa | A hat einen Menschen getötet. |
| RFa | A wird bestraft. |
| $\forall x(SUx \rightarrow \neg RFx)$ | Wer schuldunfähig ist, wird nicht bestraft. |
| SUa | A ist schuldunfähig. |
| $\neg RFa$ | A wird nicht bestraft. |

Logisch kann aus den beiden vorstehenden Syllogismen alles abgeleitet werden – sowohl, dass A bestraft wird, als auch, dass A nicht bestraft wird. Dem Problem des aufkommenden Widerspruchs kann zwar begegnet wer-

416 Vgl. Koch / Trapp, *Richterliche Innovation – Begriff und Begründbarkeit*, S. 83 (91 ff.); Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 22.

417 Dagegen siehe Fischer, *Analogie und Argument*, S. 133.

den, indem die Ausnahme als negatives Tatbestandsmerkmal in die Regel integriert wird:

$\forall x(TBx \wedge \neg SUx \rightarrow RFx)$ Wer einen Menschen tötet und nicht schuldunfähig ist, wird bestraft.

| | |
|------------|-------------------------------|
| TBa | A hat einen Menschen getötet. |
| $\neg SUa$ | A ist nicht schuldunfähig. |

RFa A wird bestraft.

So könnte beispielsweise der Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB um die expliziten Rechtfertigungsgründe der Notwehr aus § 32 Abs. 1 StGB, § 227 Abs. 1 BGB, § 15 OWiG, dem Notstand aus § 34 StGB, § 228 BGB, § 904 S. 1 BGB, § 16 OWiG etc. erweitert werden. Zwar wird teilweise behauptet, dass alle Ausnahmen auch vollständig aufgezählt werden könnten.⁴¹⁸ Dafür müssten allerdings alle Ausnahmefälle im Voraus durchdacht und geregelt werden.⁴¹⁹ Dies könnte durch das Verständnis erreicht werden, dass der konkretisierte Obersatz lediglich die Ausnahmen enthalten müsse, die für die Beurteilung des konkreten Falles erforderlich wären. Vor dem Hintergrund wäre die Unaufzählbarkeit der Ausnahmen zumindest insofern kein Problem.⁴²⁰ Übersehen wird dabei aber, dass die juristische Entscheidung sich nicht nur an ihrer eigenen Begründung, sondern auch

418 Bspw. Dworkin, der eine „Aufzählbarkeitsthese“ vertritt, siehe Dworkin, *Model of Rules II*, S. 59; Terminologie nach Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 21.

419 Vgl. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 13 (16); Gegen die abschließende Definierbarkeit rechtlicher Regeln wendet sich auch die von Karl Larenz prominent gemachte Lehre vom Typusbegriff (vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 460 ff.). In der Diskussion um den Typusbegriff wird immer wieder das Argument vorgebracht, rechtliche Regeln seien zu unscharf und zu unbestimmt, weshalb sie keine Klassenbegriffe formulieren und eine „Subsumtion“ im syllogistischen Sinne deshalb nicht funktioniere; vgl. Puppe, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, S. 15 (25 ff.); Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 37 ff., 42; bis heute ist dies noch strittig und wird – so Bäcker – unter „Defeasibility“ verhandelt, vlg. Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (422); zum Problem auch McCarthy, *Circumscription – A Form of Non-Monotonic Reasoning*; Prakken / Sartor, *The Three Faces of Defeasibility in the Law*, S. 118 ff.

420 Das Ideal ist nicht inkompatisch mit der dynamischen Struktur des Rechts, weil es kontinuierlich Ergänzungen erhält, um einen Teil seines Inhalts zu aktualisieren, siehe Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 333.

an der Rechtsordnung messen lassen muss: Der konkretisierte Obersatz muss nicht nur den etwaigen Einwänden aus dem Sachverhalt und der Begründung standhalten, sondern auch allen potenziellen Erwiderungen aus der angewandten Rechtsordnung. Aus der Perspektive der konkreten Entscheidungsbegründung ergibt sich das Problem der Ausnahmen weniger, da nicht bedachte Ausnahmen mit nichtexistierenden Ausnahmen gleichzusetzen sind. Aus der Perspektive der Rechtsordnung, die in Ausschnitten zur Entscheidungsbegründung herangezogen wird, kann es aber immer Ausnahmen geben – und seien es welche, die sich erst aus einem Wandel der Zeit und einer Veränderung der Umstände entstehen. Die juristische Entscheidungsbegründung muss deshalb derart ausnahmenresistent sein, dass sie die möglichen Ausnahmen zumindest abstrakt mitberücksichtigt.

Auf die Unaufzählbarkeit der Ausnahmen reagieren manche Befürworter des syllogistischen Modells damit, dass die Ausnahmen nur daraus resultieren, dass die Regeln nicht korrekt formuliert seien,⁴²¹ was durch eine „Angstklausel“⁴²² $\neg Ax$, die in den Obersatz eingeführt wird, behoben werden könnte: $\forall x(TBx \wedge \neg Ax \rightarrow RFx)$. $\neg Ax$ bedeutet, dass „hinsichtlich x [...] keine andere Regelung [eingreife]“^{423, 424} Zwar umfasst $\neg Ax$ alle Ausnahmen und beseitigt somit die Gefahr von Widersprüchen im syllogistischen System. Allerdings erfordert die Prüfung des Nichtvorliegens einer Ausnahme einen erneuten Syllogismus, der auf einer Metaebene demselben Problem der Nichtaufzählbarkeit der Ausnahmen begegnet.⁴²⁵ Das Problem würde sich so nur verlagern.⁴²⁶

Mit dem Zurückweisen des Syllogismus ist aber noch nicht gesagt, dass der juristischen Argumentation überhaupt keine deduktive Struktur zugrunde liegt. Der zentrale Punkt des normtheoretischen Einwands ist mithin nicht die Frage, ob Rechtsanwendung *syllogistisch*, d. h. klassisch-deduktiv rekonstruiert werden kann, sondern ob Rechtsanwendung überhaupt *deduktiv* rekonstruiert werden kann. Denn das beständige Festhal-

⁴²¹ Ablehnd Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 4.

⁴²² Terminologie Neumann, *Juristische Logik*, S. 298 (306).

⁴²³ Rödig, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, S. 81.

⁴²⁴ Alexy, *Die logische Analyse juristischer Entscheidung*, Analyse, S. 202 f., Neumann, *Juristische Logik*, S. 306; Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 26.

⁴²⁵ Die Lösung erinnert an die Typentheorie von Russell / Whitehead, *Principia Mathematica*, passim.; die Gödel kritisierte, vgl. Fn. 201.

⁴²⁶ Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 26; der Kritik zustimmend Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (422 f.).

ten am Justizsyllogismus gründet weniger auf der syllogistischen Form als auf dem Grundgedanken der deduktiven Schlüssigkeit der juristischen Entscheidung.

a) Einwände gegen Klassisch-deduktives Schließen

In der zeitgenössischen Diskussion über die *Defeasibility* wird diskutiert, wie sich die Anfechtbarkeit der Rechtsanwendung zum deduktiven Schließen, zum *modus ponens*, oder zur Monotonie verhält: Zum Teil wird anfechtbares Begründen über die deduktive Ungültigkeit von Schlüssen definiert.⁴²⁷ Andererseits wird deduktives Schließen mit monotoner Logik und im Gegensatz dazu anfechtbares Schließen ganz allgemein mit nichtmonotoner Logik identifiziert, wo hinter sich zahlreiche verschiedene Ansätze verborgen.⁴²⁸ Auch der *modus ponens* und die *Antezedenzerweiterung* werden als Inbegriff der deduktiven und monotonen Konzeption als eines der Ziele identifiziert, gegen die sich der „*defeasibility turn*“ im Rechtsdenken richtet.⁴²⁹ An anderer Stelle aber ist vom „*defeasible modus ponens*“⁴³⁰, vom „*defeasible deductive argument*“⁴³¹, vom „*defeasible syllogism*“⁴³² und „*nonmonotonic deducibility*“⁴³³ die Rede. Anstatt das deduktive Schließen völlig zu verbannen, wird beispielsweise eine Erweiterung um Prädikatenlogik und deontische Logik gefordert.⁴³⁴

Im Nachfolgenden soll auf die verschiedenen Ansätze im Einzelnen nicht weiter im Detail eingegangen werden. Denn für die vorliegenden Zwecke reicht es aus, die Grundprinzipien nichtklassisch-deduktiven Schließens zu betrachten. Herausgegriffen wird zu diesem Zweck der instruktive Ansatz von Makinson in *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, da anhand dieses Ansatzes die Schwächen des klassisch-deduktiven Schließens schrittweise verdeutlicht werden können. Die formallogischen Ausführun-

427 Koons, *Defeasible Reasoning*; Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. II; Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 346; Blöser / Janvid, u.a., *Introduction*, S. 7.

428 Koons, *Defeasible Reasoning*; einzelne Ansätze zur Nichtmonotonie betrachtet genauer Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*.

429 Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, S. 161.

430 Koons, *Defeasible Reasoning*.

431 Marín, *Defeasible Properties*, S. 143.

432 Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. II4: „all Ys are normally Zs, and x is Y – is a defeasible reason for – x is Z“.

433 Marín, *Defeasible Properties*, S. 143.

434 Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. 133.

gen stehen zudem in abgesetzten Abschnitten, die dem interessierten Leser ermöglichen sollen, tiefer in die Thematik einzusteigen.

Zur besseren Verständlichkeit soll ein einfaches Fallbeispiel herangezogen werden, dessen argumentative Lösung schrittweise rekonstruiert werden soll:

B bittet seinen Freund A am Ende der Vorlesung, seinen Laptop mit in die Bibliothek zu nehmen, damit B diesen nicht zum Essen in der Mensa mitnehmen muss. Auf dem Weg zur Bibliothek rutscht A, immer noch mit Gedanken in der Vorlesung, auf einer gefrorenen Pfütze aus. Der Laptop des B erleidet dabei einen Totalschaden. A ist haftpflichtversichert. Muss A dem B den Schaden am Laptop ersetzen?

A hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB, weil A das Eigentum des B fahrlässig widerrechtlich verletzt hat. A und B haben keinen Haftungsverzicht vereinbart. Bei Gefälligkeitsverhältnissen ist auf Grundlage von § 242 BGB zwar von einem Haftungsverzicht auszugehen, wenn die Parteien einen entsprechenden Haftungsausschluss vereinbart hätten, falls dies vor der Gefälligkeitsübernahme zur Sprache gekommen wäre. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Schädiger einen derartigen Haftungsausschluss verlangt hätte und der Gefälligkeitsempfänger dem nicht billigerweise entgegengetreten wäre.⁴³⁵ Hätte A dem B auf dessen Bitte erwidert, er würde für eventuelle Beschädigungen des Laptops aber nicht haften müssen, hätte B diesem Verlangen nicht widersprochen. Der stillschweigenden Vereinbarung eines Haftungsverzichts steht aber entgegen, dass B haftpflichtversichert ist. Denn von einem Haftungsverzicht würde nur die Versicherung profitieren, was aber nicht im Interesse der Parteien liegt.⁴³⁶

Eine Rekonstruktion der Argumentation im juristischen Syllogismus würde fehlschlagen: Die Begründung enthält die Regeln (1) „Wer das Eigentum eines anderen fahrlässig verletzt, ist zum Schadensersatz verpflichtet“, (2) „Wer das Eigentum eines anderen fahrlässig verletzt, mit dem er in einem Gefälligkeitsverhältnis steht, ist nicht zum Schadensersatz verpflichtet“ und (3) „Wer das Eigentum eines anderen fahrlässig verletzt, mit dem er in einem Gefälligkeitsverhältnis steht, ist zum Schadensersatz verpflichtet, sofern eine Haftpflichtversicherung besteht“. Nach den Regeln (1) und (3) würde eine Schadensersatzpflicht logisch folgern, nach der Regel (2) hingegen nicht.

435 Daßbach, Gefälligkeitsverhältnisse in der Fallbearbeitung, S. 580.

436 BGH, Urteil vom 26. April 2016 – VI ZR 467/15.

Zwar könnte das Ergebnis nur unter Bezugnahme auf (3) rekonstruiert werden, würden allerdings weitere Fakten hinzutreten, wie beispielsweise, dass die Haftpflichtversicherung den Schaden nicht übernimmt, und auch die Regel (4) „Wer das Eigentum eines anderen fahrlässig verletzt, mit dem er in einem Gefälligkeitsverhältnis steht, ist zum Schadensersatz verpflichtet, sofern eine Haftpflichtversicherung besteht, die den Schaden übernimmt“, würde ein erneuter Widerspruch auftreten.

Dem klassisch-deduktiven Schluss liegt die sog. *klassische Konsequenz* zugrunde: Eine Aussage ist eine Konsequenz von einer Prämissemenge, wenn es keinen Fall gibt, in dem die Prämissen in der Menge alle wahr, die Aussage aber dennoch falsch ist.⁴³⁷ Beispielsweise enthält die Prämissemenge die Sätze „Wer das Eigentum eines anderen fahrlässig widerrechtlich verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ und „A hat das Eigentum des B fahrlässig widerrechtlich verletzt“. Der Satz „A ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ ist eine Konsequenz der Prämissen, weil, sobald die beiden Prämissen wahr sind – also die Regel gilt und A auch tatsächlich das Eigentum des B fahrlässig widerrechtlich verletzt hat – logisch zwingend auch die Schlussfolgerung wahr ist.

*Formallogisch gesprochen: Es sei A eine Menge an Formeln und x eine individuelle Formel. x ist eine Konsequenz von A, d. h. $A \vdash x$ alias $x \in Cn(A)$ gdw. es keine Bewertung v gibt, sodass $v(A) = 1$ während $v(x) = 0$. Oder: gdw. $A \vdash x$.*⁴³⁸ Es sei
 $A = \{ \text{verletzungshandlung} \rightarrow \text{schadensersatz}, \text{verletzungshandlung} \}$.

Nun gilt $A \vdash \text{schadensersatz}$, weil es keine Bewertung v gibt, sodass $v(A) = 1$ während $v(\text{schadensersatz}) = 0$. Oder: Wenn alle Formeln in A wahr sind, ist schadensersatz auch wahr.

Die Eigenschaften der klassischen Konsequenz sind Folgende: Die klassische Konsequenz ist reflexiv bzw. inklusiv, weil $A \vdash a$ wenn auch immer $a \in A$, bzw. $A \subseteq Cn(A)$.⁴³⁹ Weiterhin ist sie kumulativ transitiv, weil wenn auch immer $A \vdash b$ für alle $b \in B$ und $A \cup B \vdash x$, dann gilt $A \vdash x$,

437 Weinberger, *Rechtslogik*, S. 91; Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 4; Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 4.

438 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 4.

439 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 5.

bzw. $A \subseteq B \subseteq Cn(A)$ impliziert $Cn(B) \subseteq Cn(A)$.⁴⁴⁰ Die klassische Konsequenz ist ferner monoton, weil wann auch immer $A \vdash x$ und $A \subseteq B$, dann $B \vdash x$, bzw. wann auch immer $A \subseteq B$, dann $Cn(A) \subseteq Cn(B)$.⁴⁴¹ Kompaktheit bedeutet, dass es bei $A \vdash x$ eine endliche Teilmenge $A' \subseteq A$ mit $A' \vdash x$ gibt, bzw. dass es bei $x \in Cn(A)$ eine endliche Teilmenge $A' \subseteq A$ mit $x \in Cn(A')$ gibt.⁴⁴²

Problematisch wird die Rekonstruktion als klassische Konsequenz dann, wenn weitere Sätze hinzutreten: Denn die Falllösung beschränkt sich nicht auf die Subsumtion unter § 823 Abs. 1 BGB, vielmehr ist der Haftungsverzicht zu diskutieren. Denn trotz Haftpflichtversicherung könnte der Schaden ja an B hängen bleiben, wenn dieser z. B. eine großzügige Selbstbeteiligung vereinbart hat. Umfasst die oben genannte Menge aber auch die Sätze „Wenn ein Gefälligkeitsverhältnis besteht, ist von einem Haftungsverzicht bezüglich durch fahrlässiges Handeln verursachte Schäden auszugehen“ und „Ist von einem Haftungsverzicht bezüglich durch fahrlässiges Handeln verursachte Schäden auszugehen, besteht keine Pflicht, den Schaden zu ersetzen“, ist die Menge inkonsistent, weil sowohl die Verpflichtung zum Schadensersatz als auch die Zurückweisung dieser Verpflichtung Konsequenzen der Menge sind.

Es sei B die um das Problem des Haftungsverzichts erweiterte Menge:

$$B = \{ \text{verletzungshandlung} \rightarrow \text{schadensersatz}, \\ \text{gefälligkeitsverhältnis} \rightarrow \text{haftungsverzicht}, \\ \text{haftungsverzicht} \rightarrow \neg \text{schadensersatz}, \\ \text{gefälligkeitsverhältnis, verletzungshandlung} \}$$

Diese Menge ist inkonsistent, da sie sowohl schadensersatz als auch \neg schadensersatz zur Folge hätte.

Um diesen Widerspruch zu verhindern, ist eine weitere Regel erforderlich, die verhindert, dass beide zum widersprechenden Ergebnis führende Regeln angewendet werden. An späterer Stelle wird darauf einzugehen sein, welche verschiedenen Möglichkeiten es dafür gibt, an dieser Stelle soll dazu die lediglich den Widerspruch beseitigende Regel

440 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 5.

441 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 5.

442 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 6.

schadensersatz $\wedge \neg$ schadensersatz $\longrightarrow \neg$ schadensersatz hinzugefügt werden. Es gilt also:

$B' = \{verletzungshandlung \rightarrow schadensersatz,$
 $gefälligkeitsverhältnis \rightarrow haftungsverzicht,$
 $haftungsverzicht \rightarrow \neg schadensersatz,$

*schadensersatz $\wedge \neg$ schadensersatz $\longrightarrow \neg$ schadensersatz
gefälligkeitsverhältnis, verletzungshandlung\}*

*Es gilt dann $B' \vdash \neg$ schadensersatz, weil es keine Bewertung v gibt,
sodass $v(B') = 1$ während $v(\neg$ schadensersatz) = 0.*

Die klassische Konsequenz ist *monoton*: Wenn eine Aussage eine Konsequenz einer Prämissenmenge ist, ist diese immer noch eine Konsequenz der Prämissenmenge, wenn die Prämissenmenge um weitere Prämissen erweitert wird. Beispielsweise ist die Konsequenz von „zwei plus zwei“ ausgehend von den Prämissen der natürlichen Zahlen (alle positiven ganzen Zahlen) und der Grundrechenart „Plus“ „vier“. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Grundrechenart „Minus“ eingeführt wird oder die Menge der natürlichen Zahlen um negative Zahlen erweitert wird.

In der juristischen Argumentation ist dies anders:⁴⁴³ Ausgehend von § 823 Abs. 1 BGB und der Feststellung, dass A das Eigentum des B fahrlässig widerrechtlich beschädigt hat, ist die Schadensersatzpflicht des A eine Konsequenz. Werden weitere Informationen hinzugefügt – wie bspw. dass ein Gefälligkeitsverhältnis besteht und deshalb keine Schadensersatzpflicht für die aus fahrlässiger Pflichtverletzung entstehenden Schäden besteht – wirkt sich das aber auf die Konsequenz aus, weil sie nicht mehr ableitbar ist oder mit anderen Konsequenzen im Widerspruch schließt. Weil es im Rahmen der Rechtsanwendung unmöglich ist, im Voraus alle Prämissen abschließend zu benennen, kann die Konsequenz, die der Rechtsanwendung zugrunde liegt, keine *monotone*, sog. *klassische* Konsequenz sein, sondern muss eine *nichtmonotone*, sog. *supraklassische* Konsequenz sein. Dem normtheoretischen Einwand, dass dem logischen Schluss von der Norm und dem Sachverhalt auf das Rechtsanwendungsergebnis das Problem entgegenstehen kann, dass eine andere Norm ebenso anwendbar ist und – *ex contradictione sequitur quodlibet* – jedes Urteil ableitbar ist, ist mithin entgegenzuhalten, dass er nur für die klassische Logik zutrifft.

⁴⁴³ Zur Nichtmonotonie juristischen Argumentierens auch Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 109 ff.

Zur Begriffsklärung ist an dieser Stelle festzuhalten, dass auch nichtmonotones Schließen deduktiv ist und damit auch die nichtklassische Konsequenz einen deduktiven Schluss darstellt. Allerdings handelt es sich bei Rechtsanwendung nicht um klassisch-deduktives Schließen: „*Deduktive Rechtsanwendung*“ an sich sagt nichts über die Monotonie aus. Rechtliche Schlüsse sind zwar aufgrund der Anfechtbarkeit rechtlicher Schlüsse *klassisch*-deduktiv ungültig, aber dennoch *nichtklassisch*-deduktiv gültig. Denn ein *klassisch*-deduktiver Schluss ist kein anfechtbarer Schluss, ein *nichtklassisch*-deduktiver Schluss hingegen kann anfechtbar sein. Ein „*defeasible modus ponens*“⁴⁴⁴, ein „*defeasible deductive argument*“⁴⁴⁵ oder ein „*defeasible syllogism*“⁴⁴⁶ sind nicht-klassisch.

Der Ursprung der Ungeeignetheit des juristischen Syllogismus zur Berücksichtigung von potenziellen Ausnahmen liegt folglich in der hinter dem Syllogismus stehenden klassisch-deduktiven Logik. Die für den Juristen verlockende Vorstellung eines klassisch-deduktiven Schlusses, der zwingend, d. h. nicht anfechtbar ist – der Fall, dass die Prämissen wahr und die Konklusion falsch sind, ist in klassischer Logik logisch unmöglich⁴⁴⁷ – ist folglich aufzugeben. Verabschieden müssen sich die Juristen aber nur von dem klassisch-deduktiven Schluss, nicht vom deduktiven Schließen an sich, und auch nicht von der Logik: Denn die Logik stellt weiterhin wertvolle „*Kriterien zur Beurteilung der Gültigkeit beliebiger angeblicher Argumente*“⁴⁴⁸ bereit.

b) Möglichkeiten nichtklassisch-deduktiven Schließens

Nichtmonotones Begründen meint, dass eine Konklusion, die ausgehend von den gegebenen Informationen hergeleitet wurde, zurückgezogen werden kann, wenn neue Informationen hinzutreten, selbst wenn dies die an-

444 Koons, *Defeasible Reasoning*.

445 Marín, *Defeasible Properties*, S. 143.

446 Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. 114: „all Ys are normally Zs, and x is Y – is a defeasible reason for – x is Z“.

447 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 274.

448 Stegmüller, *Probleme und Resultate der wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie. Bd. 1: Erklärung - Begründung - Kausalität*, S. 40.

fangs verfügbaren Informationen nicht berührt.⁴⁴⁹ Stellenweise wird Nicht-monotonie mit *defeasibility* gleichgesetzt.⁴⁵⁰

*Die Verpflichtung zum Schadensersatz, die sich aus § 823 I BGB und der Tatsache, dass A das Eigentum des B fahrlässig widerrechtlich verletzt hat, herleiten ließ, kann zurückgezogen werden, wenn beispielsweise die Information hinzutritt, dass die Verletzungshandlung im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses erfolgt ist. Eine Konsequenzrelation wird nicht-monoton genannt, gdw es möglich ist, dass A ⊢ x und A ∪ B ⊯ x.*⁴⁵¹

Die nichtmonotone Eigenschaft rechtlicher Schlüsse kann aus logischer Sicht darauf zurückgeführt werden, dass weitere Annahmen oder weitere Regeln hinzutreten, die sich auf die Konsequenz auswirken.⁴⁵² Dieses Hinzutreten von Annahmen (*default-assumptions*) und Regeln (*default rules*) soll deshalb näher betrachtet werden. Konsequenzrelationen, die ein Hinzutreten von Annahmen oder Regeln erlauben, werden *paraklassische Relationen* genannt: Mithilfe von ihnen kann mehr aus den Prämissen gefolgert werden, als dies nach der klassischen Logik möglich ist.⁴⁵³

(i) Schließen mit vorausgesetzten Annahmen (default-assumptions)

Juristische Entscheidungen sind in zweifacher Hinsicht relativ, nämlich mit einem Zeit- und Systemindex versehen.⁴⁵⁴ Hinter jeder juristischen Entscheidung stehen bestimmte aus der Zeit und dem System resultierende Annahmen, die weder explizit gemacht noch hinterfragt werden, aber die dennoch Auswirkungen auf die konkrete juristische Entscheidung haben.

449 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 2.

450 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 4: "This phenomenon, that additional information can make a conclusion underrivable which would be derivable in the absence of this information, is called the *defeasibility* of arguments."

451 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 2.

452 Natürlich ist es auch möglich, die Anfechtbarkeit des Rechts auf andere Faktoren zurückzuführen. In der nichtmonotonen Logik werden aber insbesondere die beiden geannnten Ansätze diskutiert, weiterhin gibt es noch die *default-valuation* consequence, die aber zum selben Ergebnis wie die *default-assumption* consequence führt und deshalb hier nicht näher betrachtet wird. Ausführlich dazu siehe Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 18, 59 ff.

453 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 276.

454 Siehe oben S. 70 f.

Auch weitere unausgesprochene Prämissen können und müssen zu einem gewissen Grad einer juristischen Entscheidung vorausgehen. Die Rolle der sog. „vorausgesetzten Annahmen“⁴⁵⁵ für das Verstehen und damit auch das Argumentieren ist Gegenstand der Hermeneutik.⁴⁵⁶ Zentrale Idee bei Gadamer ist, dass das Verstehen eines Textes auf einem Vorverständnis – also auf bestimmten, dem Verstehen vorausgehenden Prämissen, nämlich den vorausgesetzten Annahmen – basiert, das durch das fortschreitende Verstehen des Textes auch revidiert werden kann.⁴⁵⁷ Spätestens seit Esser ist das Vorverständnis auch als ein die juristische Entscheidung beeinflussender Faktor anerkannt: Durch seine Methodenkritik in „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ hat er die Wichtigkeit von vorausgesetzten Annahmen für die juristische Entscheidung und damit auch die juristische Argumentation betont: Die Methodenwahl und damit die Entscheidung für ein Auslegungsergebnis hängt ganz entscheidend von externen, nicht im Urteil genannten Parametern ab.⁴⁵⁸ Der Begriff des Vorverständnisses umfasst nicht nur Vorüberlegungen, sondern alle Kenntnisse, Grundvorstellungen, Erfahrungen, dogmatische und außerdogmatische Wertungen und Prinzipien.⁴⁵⁹ Ob das Vorverständnis gleichbedeutend damit ist, dass die methodischen Argumente nur als Fassade diene, „um das vorgefasste Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen“⁴⁶⁰, und damit, welche Rolle das Vorverständnis tatsächlich einnimmt, mag an dieser Stelle dahinstehen.⁴⁶¹ Festzuhalten ist allerdings, dass das Vorverständnis aus der juristischen Entscheidungsfindung und damit auch der juristischen Argumentation nicht wegzudenken ist. Rechnung trägt dem das sog. „Schließen mit vorausgesetzten Annahmen“: Dabei wird bei der Bestimmung, welche Konsequenz aus einer Prämissenmenge folgt, neben

⁴⁵⁵ Übersetzt wird dies häufig als „Schließen mit Standardannahmen“, zur besseren Verständlichkeit wird hier aber weiterhin der an früherer Stelle eingeführte Begriff der vorausgesetzte Annahme verwendet.

⁴⁵⁶ Ausführlich ab S. 171.

⁴⁵⁷ Gadamer, *Gesammelte Werke. Hermenutik I, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, S. 271; siehe dazu Gander, *Erhebung der Geschichtlichkeit des Verstehens zum hermeneutischen Prinzip*, S. 94.

⁴⁵⁸ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, S. 7 f.

⁴⁵⁹ Schäfer, *Methode und Zivilrecht bei Josef Esser*, S. 293 ff.

⁴⁶⁰ So der Vorwurf bei Rüthers, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, S. 54.

⁴⁶¹ Äußerst kritisch über das Vorverständnis äußert sich auch Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 22 f., der in der Methodenlehre aber einen Weg sieht, das Vorverständnis zu korrigieren.

der Prämissenmenge zusätzlich eine Menge an vorausgesetzten Annahmen, welche den Prämissen vorausgehen, berücksichtigt.

Der Übergang von der klassischen Konsequenz zum Schließen mit vorausgesetzten Annahmen erfolgt bei Makinson über den Zwischenschritt des sog. enthymematischen Schließens (pivotal-assumptions consequence).

Es sei L die Menge aller Formeln einer propositionalen Sprache. Es sei $K \subseteq L$ eine feste Menge an Formeln, A irgendeine Menge an Formeln und x eine individuelle Formel. x ist eine Konsequenz von A vor dem Hintergrund der Menge von Annahmen K , d. h. $A \vdash_K x$ alias $x \in Cn_K(A)$ gdw. es keine Bewertung v gibt, sodass $v(K \cup A) = 1$ während $v(x) = 0$. Oder: gdw. $K \cup A \vdash x$. Eine Relation oder Operation wird enthymematischer Schluss (pivotal-assumption consequence) genannt, gdw. sie mit \vdash_K (bzw. Cn_K) für eine Menge K an Formeln identisch ist.⁴⁶² \vdash_K ist supraklassisch, das heißt nicht unter Einsetzung abgeschlossen.⁴⁶³ Weiterhin ist \vdash_K reflexiv, kumulativ transitiv und monoton, prämissendisjunktiv und kompakt.⁴⁶⁴

Das Problem beim enthymematischen Schließen ist, dass die Kollision einer Annahme mit einer Hintergrundannahme zu einer inkonsistenten Prämissenmenge führt, aus der – ex contradictione sequitur quodlibet – alles gefolgert werden kann. Deshalb soll die Folgerung nach dem vollen Schnitt eingeführt werden, wobei die Annahmemenge K jeweils nur teilweise zur Verfügung steht, und von der Prämissenmenge A abhängt: Zum Schließen werden jeweils nur die Hintergrundannahmen verwendet, die mit A maximalkonsistent sind.⁴⁶⁵

Die Menge der vorausgesetzten Annahmen ist – wie das Vor-Urteil bei Gadamer⁴⁶⁶ – im Prozess revidierbar: Beim Schließen mit vorausgesetzten Annahmen dürfen die vorausgesetzten Annahmen, aus denen eine Aussage über die Konsequenz abgeleitet wird, nicht ohne weiteres herangezogen werden. Denn es können nur die vorausgesetzten Annahmen berücksichtigt werden, die nicht im Widerspruch mit den Prämissen stehen. Geht ein Rechtsanwender bei der Lösung rechtlicher Probleme von der vorausge-

462 Makinson, Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic, S. 24.

463 Fuhrmann, Philosophische Logik, S. 277.

464 Fuhrmann, Philosophische Logik, S. 278.

465 Fuhrmann, Philosophische Logik, S. 281.

466 Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 282.

setzte Annahme aus, dass, wer einen Straftatbestand verwirklicht hat, auch rechtswidrig gehandelt hat, steht aber in dem zu beurteilenden Fall fest, dass aus Notwehr gehandelt wurde, muss er die vorausgesetzte Annahme fallen lassen.

Welcher Teil zur Verfügung steht, hängt von der Prämissenmenge ab. Übertragen bedeutet dies, dass es immer auf den konkreten Einzelfall ankommt, welche Normen und welche dogmatischen Grundsätze heranzuziehen sind. Zur Bestimmung, welche Prämissen ausgehend von den vorausgesetzten Annahmen zum Schließen verwendet werden dürfen, ist zu prüfen, welche vorausgesetzten Annahmen mit der Prämissenmenge konsistent, d. h. widerspruchsfrei sind.⁴⁶⁷ Häufig wird es dabei möglich sein, sich zwischen verschiedenen vorausgesetzten Annahmen zu entscheiden, die jeweils für sich, aber nicht miteinander mit der Prämissenmenge konsistent sind. Deshalb wird in der Logik vorgeschlagen, nur die vorausgesetzten Annahmen zuzulassen, die in allen möglichen Kombinationen, die mit der Prämissenmenge konsistent sind, enthalten sind. Bei der Auswahl der vorausgesetzten Annahmen ist das Gebot zu beachten, dass möglichst wenige vorausgesetzten Annahmen entfernt werden sollen.⁴⁶⁸

Es sei K_A die Familie aller maximal A-konsistenten Teilmengen einer Menge K. Die Konsequenz $|_{\sim_K}$ vor dem Hintergrund der vorausgesetzten Annahmen K wird definiert als $A|_{\sim_K} x$ gdw $K' \cup A \vdash x$ für jede Teilmenge $K' \subseteq K$, die mit A maximalkonsistent ist.⁴⁶⁹ Eine Relation oder Operation wird Schluss mit vorausgesetzten Annahmen genannt, gdw sie mit $|_{\sim_K}$ bzw. C_K für eine Menge K an Formeln identisch ist.⁴⁷⁰ Als Operation wird der volle Schnitt wie folgt definiert: $C_K(A) = \bigcap \{Cn(K' \cup A) : K' \in K_A\}.$ ⁴⁷¹

Das bedeutet, dass zunächst alle Teilmengen und Hintergrundannahmen bestimmt werden, die mit der Prämissenmenge A maximalkonsistent sind – das geschieht durch $Cn(K' \cup A) : K' \in K_A$. Sind die Teilmengen verschieden, wird nur der volle Schnitt, d. h. der gemeinsame Kern dieser Teilmengen.

⁴⁶⁷ Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 31; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 280.

⁴⁶⁸ Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 281.

⁴⁶⁹ Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 31.

⁴⁷⁰ Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 31.

⁴⁷¹ Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 31; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 280.

gen als Annahmen beim Folgern aus A berücksichtigt.⁴⁷² Der Unterschied zwischen dem enthymematischen Schließen und dem Schließen mit vorausgesetzten Annahmen besteht mithin darin, dass bei letzterem nicht alle Hintergrundannahmen zur Verfügung stehen.

Beispielsweise enthalte die Menge der vorausgesetzten Annahmen die Sätze:

- (1) „Wer ein Mörder ist, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ (kurz: $m \rightarrow l$),
- (2) „Wer heimtückisch tötet, ist ein Mörder“ (kurz: $h \rightarrow m$), und
- (3) „Wer einen arg- und wehrlosen Menschen tötet, tötet heimtückisch“ (kurz: $a \rightarrow h$).

Hat eine über Jahre tyrannisierte Frau F ihren Ehemann im Schlaf erschossen, liegen ferner folgende Prämissen der rechtlichen Beurteilung zugrunde:

- (4) „F hat ein arg- und wehrlosen Menschen getötet“ (kurz: a),
- (5) „Wer von dem Opfer jahrelang tyrannisiert wurde, wird nicht mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft“⁴⁷³ (kurz: $t \rightarrow \neg l$), und
- (6) „F wurde von E jahrelang tyrannisiert“ (kurz: t).

Wenn man nun die Prämissen und alle vorausgesetzten Annahmen gemeinsam berücksichtigt, lässt sich ableiten, dass die F mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe und nicht mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu bestrafen ist.

Es sei $K = \{m \rightarrow l, h \rightarrow m, a \rightarrow h\}$ und $A = \{a, t, t \rightarrow \neg l\}$. K ist mit A inkonsistent. Es gibt drei verschiedene maximal A-konsistente Teilmengen von K: $K_1 = \{m \rightarrow l, h \rightarrow m\}$, $K_2 = \{m \rightarrow l, a \rightarrow h\}$ und $K_3 = \{h \rightarrow m, a \rightarrow h\}$. Eine Formel x ist eine Standardannahmenkonsequenz von A vor dem Hintergrund K, d. h. $x \in C_K(A)$, gdw. $x \in Cn(K_i \cup \{a, t, t \rightarrow \neg l\})$ für $i = 1, 2, 3$. Es ist
 $Cn(K_1 \cup \{a, t, t \rightarrow \neg l\}) = Cn(\{\neg m, \neg l, \neg h, a, t\})$,
 $Cn(K_2 \cup \{a, t, t \rightarrow \neg l\}) = Cn(\{\neg m, \neg l, h, a, t\})$ und
 $Cn(K_3 \cup \{a, t, t \rightarrow \neg l\}) = Cn(\{h, m, a, t, \neg l\})$.

Das heißt, $x \in C_K(A)$ gdw. x in allen der drei Mengen ist, d. h. gdw. x eine

472 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 281.

473 BGH, Urteil vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

klassische Konsequenz der Disjunktion ($a \wedge t \wedge \neg l \wedge \neg m \wedge \neg h$) \vee ($a \wedge t \wedge \neg l \wedge \neg m \wedge h$) \vee ($a \wedge t \wedge \neg l \wedge m \wedge h$) ist. Es gilt also:

$$C_K(A) = Cn(a \wedge t \wedge \neg l \wedge ((\neg m \wedge \neg h) \vee (\neg m \wedge h) \vee (m \wedge h))) = \\ Cn(a \wedge t \wedge \neg l \wedge (\neg m \vee h)).$$

Um dies zu verhindern, gibt es rein logisch betrachtet drei Möglichkeiten, in denen möglichst wenige vorausgesetzten Annahmen eliminiert werden: Es könnte zurückgewiesen werden, dass alle Mörder mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft werden (1), es könnte zurückgewiesen werden, dass, wer heimtückisch tötet, ein Mörder ist (2), und es könnte zurückgewiesen werden, dass, wer einen arg- und wehrlosen Menschen tötet, heimtückisch tötet (3). Die drei Lösungsansätze sind logisch gleichberechtigt, nicht aber rechtlich: So steht der dritten Möglichkeit entgegen, dass die Tötung eines arg- und wehrlosen Menschen paradigmatisch für eine heimtückische Tötung ist.⁴⁷⁴ Und gegen die zweite Lösung spricht, dass sie dem klaren Gesetzeswortlaut widerspricht.⁴⁷⁵ Würde man den Ansatz der Logik, nur die vorausgesetzten Annahmen zuzulassen, die in allen möglichen Kombinationen, die mit der Prämissenmenge vereinbar sind, enthalten sind, würde das bedeuten, dass man neben den Prämissen (4) bis (6) ausgehend von den vorausgesetzten Annahmen lediglich sagen könnte: „*F ist keine Mörderin oder hat heimtückisch getötet.*“ Damit ist für die juristische Argumentation wenig gewonnen. Vielmehr ist als Ergebnis gewollt, dass BGH § 49 StGB analog angewandt und die Angeklagte so trotz Feststellung des Mordes nicht zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wird – verworfen werden muss letztlich also $m \rightarrow l$ unter Rückgriff auf eine gesetzliche Ausnahme.⁴⁷⁶ $h \rightarrow m$ kann nicht verworfen werden, ohne sich offen dem Gesetzeswortlaut zu widersetzen.⁴⁷⁷ Und für den Erhalt von $a \rightarrow h$ spricht, dass die Tötung eines Schlafenden quasi das Musterbeispiel für eine heimtückische Tötung ist, und ein Zurückstellen die ganze Rechtsprechung zur Heimtücke infrage stellen würde.⁴⁷⁸ Dieses Ergebnis ist bis hierhin allerdings nicht feststellbar.

⁴⁷⁴ Küper, "Heimtücke" als Mordmerkmal - Probleme und Strukturen, S. 744 f.; Kudlich, Heimtückemord an einem Schlafenden, S. 901.

⁴⁷⁵ BGH, Urteil vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

⁴⁷⁶ BGH, Urteil vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

⁴⁷⁷ In § 211 II StGB heißt es: „Mörder ist, wer [...] heimtückisch [...] einen Menschen tötet.“

⁴⁷⁸ Der Leitsatz von BGH NJW 1969, 2292 lautet dementsprechend: „Heimtückisch handelt in der Regel, wer einen Schlafenden tötet.“ Und in den Urteilsgründen:

Der volle Schnitt ist nicht unbedingt die beste Methode, um die Menge an verwendbaren Hintergrundannahmen festzustellen.⁴⁷⁹ Deshalb ist ein nichtwillkürliches Verfahren f erforderlich, wonach über $f(K_A)$ bestimmt wird, welche Menge aus der mit A konsistenten Mengen K_A herangezogen werden soll.⁴⁸⁰

Problematisch ist beim Konzept der vorausgesetzten Annahmen also die Auswahl der zu berücksichtigenden vorausgesetzten Annahmen.⁴⁸¹ In der Logik werden diesbezüglich zahlreiche Ansätze diskutiert, die beispielsweise darauf beruhen, dass die Gemeinsamkeit nur mancher statt aller konsistenten Mengen an vorausgesetzten Annahmen betrachtet wird, oder dass entgegen der Regel, dass möglichst wenige vorausgesetzten Annahmen verworfen werden, auch kleinere konsistente Mengen betrachtet werden.⁴⁸² Bei der Auswahl von vorausgesetzten Annahmen im rechtlichen Kontext stellt sich das Problem, dass bestimmte vorausgesetzten Annahmen vorrangig vor anderen zu verwerfen sind. So ist eine subjektive Rechtsauffassung eher zu verwerfen als eine höchstrichterlich mehrfach bestätigte dogmatische Position. Zudem gibt es vorausgesetzte Annahmen, wie das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit oder der Menschenwürde, die keinesfalls verworfen werden dürfen. In der Logik werden zwei Möglichkeiten vorgebracht, mithilfe derer diese Anforderungen rekonstruiert werden können: *Bedingungen* und *abgeschirmte Annahmen*.

Abgeschirmte Annahmen sind bestimmte vorausgesetzte Annahmen aus der Menge aller vorausgesetzten Annahmen, welche nicht verworfen werden dürfen.⁴⁸³ Dazu gehören beispielsweise gesetzliche Normen, deren Verwerfungsmonopol das BVerfG innehaltet. Insbesondere umfassen sie Verfassungsnormen, die zur Auslegung herangezogen werden müssen.

„Der Schlafende ist in aller Regel arglos, wenn er einschläft. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, daß ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit.“

479 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 282–284.

480 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 284.

481 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 284.

482 Nach Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 42, lassen sich alle Ansätze hierzu in drei Gruppen einteilen: Teilschnittoperationen (*partial meet operations*), *submaximal operations* und *intersection-free operations*.

483 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 293 f.; Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 43.

Es sei $K_0 \subseteq K$ eine Menge an abgeschirmten Annahmen. Die abgeschirmte Folgerung (screened consequence) aus A unter anfechtbaren Annahmen K und abgeschirmten Annahmen K_0 wird definiert als $C_{KK_0}(A) = \bigcap \{Cn(K' \cup A) : K_0 \subseteq K' \subseteq K \text{ und } K' \in K_A\}$.⁴⁸⁴ Es sei $K_0 = \{a \rightarrow h\}$. Dann ist $C_{KK_0}(A) = Cn(a \wedge t \wedge \neg l \wedge h)$, weil $K_1 = \{m \rightarrow l, h \rightarrow m\}$ nicht mehr berücksichtigt werden darf – ansonsten gilt $K_0 \not\subseteq K'$ –, sondern nur $K_2 = \{m \rightarrow l, a \rightarrow h\}$ und $K_3 = \{h \rightarrow m, a \rightarrow h\}$.

Während abgeschirmte Annahmen privilegierte vorausgesetzte Annahmen sind, sind Bedingungen keine vorausgesetzten Annahmen, sondern zusätzliche Prämissen, welche nicht in der Menge der vorausgesetzten Annahmen enthalten sind und einschränken, auf welche vorausgesetzten Annahmen zurückgegriffen werden darf.⁴⁸⁵ Dazu können beispielsweise die logischen Denkgesetze, die Grundregeln der juristischen Methodenlehre, aber auch inhaltliche Grenzen wie der Menschenwürdegrundsatz etc. gehören. Dadurch sind bestimmte vorausgesetzte Annahmen – wie beispielsweise der unbedingte Vorrang der grammatischen Auslegung – von vornherein ausgeschlossen.

Es sei B eine Menge an Bedingungen. Die Poole-Folgerung wird definiert als: $C_{KB}(A) = \bigcap \{Cn(K' \cup A) : K' \in K_{A \cup B}\}$.⁴⁸⁶ Ist $B = \{m\}$, wird nun nicht nur $K_1 = \{m \rightarrow l, h \rightarrow m\}$, sondern auch $K_2 = \{m \rightarrow l, a \rightarrow h\}$ exkludiert, somit ist $K_3 = \{h \rightarrow m, a \rightarrow h\}$ die einzige maximalkonsistente Teilmenge von K . Es gilt dann $C_{KB}(A) = Cn(K_3 \cup A) = Cn(a \wedge t \wedge \neg l \wedge h \wedge m)$.

Im juristischen Kontext bietet sich eine Kombination von abgeschirmten Annahmen und Bedingungen an. Zwar könnten – rein logisch betrachtet – alle Bedingungen auch als abgeschirmte Annahmen begriffen werden. Durch die Unterscheidung aber kann deutlich gemacht werden, dass es neben den – inhaltlichen – vorausgesetzten Annahmen bestimmte Prämissen gibt, die nicht direkt, sondern nur mittelbar die Begründungsgrundlage bilden, indem sie die Auswahl der Prämissen determinieren.

⁴⁸⁴ Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 43; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 294.

⁴⁸⁵ Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 293.

⁴⁸⁶ Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 292.

(ii) Schließen mit vorausgesetzte Regeln (default-rules)

Das Denken juristischer Argumentation mit vorausgesetzten Annahmen ist insofern unbefriedigend, als dass sie eine Differenzierung zwischen singulären Tatsachenannahmen und relationalen Beziehungen – wie Normen – vernachlässigt. Dieses Problem nimmt die Logik der vorausgesetzten Regeln⁴⁸⁷ in den Blick. Als Regel wird dabei hier zunächst eine binäre Relation, das heißt, eine Verknüpfung von zwei Aussagen verstanden.⁴⁸⁸

Regeln werden dabei als geordnete Paare von Formeln verstanden und als $a \Rightarrow c$ geschrieben.⁴⁸⁹ Regeln sind binäre Relationen über der Sprache, $R \subseteq L^2$.⁴⁹⁰ Eine Regel mit mehreren Prämissen wird als Konjunktion der Prämissen dargestellt: ($a_1 \wedge \dots \wedge a_n, c$).⁴⁹¹ Es sei R eine Menge von Regeln, A eine Formelmenge und x eine beliebige Formel, und $R(A)$ ist das Bild der Formelmenge A unter den Regeln in R : $x \in R(A)$ gdw. $\exists a \in A : a \Rightarrow x \in R$.⁴⁹² Eine Formelmenge A ist unter einer Regelmenge R abgeschlossen, wenn $R(A) \subseteq A$, d. h. gdw. bei $a \in A$ und $(a, x) \in R$ gilt $x \in A$.⁴⁹³

Dementsprechend wird das regel-enthymematische Schließen (pivotal-rule consequence) definiert: x ist eine Konsequenz von A vor dem Hintergrund der Regelmenge R gdw. x in allen Erweiterungen von A , die unter Cn und R abgeschlossen sind, enthalten ist:⁴⁹⁴ $x \in Cn_R(A)$ gdw. $x \in \bigcap \{X \supseteq A : Cn(X) \subseteq X \text{ und } R(X) \subseteq X\}$.⁴⁹⁵ Eine Operation wird regel-enthymematischer Schluss (pivotal-rule consequence) genannt, wenn sie mit Cn_R identisch für eine Menge R an Regeln ist.

Der Regel-enthymematische Schluss kann auch induktiv definiert werden: Dazu sei $\langle R \rangle$ eine feste Ordnung der Menge an Regeln R . Die Operation

487 Analog wird hier default-rules anstatt üblich mit „Standardregeln“ mit „Hintergrundregeln“ übersetzt.

488 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 85.

489 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 295.

490 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 85.

491 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 295.

492 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 295.

493 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 85; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 295.

494 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 86.

495 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 296.

$Cn_{\langle R \rangle}$ wird definiert durch $Cn_{\langle R \rangle}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ mit $A_0 = Cn(A)$ und $A_{n+1} = Cn(A_n \cup \{x\})$, wobei (a, x) die erste Regel in $\langle R \rangle$ mit $a \in A_n$ aber $x \notin A_n$. Wenn es eine derartige Regel nicht gibt, gilt $A_{n+1} = A_n$.⁴⁹⁶ Es gilt $Cn_R = Cn_{\langle R \rangle}$.⁴⁹⁷

Problematisch ist, dass Cn_R zu inkonsistenten Mengen führen kann:

Beispiel: $R = \{(h, m), (m, l), (\neg s, \neg l)\}$ die Menge der Regeln „Wer heimtückisch tötet, ist ein Mörder“ (§ 211 II Alt. 5 StGB), „Wer Mörder ist, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ (§ 211 I StGB) und „Bei deutlich geringerer Schuld wird nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ (nach § 49 I Nr. 1 StGB). Dabei sei $\langle R \rangle = \langle (h, m), (m, l), (\neg s, \neg l) \rangle$ die Ordnung der Menge an Regeln R . Es sei $A = \{h, \neg s\}$. Dann ist $A_0 = Cn(A) = Cn(\{h, \neg s\})$ und $A_1 = Cn(A_0 \cup \{m\}) = Cn(\{h, \neg s, m\})$, und $A_2 = Cn(A_1 \cup \{l\}) = Cn(\{h, \neg s, m, l\})$, und $A_3 = Cn(A_2 \cup \{\neg l\}) = Cn(\{h, \neg s, m, l, \neg l\})$. Da es keine weiteren in R enthaltenen Regeln gibt, die noch nicht angewendet wurden, gilt $A_4 = A_3 = A_{m > 3}$. Damit ist $Cn_{\langle R \rangle}(A) = A_0 \cup A_1 \cup A_2 \cup A_3$. Da für $Cn_{\langle R \rangle}(A)$ die Monotonie gilt, also wenn $A \subseteq B$, dann $Cn(A) \subseteq Cn(B)$,⁴⁹⁸ und $A_0 \subseteq A_1 \subseteq A_2 \subseteq A_3$, gilt $Cn_{\langle R \rangle}(A) = A_3 = Cn(\{h, \neg s, m, l, \neg l\})$. Weil $\neg l$ und l in $Cn_{\langle R \rangle}(A)$ enthalten sind, ist $Cn_{\langle R \rangle}(A)$ inkonsistent.

Um Inkonsistenzen zu verhindern, muss die induktive Definition um eine Konsistenzeinschränkung erweitert werden: Es sei $\langle R \rangle$ wieder eine feste Ordnung der Menge an Regeln R . Die Operation $C_{\langle R \rangle}$ wird definiert durch $C_{\langle R \rangle}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ mit $A_0 = Cn(A)$ und $A_{n+1} = Cn(A_n \cup \{x\})$, wobei (a, x) die erste Regel in $\langle R \rangle$ mit $a \in A_n$ aber $x \notin A_n$ und x A -konsistent ist. Wenn es eine derartige Regel nicht gibt, gilt wie zuvor $A_{n+1} = A_n$.⁴⁹⁹

Durch die Konsistenzeinschränkung wird relevant, in welcher Reihenfolge die Regeln aus R stehen.⁵⁰⁰ Das heißt: Der Inhalt von $C_{\langle R \rangle}$ kann je nach

496 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 90.

497 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 90.

498 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 5.

499 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 93.

500 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 94.

Reihenfolge von $\langle R \rangle$ variieren – es gibt also nicht eine, sondern viele Konsequenzoperationen $C_{\langle R \rangle}(A)$.⁵⁰¹

Beispiel: Es sei $R = \{(h, m), (m, l), (\neg s, \neg l)\}$ und

$\langle R \rangle_1 = \langle (h, m), (m, l), (\neg s, \neg l) \rangle$ und

$\langle R \rangle_2 = \langle (\neg s, \neg l), (h, m), (m, l) \rangle$.

Es sei $A = \{h, \neg s\}$.

Wir betrachten zunächst $\langle R \rangle_1$: $A_0 = Cn(A) = Cn(\{h, \neg s\})$ und

$A_1 = Cn(A_0 \cup \{m\}) = Cn(\{h, \neg s, m\})$, und

$A_2 = Cn(A_1 \cup \{l\}) = Cn(\{h, \neg s, m, l\})$.

Es wurde dann nur noch die Regel $(\neg s, \neg l)$ noch nicht angewendet, da aber $\neg l$ mit A_2 inkonsistent ist, kann A_2 mit $\neg l$ für A_3 nicht vereinigt werden. Da es auch keine weitere Regel gibt, deren Konsequenz noch nicht in A_2 enthalten ist, gilt $A_3 = A_2 = A_{m > 2}$. Damit ist $Cn_{\langle R \rangle_1}(A) = A_0 \cup A_1 \cup A_2 = A_2 = Cn(\{h, \neg s, m, l\})$.

Anders $\langle R \rangle_2$: $A_0 = Cn(A) = Cn(\{h, \neg s\})$ und

$A_1 = Cn(A_0 \cup \{\neg l\}) = Cn(\{h, \neg s, \neg l\})$, und

$A_2 = Cn(A_1 \cup \{m\}) = Cn(\{h, \neg s, \neg l, m\})$.

Es wurde dann nur noch die Regel (m, l) noch nicht angewendet, da aber l mit A_2 inkonsistent ist, kann A_2 mit l für A_3 nicht vereinigt werden. Da es auch keine weitere Regel gibt, deren Konsequenz noch nicht in A_2 enthalten ist, gilt $A_3 = A_2 = A_{m > 2}$. Damit ist $Cn_{\langle R \rangle_2}(A) = A_0 \cup A_1 \cup A_2 = A_2 = Cn(\{h, \neg s, \neg l, m\})$. Es ist also $Cn_{\langle R \rangle_1}(A) \neq Cn_{\langle R \rangle_2}(A)$, weil $\langle R \rangle_1 \neq \langle R \rangle_2$.

Genauso wie vorausgesetzte Annahmen beim Schließen mit vorausgesetzten Annahmen werden vorausgesetzte Regeln beim Schließen mit vorausgesetzten Regeln nur dann herangezogen, wenn sie keine Inkonsistenzen mit der Prämissemenge hervorrufen. Dafür werden die vorausgesetzten Regeln der Reihe nach geprüft. Weil es zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann, wenn die Regeln in unterschiedlichen Reihenfolgen stehen, weil je nach Reihenfolge verschiedene Regeln verworfen werden, müssen alle verschiedenen Reihenfolgen von Regeln überprüft werden.⁵⁰² Ähnlich der Regelung beim Schließen mit vorausgesetzten Annahmen, dass nur

501 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 94.

502 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 94.

die vorausgesetzten Annahmen akzeptiert werden, die in allen Teilmengen enthalten sind, sind nur die vorausgesetzten Regeln anwendbar, die bei jeder Reihenfolge anwendbar sind.⁵⁰³

Um den Unterschied, der sich durch die verschiedene Reihenfolge ergibt, zu eliminieren, wird das skeptische Schließen mit Default-Regeln wie folgt definiert:

$$C_R(A) = \bigcap \{C_{\langle R \rangle}(A) : \langle R \rangle \text{ ist eine endliche } \omega - \text{Ordnung von } R\}.$$

Die Operation $C_{\langle R \rangle}$ wurde bereits definiert durch $C_{\langle R \rangle}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ mit $A_0 = Cn(A)$ und $A_{n+1} = Cn(A_n \cup \{x\})$, wobei (a, x) die erste Regel in $\langle R \rangle$ mit $a \in A_n$ aber $x \notin A_n$ und x A -konsistent ist. Wenn es eine derartige Regel nicht gibt, gilt wie zuvor $A_{n+1} = A_n$.⁵⁰⁴

In relationaler Notation: $A \mid \sim_R x$ gdw. $A \mid \sim_{\langle R \rangle} x$ für jede Ordnung von $\langle R \rangle$.⁵⁰⁵

Beispielsweise enthalte die Menge der vorausgesetzten Regeln die Sätze:

- (1) „Wer ein Mörder ist, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ (kurz: m, l),
- (2) „Wer heimtückisch tötet, ist ein Mörder“ (kurz: h, m), und
- (3) „Bei deutlich geringerer Schuld wird nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ (kurz: $\neg s, \neg l$).

Hat eine über Jahre tyrannisierte Frau F ihren Ehemann im Schlaf erschossen, liegen ferner folgende Prämissen der rechtlichen Beurteilung zugrunde:

- (4) „F hat den E heimtückisch getötet“ (kurz: h) und
- (5) „F hat mit deutlich geringer Schuld gehandelt.“ (kurz: $\neg s$).

Die Regeln (1), (2) und (3) können auf sechs verschiedene Arten nacheinander kombiniert werden. In jeder Reihenfolge kann ausgehend von den Prämissen (4) und (5) und der Regel (2) begründet werden, dass F eine Mörderin ist. Einen Unterschied für das Ergebnis macht nur, ob die Regel (1) vor oder nach der Regel (3) angewendet wird: Wird (1) zuerst angewandt, ist begründbar, dass F mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft wird. Wird (3) zuerst angewandt, ist begründbar, dass F nicht

503 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 93.

504 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 93.

505 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 96.

zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wird. Da beim Schließen mit vorausgesetzten Regeln bis hierhin nur die Regeln angewandt werden dürfen, die in jeder Reihenfolge zur Anwendung kommen, führt dies auch hier zum unbefriedigenden Ergebnis, dass zwar gesagt werden kann, dass F eine Mörderin ist, über die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe allerdings nichts ausgesagt werden kann.

Im obigen Beispiel wurden nur $\langle R \rangle_1 = \langle (h, m), (m, l), (\neg s, \neg l) \rangle$ und $\langle R \rangle_2 = \langle (\neg s, \neg l), (h, m), (m, l) \rangle$ betrachtet, es gibt jedoch noch weitere Möglichkeiten an Reihen. Es gilt aber in dem Beispiel für jede mögliche Reihenfolge $\langle R \rangle_p$, dass bei $(m, l) < (\neg s, \neg l)$ immer $Cn_{\langle R \rangle_i} = Cn_{\langle R \rangle_1}$ und bei $(\neg s, \neg l) < (m, l)$ immer $Cn_{\langle R \rangle_i} = Cn_{\langle R \rangle_2}$.

Also ist $C_R(A) = Cn_{\langle R \rangle_1} \cap Cn_{\langle R \rangle_2} = Cn(\{h, \neg s, m, l\}) \cap Cn(\{h, \neg s, \neg l, m\}) = Cn((h \wedge \neg s \wedge m \wedge l) \vee (h \wedge \neg s \wedge \neg l \wedge m)) = Cn(h \wedge \neg s \wedge m \wedge (l \vee \neg l)).$

Reiters Default Logic behandelt Ausnahmen als negative Tatbestandsmerkmale. Da das Aufzählen von Ausnahmen als negative Tatbestandsmerkmale als nicht zielführend erachtet wird, soll keine vertiefte Auseinandersetzung mit Reiter erfolgen, sondern es soll nur ein Überblick gegeben werden: Dafür ist zunächst der Regelbegriff um die Menge P an Bedingungen (Makinson: „constraints“, Reiter: „justifications“) zu erweitern: Regeln sind Tripel (a, B, x) mit der Koordinate a, welche das Antezedens (Makinson prerequisite, Reiter body) ist, mit der Menge B, welche die Bedingungen enthält, und der Koordinate x, welche das Konsequenz (Makinson: conclusion, Reiter: head) der Regel ist.⁵⁰⁶ Dabei sind a, x boolsche Formeln und B eine – ggf. auch leere – Menge.⁵⁰⁷ Die Regel $a:B \Rightarrow x$ (im Folgenden „Default“ genannt) bedeutet, dass von a auf x unter der Bedingung geschlossen werden kann, dass dadurch keine Elemente von B verletzt werden.⁵⁰⁸

Es sei $\langle R \rangle$ wieder eine feste Ordnung der Menge an Regeln R. Die Operation $C_{\langle R \rangle}$ wird wieder definiert durch $C_{\langle R \rangle}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ mit $A_0 = Cn(A)$. Simultan zu A_n wird eine Sequenz von Mengen R_n definiert,

506 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 99; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 301.

507 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 99.

508 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 301.

um die im Rahmen der Induktion angewendeten Regeln aufzuzeichnen. Es sei $R_0 = \emptyset$.⁵⁰⁹

Für den Induktionsschritt sind verschiedene Fälle zu differenzieren:

Fall 1: Gibt es eine Regel $r = (a, B, x)$ in R mit $a \in A_n, r \notin R_n$ und ist A_n mit jedem $b \in B$ konsistent, ist einer der Unterfälle einschlägig.

Unterfall 1: Ist $A_n \cup \{x\}$ konsistent mit jedem $b \in \text{just}(R_n) \cup B$, wobei $\text{just}(R_n)$ die Menge aller Bedingungen der Regeln in R_n bezeichnet, dann ist $A_{n+1} = C_n(A_n \cup \{x\})$ und $R_{n+1} = R_n \cup \{r\}$.

Unterfall 2: Sind die Voraussetzungen aus Unterfall 1 nicht gegeben, bricht die Konstruktion in dem Sinne ab, als dass A_{n+1} und R_{n+1} undefiniert bleiben und wir nicht weiter machen, was dazu führt, dass alle nachfolgenden A_m und die Vereinigung $\bigcup \{A_n : n < \omega\}$ alias $C_{(R)}(A)$ ebenso unbestimmt bleiben.

Fall 2: Gibt es keine Regel $r = (a, B, x)$ in R mit $a \in A_n, r \notin R_n$ und ist A_n mit jedem $b \in B$ konsistent, gilt $A_{n+1} = A_n$ und $R_{n+1} = R_n$.⁵¹⁰

Beispiel: Es sei R die Menge der Regeln $(t \wedge v, \neg r, s)$ („Wer den Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt, also ein Rechtsgut verletzt, und die Rechtsgutsverletzung zu verschulden hat und dabei nicht gerechtfertigt ist, ist zum Schadensersatz verpflichtet“), (f, v, v) („Bei fahrlässigem Handeln liegt Verschulden vor, sofern sich nicht aus anderen Vorschriften ergibt, dass kein Verschulden vorliegt.“), $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ („Bei einem Haftungsverzicht liegt bei fahrlässigem Handeln kein Verschulden vor, sofern sich das Verschulden nicht aus einer anderen Vorschrift ergibt“), $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ („Bei einem Gefälligkeitsverhältnis ist davon auszugehen, dass kein Schadensersatz geschuldet wird, außer es liegt Verschulden oder kein Haftungsverzicht vor“):

$$R = \{(t \wedge v, \neg r, s), (f, v, v), (h \wedge f, \neg v, \neg v), (g, h \wedge \neg v, \neg s)\}$$

Dabei sollen folgende Reihenfolgen näher betrachtet werden:

$$\langle R \rangle_1 = \langle (t \wedge v, \neg r, s), (f, v, v), (h \wedge f, \neg v, \neg v), (g, h \wedge \neg v, \neg s) \rangle$$

$$\langle R \rangle_2 = \langle (g, h \wedge \neg v, \neg s), (h \wedge f, \neg v, \neg v), (t \wedge v, \neg r, s), (f, v, v) \rangle$$

509 Makinson, Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic, S. 100.

510 Makinson, Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic, S. 101.

C. Zur logischen Struktur juristischer Argumentation

Weiterhin sei A die Menge der Formeln t („Der Tatbestand des § 823 I BGB ist erfüllt“), f („Es liegt fahrlässiges Handeln vor“), h („Es liegt ein Haftungsverzicht vor“), g („Es liegt ein Gefälligkeitsverhältnis vor“):

$$A = \{t, f, h, g\}$$

$C_{\langle R \rangle_1}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ wird wie folgt bestimmt:

$$A_0 = Cn(A) = Cn(\{t, f, h, g\})$$

$$R_0 = \emptyset$$

$$A_1 = Cn(A_0 \cup \{v\}) = Cn(\{t, f, h, g, v\})$$

$$R_1 = \{(f, v, v)\}$$

$$A_2 = Cn(A_1 \cup \{s\}) = Cn(\{t, f, h, g, v, s\})$$

$$R_2 = \{(f, v), (t \wedge v, \neg r, s)\}$$

$$A_3 = A_2$$

$$R_3 = R_2$$

Es wird also zuerst die Regel (f, v, v) angewandt, weil für die Anwendung von $(t \wedge v, \neg r, s)$ im ersten Schritt v fehlt. Danach wird dann $(t \wedge v, \neg r, s)$ angewandt. $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ kann schließlich nicht angewandt werden, da A_2 mit $\neg v$ nicht konsistent ist. Ebenso kann $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ nicht angewendet werden, da A_2 mit $\neg v$ nicht konsistent ist.

$C_{\langle R \rangle_2}(A) = \bigcup \{A_n : n < \omega\}$ wird wie folgt bestimmt:

$$A_0 = Cn(A) = Cn(\{t, f, h, g\})$$

$$R_0 = \emptyset$$

$$A_1 = Cn(A_0 \cup \{\neg s\}) = Cn(\{t, f, h, g, \neg s\})$$

$$R_1 = \{(g, h \wedge \neg v, \neg s)\}$$

$$A_2 = Cn(A_1 \cup \{\neg v\}) = Cn(\{t, f, h, g, \neg v, s\})$$

$$R_2 = \{(g, h \wedge \neg v, \neg s), (h \wedge f, \neg v, \neg v)\}$$

$$A_3 = A_2$$

$$R_3 = R_2$$

Es wird also zuerst die Regel $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ angewandt. Dass über $\neg v$ nichts bekannt ist, ist nicht wichtig, da nur erforderlich ist, dass A_n mit jedem $b \in B$ konsistent ist. Danach wird $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ angewandt. $(t \wedge v, \neg r, s)$ kann nicht angewandt werden, weil aufgrund von $\neg v$ das Antezedens nicht erfüllt ist, und (f, v, v) wird nicht angewandt, weil der Bedingung v durch $\neg v$ widersprochen wird.

Für alle weiteren $C_{\langle R \rangle_n}(A)$ gilt entweder $C_{\langle R \rangle_n}(A) = C_{\langle R \rangle_1}(A)$ oder $C_{\langle R \rangle_n}(A) = C_{\langle R \rangle_2}(A)$ oder, dass $C_{\langle R \rangle_n}(A)$ unbestimmt ist: Da v nicht in $A = \{t, f, h, g\}$ enthalten ist, kann $(t \wedge v, \neg r, s)$ nie zuerst angewendet werden. Wird (f, v, v) zuerst angewendet, können $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ und $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ nicht mehr angewendet werden, d. h. für alle $\langle R \rangle_n$ in denen (f, v, v) vor $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ und $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ steht, gilt $C_{\langle R \rangle_n}(A) = C_{\langle R \rangle_1}(A)$. Wird $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ zuerst angewendet, können $(t \wedge v, \neg r, s)$ und (f, v, v) nicht mehr angewendet werden, d. h. für alle $\langle R \rangle_n$ in denen $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ vor $(t \wedge v, \neg r, s)$ und (f, v, v) angewandt wird, gilt $C_{\langle R \rangle_n}(A) = C_{\langle R \rangle_2}(A)$. Zuletzt sind die Fälle zu bedenken, in denen $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ zuerst angewandt wird. Wird danach $(h \wedge f, \neg v, \neg v)$ angewendet, gilt $C_{\langle R \rangle_n}(A) = C_{\langle R \rangle_2}(A)$. Nach $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ kann (f, v, v) nicht angewandt werden, weil $A_n \cup \{v\}$ inkonsistent mit $h \wedge \neg v \in \text{just}(R_n)$ ist, in dem Fall bleibt $C_{\langle R \rangle_n}(A)$ nach Unterfall 2 unbestimmt. Dasselbe gilt, wenn nach $(g, h \wedge \neg v, \neg s)$ die Regel $(t \wedge v, \neg r, s)$ angewandt werden soll.

Mithin gilt ausgehend von der obigen Definition des skeptischen Schließens $C_R(A) = \bigcap \{C_{\langle R \rangle}(A) : \langle R \rangle \text{ ist eine endliche } \omega - \text{Ordnung von } R\}$ für das Beispiel $C_R(A) = C_{\langle R \rangle_1}(A) \cap C_{\langle R \rangle_2}(A)$.

Problematisch beim Schließen mit vorausgesetzten Regeln ist, dass zwischen allgemeineren und spezielleren Regeln nicht unterschieden werden kann.⁵¹¹ Beispielsweise kann im obigen Beispiel bisher nicht berücksichtigt werden, dass die Regel (3) eine Ausnahme von der Regel (1) darstellen kann. Im Rahmen der Default-Annahmen wurde an obiger Stelle bereits

511 Fuhrmann, Philosophische Logik, S. 300.

thematisiert, dass durch das Einführen von geschützten Annahmen oder Bedingungen eine bessere Auswahl der vorausgesetzten Annahmen gelingen kann. Dasselbe gilt auch für Default-Regeln. Für die Rekonstruktion von Rechtsanwendung ist dieser Gedanke außerordentlich attraktiv: Beispielsweise können bestimmte Regeln (z. B. „*nulla poena sine lege*“ oder „*in dubio pro reo iudicandum est*“) als unanfechtbar in einer geschützten Menge zusammengefasst werden. Oder es könnten unantastbare Verfassungsgrundsätze (z. B. Menschenwürde, Demokratieprinzip) als Bedingungen formuliert werden, gegen die eine Rechtsanwendung nicht verstößen darf. Daneben gibt es jedoch – wie bei den Default-Annahmen – noch weitere Möglichkeiten zur Auswahl der anzuwendenden Regelmengen.⁵¹² So könnten nur ein bestimmter Teil an verschiedenen Reihenfolgen betrachtet werden.⁵¹³ Eine andere Möglichkeit wäre, eine feste Reihenfolge zwischen allen oder bestimmten Regeln festzulegen.⁵¹⁴

Letztlich wäre anzudenken, die der Rechtsanwendung zugrundeliegende Menge R selbst als Konsequenz einer Grundregelmenge G unter Beachtung bestimmter Hintergrundannahmen H zu bestimmen, $C_H(G) = R$. Dies hätte den Vorteil, dass Geltungsfragen auf einer früheren Ebene entschieden werden könnten. Werden Regeln dann bei $C_R(A)$ verworfen, handelt es sich um Lösungen auf der Anwendungsebene – so wäre eine Differenzierung zwischen Geltungs- und Anwendungsfragen auch logisch rekonstruierbar. Wie ein Auswahlverfahren zur Bestimmung der anwendbaren Regelmenge für die Rechtsanwendung konkret ausgestaltet sein müsste, ist eine für die Rechtsanwendungspraxis höchst relevante Frage, die aber aufgrund ihres Umfangs an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden kann.

Ein zentraler Vorteil des Schließens mit vorausgesetzte Regeln gegenüber dem Schließen mit vorausgesetzten Annahmen ist, dass das Schließen mit

512 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 45 f. behandelt noch die Auswahlfunktion (*selection function*) und S. 51 ff. die sichere Konsequenz (*safe consequence*). Ein weiterer Ansatz bestünde darin, eine Präferenzrelation zwischen Ordnungen einzuführen und nur die Mengen $C_{\langle R \rangle}(A)$ so zu schneiden, dass $\langle R \rangle$ eine minimale Ordnung von R unter dieser Präferenzrelation ist, siehe Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 102.

513 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 103.

514 So die Priorisierte Default-Logik bei Brewka, *Adding priorities and specificity to default logic*, S. 247 ff.; Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 300.

vorausgesetzten Regeln nicht die sog. „Disjunktion in den Prämissen“ erfüllt.⁵¹⁵

Die Disjunktion in den Prämissen besagt, dass, wenn aus einer Menge und einer Prämisse eine Schlussfolgerung abgeleitet werden kann, und aus der Menge und einer anderen Prämisse eben die selbe Schlussfolgerung abgeleitet werden kann, die Schlussfolgerung auch aus der Menge mit der einen oder der anderen Prämisse folgt, d. h., dass wenn auch immer $A \cup \{a\} \vdash x$ und $A \cup \{b\} \vdash x$, dann $A \cup \{a \vee b\} \vdash x$, bzw.
 $Cn(A \cup \{a\}) \cap Cn(A \cup \{b\}) \subseteq Cn(A \cup \{a \vee b\})$.⁵¹⁶

Zum Beispiel: Durch einen Faustschlag des A in das Gesicht des B hat dieser sich die Nase gebrochen, die anschließend im Krankenhaus gerichtet werden musste. Betrachtet man nun die Sachverhaltsangaben und zusätzlich die Norm „Wer eine andere Person körperlich misshandelt, wird bestraft“, lässt sich begründen, dass A bestraft wird. Dasselbe gilt, wenn man die Sachverhaltsangaben und die Norm „Wer eine andere Person an der Gesundheit schädigt, wird bestraft.“ betrachtet. Nach der Disjunktion in den Prämissen müsste dies auch gelten, wenn die Sachverhaltsangaben mit *beiden* disjunktiv (d. h. mit einem oder) verknüpften Prämissen betrachtet wird. Ausgehend von dem geschilderten Sachverhalt und der Norm „Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird bestraft“ ist weiterhin begründbar, dass A bestraft wird, weil er den B sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt hat.

Dies gilt jedoch bei weitem nicht in allen Rechtsanwendungskontexten: Denn bei der rechtlichen Bewertung werden Handlungen nicht isoliert, sondern in ihrem Zusammenhang mit anderen Handlungen begriffen und bewertet. Hat A im obigen Fall den B nicht nur geschlagen, sondern dies getan, um diesem sein teures Rennrad entwenden zu können, was ihm auch gelang, erfüllt die Handlung des A die Tatbestände der §§ 223 Abs. 1, 242 Abs. 1, 249 Abs. 1 StGB. Nach § 223 Abs. 1 StGB ist der A mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe zu bestrafen. Dasselbe gilt nach § 242 Abs. 1 StGB. Nun könnte man – nach dem Prinzip der Disjunktion in den Prämissen – logisch gedacht die Regel aufstellen, dass wer den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB oder den Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt, mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe zu bestrafen ist. Dies ist jedoch nicht korrekt in Fällen, in

515 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 86.

516 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 7.

denen mit einer Tat wie im Beispiel § 223 Abs. 1 StGB und § 224 Abs. 1 StGB erfüllt ist, denn dann ist nach § 249 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr zu verhängen. Die Disjunktion in den Prämissen führt so zu einem falschen Ergebnis. Eine Disjunktion von zwei Normen, die jeweils für sich dieselbe Rechtsfolge begründen, kann im juristischen Kontext deshalb nicht immer in den Prämissen erfolgen, ohne dass sich dies aufs Ergebnis auswirkt.

Es sei (a, x) die Regel des § 223 I StGB. Weiter sei (b, x) die Regel des § 242 I StGB. Schließlich sei $(a \wedge b, y)$ die Regel des § 249 I StGB. Nun sei $R = \{(a, x), (b, x), (a \wedge b, y)\}$. Hat jemand eine Körperverletzung begangen, ist auf Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu verurteilen, $x \in Cn_R(a)$. Und hat jemand einen Diebstahl begangen, ist ebenso auf Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu verurteilen, $x \in Cn_R(b)$. Hat allerdings jemand eine Körperverletzung oder eine Freiheitsstrafe begangen, ist davon ausgehend jedoch nicht feststellbar, ob zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu verurteilen ist. Denn die Feststellung, jemand habe eine Körperverletzung oder einen Diebstahl begangen, kann auch bedeuten, dass jemand eine Körperverletzung und einen Diebstahl begangen hat – dann wäre zu einer Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr zu verurteilen. Dementsprechend gilt $x \notin Cn_R(a \vee b) = Cn(a \vee b)$, weil $R(Cn(a \vee b)) = \emptyset \subseteq Cn(a \vee b)$ da $a, b \notin Cn(a \vee b)$.

Insoweit kann durch das Schließen mit vorausgesetzten Regeln eine wichtige Eigenschaft juristischer Argumentation berücksichtigt werden, die daraus resultiert, dass verschiedene Handlungen rechtlich unterschiedlich bewertet werden können, sofern sie in Kombination mit anderen bestimmten Handlungen auftreten können.

Neben dem Schließen mit vorausgesetzten Annahmen und dem Schließen mit Standardregeln wird auch das Schließen mit Standardwerten diskutiert. Die Idee, Hintergrundannahmen oder Hintergrundregeln hinzuzufügen, ist ein syntaktisches Vorgehen, da die Beziehung zwischen den Zeichen variiert.⁵¹⁷ Denkbar ist allerdings auch ein semantisches Vorgehen, wonach die Bedeutung von Zeichen variabel ist.⁵¹⁸ Die Grundidee besteht darin, die Menge der berücksichtigten Bewertungen einzuschränken. Mit anderen

517 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 276.

518 Fuhrmann, *Philosophische Logik*, S. 277.

Worten, es sei W eine Teilmenge der gesamten Menge V aller booleschen Bewertungen, und nun wird die Konsequenz modulo W anstelle von modulo V neu definiert.⁵¹⁹ Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, dass die Konsequenzrelationen, die auf diese Weise erzeugt werden können, fast die gleichen sind, wie sie durch die enthymematisches Schließen erzielt werden können;⁵²⁰ im endlichen Fall sind sie sogar genau die gleichen.⁵²¹ Gleichwohl dieses Vorgehens zu ganz unterschiedlichen Möglichkeiten, den neuen Bestandteil W mit A variieren zu lassen führt, was zu substantiell unterschiedlichen Arten der Erzeugung nicht-monotoner Beziehungen führt,⁵²² kann eine nähere Betrachtung an dieser Stelle aufgrund seines Umfangs nicht erfolgen, da auch im Folgenden darauf nicht näher einzugehen ist.

c) Zwischenergebnis

Die Möglichkeiten der Rekonstruktion juristischer Argumentation in nicht-klassisch-deduktiven Systemen mag den Eindruck einer Renaissance des Deduktionsdogmas in veränderter Gestalt entstehen lassen.⁵²³ Ausgehend von den vorgebrachten nichtmonotonen Ansätzen kann aus der Sicht der formalen Logik eine formallogische Rekonstruktion der Regel-Ausnahme-Struktur juristischer Argumentation gelingen.

Wird Logik eingesetzt, kann es jedoch nicht darum gehen, die sprachlichen Ungenauigkeiten und Unwägbarkeiten durch präzise logische Formulierungen zu überwinden und juristische Entscheidungen berechenbar zu machen. Die Logik kann nur als Analysewerkzeug dienen, um die logischen Zusammenhänge zwischen den einzelnen Aussagen zu überprüfen.⁵²⁴ Die Aufgabe der Logik kann deshalb nur sein, analytische Unterscheidungen zu ermöglichen, die nützlich sind, um präzise Theorien über

519 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 59.

520 Siehe Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 61.

521 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 59.

522 Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, S. 59.

523 Die Renaissance des juristischen Syllogismus nachzeichnend Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 17 f.; jüngst versuchte Raabe / Wacker, u.a., *Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste*, S. 66 ff. eine gänzliche Formalisierung des Rechts auf Basis des juristischen Syllogismus.

524 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331; Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 5; zum selben Ergebnis kommt Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 72 f. hinsichtlich der deontischen Logik.

Recht zu formulieren.⁵²⁵ Hinsichtlich des Umgangs mit Regel-Ausnahme-Strukturen kann durch die formallogische Rekonstruktion juristischer Entscheidungen keine Lösung des dahinterstehenden Konflikts erwartet werden.⁵²⁶ Die Logik kann aber ein Konzept bereitstellen, das klar definiert, wann ein Regelkonflikt vorliegt, und welche Werkzeuge verfügbar sind, um solche Konflikte zu vermeiden oder zu bewältigen.⁵²⁷

2. Substantielle Natur juristischer Argumentation

Ein weiterer Einwand gegen das Deduktionspostulat ist, dass Rechtsanwendung sich nicht in einer logischen Zuordnung unter einen Allsatz begreifen lässt, d. h. kein analytisches Verfahren darstellt. Ein darauf aufbauendes alternatives Modell zur Rekonstruktion juristischer Argumentation stellte *Toulmin* 1958 in „*The Uses of Argument*“ vor.⁵²⁸ Nach *Toulmin* kann Argumentation in zahlreichen verschiedenen Formen dargestellt werden, allerdings eignen sich einige Darstellungsweisen besser als andere.⁵²⁹ Deshalb wollte *Toulmin* das syllogistische Modell auch nicht durch ein besseres ersetzen,⁵³⁰ sondern vorrangig Kritik am Syllogismus üben.⁵³¹ Die Kritik *Toulmins* unterscheidet sich von der bereits betrachteten Kritik der Logiker darin, dass *Toulmin* keine Modifikation der formalen Logik fordert, sondern den Sinn der formalen Logik zur Rekonstruktion juristischer Entscheidungen generell in Frage stellt.

525 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 5.

526 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 5.

527 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 15.

528 Eine prominente Rezeption erfolgte durch Habermas, *Wahrheitstheorien*, S. 242; in der Rechtstheorie durch Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, S. 187 ff.; bis heute wird das Toulmin-Modell jedoch wiederholt aufgenommen, so z. B. jüngst Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, S. 49 ff.; Hitchcock, *On Reasoning and Argument*, S. 371 ff.

529 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 86; damit stellt Toulmin jedoch nicht die Korrektheit syllogistischen Schließens in Frage, vgl. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 25.

530 Toulmin, *The Uses of Argument*, Nachwort.

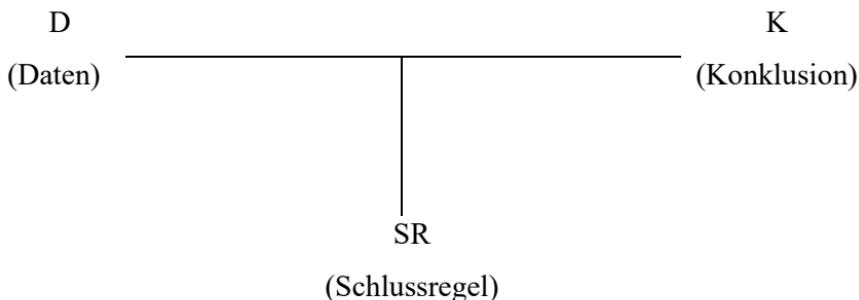
531 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 15.

a) Überblick über das Toulmin-Modell

Weil die Logik den Kontakt zu ihrer Anwendung verloren habe,⁵³² habe sich das logisch-mathematische Modell deduktiven Schließens zu weit von der Praktikabilität entfernt – zur Argumentationsmodellierung eigne sich besser ein juristisches Argumentationsmodell, das nicht deduktiv operiert.⁵³³ Argumentation ist für *Toulmin* praktische Jurisprudenz (*practical jurisprudence*):⁵³⁴ Die juristische Begründung folge nicht dem deduktiven Schema. In der Praxis unterteilen Juristen ihre Aussagen nicht in Obersatz, Untersatz und Konklusion, und genauso müsste in der allgemeinen praktischen Argumentation zwischen Behauptungen, Informationen, Begründungen, Aussagen zur Anwendbarkeit der Begründungen, Zurückweisungsbedingungen, modalen Qualifizierer (wie „meistens“, „gewöhnlich“, „grundsätzlich“) und anderen unterschieden werden.⁵³⁵

(i) Grundstruktur

Das Toulmin-Modell stellt dar, wie der *Geltungsanspruch*⁵³⁶ der Behauptung K (Konklusion) begründet werden kann und hat folgende Grundstruktur:⁵³⁷



532 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 15.

533 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 86.

534 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 16.

535 Toulmin, *The Uses of Argument*, S. 142.

536 Zum Geltungsanspruch siehe auch Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationale und gesellschaftliche Rationalisierung*, S. 439, passim.

537 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 87 f.

Diese Uminterpretation der scheinbar zwingenden Oberprämissen als Schlussregel und des Untersatzes als Daten, die Differenzierung zwischen einer Schlussregel und einer Stützung derselben ist ein zentraler Unterschied zur Rekonstruktion nach dem Deduktionspostulat. Grundsätzlich stütze sich jede Behauptung auf *Tatsachen*, auf die im Zweifelsfall verwiesen werden könne.⁵³⁸ Diese Tatsachen – im obigen Schema „*Datum*“⁵³⁹ genannt – stellen einen Grund dar, der in einer Argumentationssituation zugunsten einer ursprünglichen Behauptung angegeben werden kann.⁵⁴⁰ Begründet werde eine Behauptung also zunächst durch Angabe relevanter Tatsachen.⁵⁴¹ Angegriffen werden könnte die Behauptung, indem in Frage gestellt werde, inwiefern die Tatsachen für die Behauptung relevant seien.⁵⁴² Die Behauptung könnte deshalb nicht nur durch das Anführen weiterer Tatsachen gestützt werden, weil auch die Relevanz dieser Daten für die Konklusion in Frage gestellt werden kann.⁵⁴³ Vorgebracht werden müsse deshalb eine Regel oder ein Prinzip – im obigen Schema „*Schlussregel*“ genannt –, die zeige, dass die Behauptung ausgehend von den Tatsachen angemessen sei.⁵⁴⁴

Im syllogistischen Schema entsprechen Daten und Schlussregeln den Prämissen, die gleichbehandelt werden und zwischen denen nicht weiter unterschieden wird. Für eine Unterscheidung zwischen Daten und Schlussregel spricht allerdings, dass auf Daten explizit und auf Schlussregeln nur implizit Bezug genommen wird.⁵⁴⁵ Das Sprechen in Syllogismen ist somit sprachlich kontraintuitiv.⁵⁴⁶ Zudem werden Schlussregeln anders begründet als Daten,⁵⁴⁷ was auch ein Grund für Toulmin zur Skepsis war, die beiden Prämissen gleich zu behandeln.⁵⁴⁸ Dass die beiden Prämissen nicht,

538 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

539 Lat. *datum* = das Gegebene.

540 Zur Notwendigkeit von vorhergehenden Argumentationen – wie in diesem Fall, vgl. Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 88.

541 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

542 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

543 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

544 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

545 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 91.

546 Mit seiner Bezugnahme auf alltagssprachliche Sprachpraktiken steht Toulmin in Tradition seines Lehrers Ludwig Wittgenstein, vgl. Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Philosophische Untersuchungen, in denen anhand von „Sprachspielen“, Untersuchungen der tatsächlichen Sprechweise, Aussagen über Sprachphilosophie trifft.

547 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 91.

548 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 87.

wie der Syllogismus suggeriert, gleichwertig sind, wird hierbei offensichtlich: denn während die erste Prämissen eine Tatsachenfrage ist, ist die zweite Prämissen eine Aussage mit normativem Gehalt, die – im juristischen Kontext – als Rechtsfrage behandelt werden müsste.⁵⁴⁹

(ii) Stützung der Schlussregel

Die Schlussregel kann nicht nur in ihrer allgemeinen Gültigkeit, sondern auch in ihrer speziellen Anwendbarkeit bezweifelt werden.⁵⁵⁰ Sowohl dass die Regel gilt, als auch, dass sie anwendbar ist, muss durch eine *Stützung* deshalb abgesichert werden.⁵⁵¹ Die Stützung der Schlussregel taucht bei einer syllogistischen Darstellung im Argumentationsschema nicht auf, sondern wird vielmehr manchmal fälschlicherweise als Schlussregel interpretiert.⁵⁵² Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob und wie sich die Stützung der Schlussregel von den anderen Elementen der Argumentation unterscheidet.⁵⁵³ Anders als die Schlussregel, die stets eine hypothetische Aussage ist, kann die Stützung die Form von kategorischen Tatsachenaussagen wie Daten annehmen.⁵⁵⁴ Dabei spielt die Stützung eine deutlich andere Rolle als die Daten, da sie – anders als die Daten – nicht unbedingt explizit gemacht werden muss.⁵⁵⁵ Weiterhin ist die Stützung der Schlussregel bereichsabhängig, das heißt, je nach Kontext variabel, während die Schlussregel bereichsunabhängig ist, also trotz verschiedenen Kontexten dieselbe bleibt:⁵⁵⁶ Die Schlussregel „*Jeder Räuber wird mit Freiheitsstrafe bestraft*“ stützt sich zum Beispiel im Gerichtsprozess auf § 249 StGB, in einer soziologischen Untersuchung auf Urteilsstatistiken. Durch die zusätzliche Angabe der Stützung der Schlussregel können im Toulmin-Modell alle Informationen ausgewiesen werden, die tatsächlich zur Verfügung stehen und die Konklusion begründen sollen.⁵⁵⁷ Weil die Stützung der Schlussregel im syllogistischen

549 Vgl. Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 91.

550 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 94.

551 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 94.

552 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 100.

553 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 96.

554 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 96.

555 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 97.

556 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 94 f., 102.

557 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 23.

Modell nicht abbildbar ist, können im syllogistischen Modell nicht alle begründungsrelevanten Informationen dargestellt werden.⁵⁵⁸

Die Unterscheidung zwischen Stützung und Schlussregel ermöglicht es weiterhin, Mehrdeutigkeiten zu verhindern, die im Syllogismus übersehen werden.⁵⁵⁹ Schließlich erlaubt die Unterscheidung zwischen Stützung und Schlussregel eine Differenzierung zwischen *substantieller* und *analytischer Argumentation*,⁵⁶⁰ wie sie Sigwart zur Syllogismuskritik in seiner Logik bereits im Jahr 1924 unternahm.⁵⁶¹ Eine Argumentation ist analytisch, wenn die Stützung der Schlussregel die Behauptung implizit oder explizit bereits enthält.⁵⁶² Ist eine Argumentation nicht analytisch, ist sie substantiell und die begründete Schlussfolgerung ein Erkenntnisgewinn im Vergleich zu Daten und Stützung.⁵⁶³

(iii) Verortung von Ausnahmen

Neben Daten, Schlussregel, Stützung und Konklusion umfasst das Toulmin-Modell auch die *Ausnahme (rebuttal)*. Im Prinzip können, um eine Behauptung zu widerlegen, entweder weitere Daten bezweifelt werden oder die Schlussregel angegriffen werden, indem die Stützung bezweifelt wird. Beides ist in Toulmins Argumentationsmodell so nicht explizit vorgesehen. Grundgedanke des Toulmin-Modells ist, dass nicht kartesisch-methodisch, sondern pragmatistisch nur dort gezweifelt wird, wo Gründe zum Zweifeln drängen.⁵⁶⁴ Ohne gemeinsam akzeptierte Wissensgrundlagen kann Kommunikation nicht funktionieren.⁵⁶⁵ Angegriffen werden kann die Konklusion demnach nur noch über eine Ausnahme, die Daten und Schlussregeln

558 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 103; Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 23.

559 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 101; Zur Unterscheidung von Stützung und Schlussregel vgl. auch das Kriterium der „Bereichsabhängigkeit“ / „Bereichsunabhängigkeit“, das Toulmin einführt, ebd. S. 94 f., 102.

560 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 103 ff., 113.

561 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 103 ff., 113. Sigwart, *Logik*, S. 133.

562 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 113; Sigwart, *Logik*, S. 135.

563 Sigwart, *Logik*, S. 147.; Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 113; vgl. bereits die Trennung bei Kant zwischen analytisch und synthetisch, Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A 6 ff. / B10 ff.; weiterhin Nimtz, *analytisch / synthetisch*, S. 24–26.

564 Grundlegend bereits bei Peirce, *The Fixation of Belief*; auch Wittgenstein, *Über Gewissheit*, § 4.

565 Vgl. Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, PU, § 243.

akzeptiert. Elaborierte Ausführungen über die Funktionsweise von Regel-Ausnahme-Strukturen finden sich bei *Toulmin* nicht.⁵⁶⁶

Schlussregeln sind für *Toulmin* insofern offen für Ausnahmen, als dass sie die Konklusion nicht absolut, sondern nur bis zu einem bestimmten Grad begründen.⁵⁶⁷ Im Toulmin-Modell wird dies durch einen die Schlussregel relativierenden⁵⁶⁸ Operator O ausgedrückt.⁵⁶⁹ Mittels des Operators wird der Schlussregel eine Dimension der Stärke zuerkannt, die von dem Gewissheitsgrad der Schlussregel abhängt. Weil eine Regel durch die Verwendung des Operators keine absolute Geltungsgewissheit beansprucht, können Ausnahmebedingungen dem Toulmin-Modell hinzugefügt werden, bei deren Vorliegen diese stärker wirken als die Regel, die Regel aber weiterhin anwendbar bleibt.⁵⁷⁰ Die Ausnahme weist die durch die Schlussfolgerung gerechtfertigte Behauptung K zurück.⁵⁷¹

566 Ausführlich diskutiert wird allerdings die „Wahrscheinlichkeit“, *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 44 ff. Denn eine Behauptung könne nicht mit Gewissheit, sondern nur mit hoher Wahrscheinlichkeit als wahr oder richtig betrachtet werden. So wird mit einer Behauptung zwar ein Geltungsanspruch erhoben, nicht aber die Unmöglichkeit eines Irrtums ausgeschlossen.

567 *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

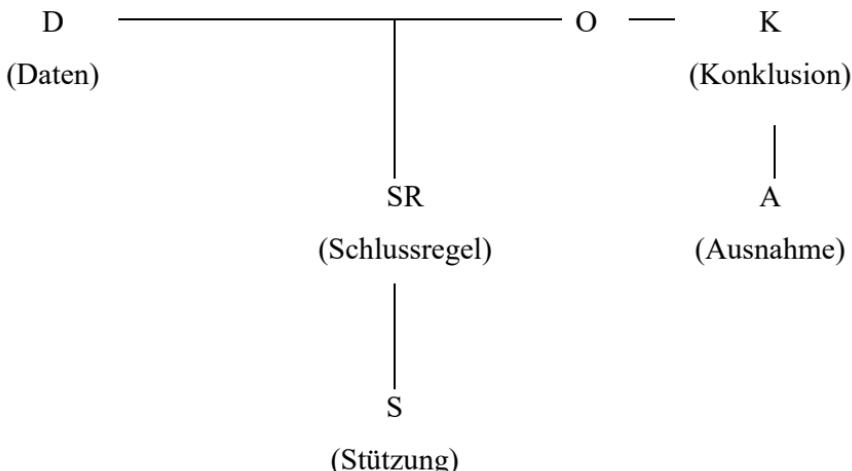
568 In der deutschen Übersetzung heißen die Operatoren „Einschränkungsoperatoren“, *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92. Vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen Einschränkung und Einwendung ist darauf hinzuweisen, dass der „Einschränkungsoperator“ nicht, wie die Ausnahme als Einschränkung, den Regelungsbereich der Norm einschränkt, sondern die absolute Durchsetzbarkeit, gesteht der Norm also einen Grad der Stärke zu.

569 *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

570 *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

571 *Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

Das vollständige Toulmin-Modell hat folgende Struktur:⁵⁷²



b) Analytisches vs. Substantielles Argumentieren

Toulmins wesentliche Kritik an der Verwendung formaler Logik resultiert aus der Unterscheidung zwischen substantieller und analytischer Argumentation: Eine logisch gültige Deduktion ist nur im Rahmen einer *analytischen* Argumentation möglich, d. h. wenn die Regel eine quantifizierende Aussage ist.⁵⁷³ Dies setzt voraus, dass die Begründung des Rechtssatzes bereits implizit oder explizit die Rechtsfolge für den Einzelfall beinhaltet,⁵⁷⁴ das heißt, dass durch den Schluss nichts Neues, bis dahin Unbekanntes hervorgebracht wird.⁵⁷⁵ Bei der Festlegung der Rechtsnorm war der spezifische Einzelfall jedoch nicht berücksichtigt worden und konnte daher auch nicht zur Begründung der Rechtsnorm herangezogen werden. Die Begründung der Rechtsnorm enthält also nicht die Schlussfolgerung, da eine Rechtsnorm nicht als Summe aller Einzelfälle, sondern als allgemeiner Grundsatz

572 Das Toulmin-Modell ist somit ausführlicher als das syllogistische Modell, Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 87; falsch Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (419).

573 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 113; vgl. bereits die Trennung bei Kant zwischen analytisch und synthetisch, siehe Nimtz, *analytisch / synthetisch*, S. 24–26.

574 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 113.

575 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74.

zu verstehen ist. Juristische Argumentation stellt damit eine *substantielle* Argumentation dar, bei der keine logische Folgerungsbeziehung zwischen dem Datum, der Begründung und der Schlussfolgerung besteht.⁵⁷⁶ Mithilfe Toulmins Argumentationsmodell kann also nicht nachgewiesen werden, dass eine Behauptung „logisch gültig“ ist, sondern lediglich, dass diese (gut) begründet ist und deshalb einen Anspruch auf Richtigkeit erheben darf.⁵⁷⁷ Gerade dies aber ist das Ziel einer juristischen Begründung. Dadurch deutet sich bereits an dieser Stelle an, dass sich das Toulmin-Modell insbesondere zur Rekonstruktion von Regel-Ausnahme-Strukturen eignet: Muss die durch die Regel begründete Behauptung einer begründeten Gegenbehauptung weichen, bedeutet dies nicht, dass die Behauptung dadurch unbegründet wird – die Gegenbehauptung ist lediglich besser begründet. Diese Darstellung wird dem dynamischen Charakter juristischen Argumentierens gerecht: Bei einer Argumentation werden Argumente und Gegenargumente vorgetragen. Dabei vernichtet ein Argument das andere aber nicht, sondern übertrifft es in seiner Geltung.⁵⁷⁸

Im Anschluss an *Toulmin* bringt *Neumann* vor, dass der Syllogismus die Schlussfolgerung nicht begründe, sondern sie lediglich behaupte.⁵⁷⁹ Soll durch einen Syllogismus begründet werden, dass A, der den B getötet hat, bestraft wird, so ist gewöhnlich der Obersatz „Wer einen Menschen tötet, wird bestraft“ und der Untersatz „A hat einen Menschen getötet“. Die Konklusion, dass A bestraft wird, scheint zwar zunächst durch den Obersatz und den Untersatz begründet. Eine Begründung erfordert allerdings, dass das zu Begründende mehr aussagt als das Begründende. Denn das zu Begründende würde ansonsten nur das Begründende wiederholen und die „Argumentation“ als *petitio principi* fehlschlagen.⁵⁸⁰ Die Konklusion dürfe durch die Prämissen demnach nicht mitbehauptet werden. Al-

576 Neumann, *Rechtsontologie und juristische Argumentation: zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, S. 14–17; Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 24.

577 So kann auch im Verzicht auf juristische Rekonstruktionen im Syllogismus ein Richtigkeitsanspruch erhoben werden; Neumann, *Richtigkeitsanspruch und Überprüfbarkeit rechtlicher Entscheidungen*, S. 143 ff.

578 Vgl. zur praktischen Begründung Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 29, S. 44.

579 Neumann, *Juristische Logik*, S. 272 298 (313); Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 19; dass der Syllogismus nicht begründet zustimmend Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 71–92 (81); darauf Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (421).

580 Perelman, *The New Rhetoric*, S. 145–149 (146).

lerdings sei der Obersatz $\forall x(TBx \rightarrow RFx)$ nur eine Zusammenfassung von $(TBa \rightarrow RFa) \wedge (TBb \rightarrow RFb) \wedge \dots \wedge (TBn \rightarrow RFn)$ und müsse den Satz $(TBa \rightarrow RFa)$ bereits enthalten, da ansonsten keine Folgerungsbeziehung zwischen dem Obersatz und dem Untersatz bestehen kann.⁵⁸¹ Da die Anwendung logischer Gesetze und Schlüsse nur das bereits in den Prämissen Enthaltene extrahiere, könne ein logischer Schluss nicht mehr besagen, als das, was in seinen Prämissen bereits enthalten sei.⁵⁸² Folglich sei der Schluss von *Ta* auf *Ra* bereits im Obersatz behauptet und könne von diesem nicht begründet werden.⁵⁸³ Die dann zentrale Frage nach der Begründung des Obersatzes kann im syllogistischen Modell nicht gestellt werden. Der Syllogismus kann lediglich zum Nachweis benutzt werden, dass ein Schluss auf den Prämissen gründet.⁵⁸⁴ Die „Begründung“ des singulären Satzes durch den Allsatz ist zirkulär, weshalb im Syllogismus das begründende Element in der juristischen Begründung nicht erfasst werden kann.⁵⁸⁵ Eine Begründung der logischen Schlussfolgerung mit den Prämissen läuft auf eine „Begründung durch das zu Begründende“⁵⁸⁶ hinaus.

-
- 581 Neumann wird häufig missverstanden, er würde eine derartige Struktur der Rechtsnorm behaupten (So bspw. Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz : zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, S. 67 ff.). Neumann legt hier allerdings lediglich dar, welche Voraussetzungen eine Rechtsnorm erfüllen müsste, als syllogistischer Obersatz fungieren zu können. Dass gerade diese Voraussetzungen nicht gegeben sind und ein Rechtssatz nicht aus der Aufzählung verschiedener Rechtsfälle besteht, legt Neumann in der Befürwortung von Toulmin dar, vgl. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 24.
- 582 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 20; bereits Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Tractatus, 5.43; vgl. dazu auch Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (409), der eingestehen muss, mit der internen Rechtfertigung sei wenig gewonnen, da es zentral auf die Wahrheit der Prämissen ankomme und der Syllogismus nur zeigen könne, dass die Konklusion auf die Prämissen zurückzuführen sei.
- 583 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 20.
- 584 Vgl. auch Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331 ff.; ebenso bereits Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts : rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, S. 221; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, S. 106 ff.
- 585 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 19 f.; Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, S. 184; Perelman / Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle Rhétorique*, II, § 28; ursprünglich Mill, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive Part I*, S. 200.
- 586 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 20.

Zurückgewiesen wird *Neumanns* Kritik durch *Hilgendorf*: *Neumann* kritisere, dass der Syllogismus den singulären Satz nicht begründen könne, dabei übersehe er aber, dass der Sinn des Syllogismus nicht sei, den singulären Untersatz zu begründen, sondern die Konklusion.⁵⁸⁷ Letzteres mag zwar korrekt sein, ändert jedoch nichts an der Kritik *Neumanns*, dass der Syllogismus den begründungsbedürftigen Untersatz nicht rechtfertigen kann und auch die Konklusion nicht rechtfertigt, da logische Operationen nichts Neues hervorbringen können und somit die Konklusion mit sich selbst (in den Prämissen enthalten) begründet werden müsste. Die Kritik *Neumanns* zielt darauf ab, dass das Deduktionsschema keine Begründung leisten könne und diese vielmehr an anderer Stelle stattfinden muss – der substanziale Gehalt kann im syllogistischen Schema aber nicht adäquat repräsentiert werden.⁵⁸⁸

Mit *Alexy* könnte auf den begründungstheoretischen Einwand erwidert werden, durch die internen Rechtfertigungen sollten lediglich die Prämissen, aus denen sich die juristische Entscheidung logisch abgeleitet werden, explizit gemacht und dadurch auf ihre Begründetheit überprüfbar werden. Dabei fällt „*die Entscheidung über die Rationalität eines Urteils [...] auf dem Gebiet der externen Rechtfertigung*“⁵⁸⁹. Damit kann *Alexy* zwar nicht vorgeworfen werden, er würde die juristische Argumentation auf einen Syllogismus reduzieren, es bleibt aber weiterhin die Frage im Raum, warum bei der internen Rechtfertigung am Syllogismus festgehalten wird. Und auch die Bezeichnung als interne *Rechtfertigung* lässt darauf schließen, dass *Alexy* dem syllogistischen Schema durchaus einen begründenden Wert zuerkennt.

c) Die Rechtsnorm als Allsatz

Die Darstellung der Rechtsanwendung als Anwendung einer universellen Norm verkennt, dass es sich bei Rechtsnormen nicht um universelle Normen handelt, aus denen die rechtliche Beurteilung des Einzelfalls logisch

587 Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz : zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, S. 68.

588 So auch Fischer, *Analogie und Argument*, S. 189.

589 Bei *Alexy* übersteigt die externe Rechtfertigung den Syllogismus. Er räumt auch ein, der Syllogismus könne nichts begründen, sieht ihn aber dennoch als notwendig an, da er die Richtigkeit der Entscheidung konstituiert; *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 274 f.

folgt. Die Erwartungen von anderen Wissenschaften dürfen aber auf die Rechtswissenschaft nicht übertragen werden, weil es sich bei der Rechtsanwendung um eine willentliche Anwendung von Normen und um keinen Erkenntnisakt handelt. Rechtsnormen dürfen deshalb nicht als logische Regeln begriffen werden, sondern stattdessen als universal gültige abstrakte Beschreibung von bestimmten Fällen (sog. „paradigmatische Fälle“), welche der Gesetzgeber bedacht hat und für die er eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht. Die Aufgabe des Rechtsanwenders ist zu erörtern, ob der Einzelfall den paradigmatischen Fällen in den in der Norm genannten Punkten (Tatbestandsmerkmalen) hinreichend ähnlich ist, sodass die Verhängung der Rechtsfolge angemessen ist.

Die Norm § 223 Abs. 1 StGB, „Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, kann einerseits als quantifizierende Aussage verstanden werden, die alle Teilaussagen mitbehauptet (Allsatz): § 223 Abs. 1 StGB würde dann behaupten, dass *ausnahmslos* jeder, der eine Körperverletzung begeht, mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft wird. Andererseits kann § 223 Abs. 1 StGB auch als generische⁵⁹⁰ Aussage, die keine Aussage über bestimmte Fälle trifft, sondern nur darüber, wie etwas „gewöhnlich“, „regelmäßig“ oder „grundsätzlich“ der Fall ist, gelesen werden.⁵⁹¹ Das würde bedeuten, dass § 223 Abs. 1 StGB fordert, dass *grundsätzlich* jeder, der eine Körperverletzung begeht, mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft wird. Generische Aussagen sind offen für Ausnahmen und haben eine Dimension der Stärke, die von dem Gewissheitsgrad der generischen Aussage, d. h. hier der begründenden Relation, abhängt.⁵⁹² Da generische Aussagen keine absolute Geltungsgewissheit beanspruchen, widersprechen Ausnahmen der Regel nicht, selbst wenn die Ausnahmen in der Regel nicht mitformuliert oder mitbedacht wurden.⁵⁹³

590 “Generic terms are expressed in English by means of bare common noun phrases (without determiner). [...] As Asher and Pelletier have argued, the semantics for such sentences seems to involve intentionality: a generic sentence can be true even if the majority of the kind, or even all of the kind, fail to conform to the generalization.” Asher / Pelletier, *Generics and Defaults*, S. 1125 ff.; zitiert nach Koons, *Defeasible Reasoning*.

591 Zu generischen Aussagen bspw. Hoffmann, *Das Gute*, S. 102–107.

592 Das Toulmin-Modell ist durch die Berücksichtigung der Dimension der Stärke und der Begründung der Schlussregel somit ausführlicher als das syllogistische Modell, Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 87, 92; anders Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 404 (419).

593 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

Dürfen Rechtsnormen als universelle Normen, d. h. als Allsätze betrachtet werden? Wird die Rechtsnorm streng als Allsatz begriffen, kann im Ausnahmefall nur durch eine korrigierende Interpretation des Tatbestands die Rechtsfolge verhindert werden, die Grenzen der jeweils zulässigen Auslegung wären dadurch sehr weit zu ziehen. Wird die Rechtsnorm umgekehrt zwar als Allsatz begriffen, gleichzeitig aber eingestanden, dass dieser Allsatz in Einzelfällen modifiziert wird, widerspricht dies der universalen Natur des Allsatzes: Denn dieser gilt dann gerade nicht für alle Fälle, sondern nur für diejenigen, in denen keine Modifikation erfolgt.

Eine derartige Konzeption des sog. „relativen Allsatzes“ vertritt *Bäcker*: Die Vorstellung syllogistischer Rechtsanwendung und die Tatsache, dass Recht anfechtbar ist, versucht *Bäcker* ohne Widerspruch miteinander zu vereinen. Regeln können immer Ausnahmen haben,⁵⁹⁴ weil es unmöglich sei, alle zukünftigen Ausnahmen zu erkennen oder auch alle gegenwärtigen zu überblicken.⁵⁹⁵ Oder genauer: Rechtliche Regeln müssen strukturell Ausnahmen haben können, da nicht alle Umstände, die Anlass für eine Ausnahme geben können, im Voraus bekannt sind.⁵⁹⁶ *Bäcker* sieht in der Frage, ob monotone Logik ausreicht, um juristische Argumentation zu rekonstruieren, „gerade diejenige Frage“, die unter Anfechtbarkeit diskutiert wird.⁵⁹⁷ Für *Bäcker* sind Ausnahmen, die Rechtsnormen haben können, für eine syllogistische Rekonstruktion unschädlich, da Rechtsnormen nur relative Allsätze sind. Unter Bezugnahme auf *Ratschow*, nach dem es zwei Verwendungsweisen des Begriffs „alle“ gibt – eine allgemeine, die keine Ausnahmen zulässt, und eine grundsätzliche, die offen für Ausnahmen ist – konstatiert *Bäcker*:

„Der sohin relative Allsatz beansprucht keine echte Universalität – die kleinen Ausnahmen kennt, da sie alle denkbaren Ausnahmen zur Grundregel umfasst – sondern reduziert den Geltungsanspruch der jeweiligen Norm, je nach Relativitätsbezug, um alle nach dem Rechtssystem für den Fall relevanten Ausnahmen.“⁵⁹⁸

594 *Bäcker, Juristisches Begründen* S. 322.

595 *Bäcker, Begründen und Entscheiden*, S. 309; *Bäcker, Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, S. 422.

596 *Bäcker, Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (97).

597 *Bäcker, Begründen und Entscheiden*, S. 310.

598 *Bäcker, Begründen und Entscheiden*, S. 309.

Bäcker stimmt den Syllogismuskritikern insoweit zu, dass nicht alle Ausnahmen von einer Grundregel im Voraus umfasst werden können, und befürwortet die Anfechtbarkeit des Rechts. Allerdings begegnet er der Syllogismuskritik mit dem Einwand, der Obersatz habe auch gar nicht den Anspruch, alle Ausnahmen zu umfassen.⁵⁹⁹ Denn er sei nur eine grundsätzliche Aussage, deren Geltungsanspruch im Ausnahmefall entfalle. Sollen Rechtsnormen als relative Allsätze gelesen werden, stellt sich aber die Frage, inwiefern es relative Allsätze überhaupt geben kann, oder ob die Relativität der Natur als Allsatz nicht bereits entgegensteht. Darüber hinaus erlaubt aber auch Bäckers Rettungsversuch nicht, juristische Argumentation so zu rekonstruieren, dass zwar die Norm an sich bestehen bleiben kann, die Rechtsfolge aber trotz Tatbestandsmäßigkeit nicht eintritt – d’Almeida würde sagen, der Syllogismus beachtet nicht, dass die Erfüllung des Tatbestands einer Norm noch nicht bedeutet, dass die Norm auch angewendet wird.⁶⁰⁰

3. Rechtsanwendung als wertende Gleichsetzung

Der dritte Einwand gegen das Deduktionspostulat schließt daran an, dass Rechtsanwendung kein analytisches Verfahren ist: Die Rechtsnorm – so bislang festzuhalten – ist kein logischer Allsatz, der jeden Anwendungsfall umfasst, sondern eine abstrakte Klassenbeschreibung paradigmatischer Fälle, für welche die Norm eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht. Die paradigmatischen Fälle sind die, welche der Gesetzgeber bei der Normsetzung vor Augen hatte, bzw. die zu regeln er bezweckt hatte, und die er zur Norm abstrahiert hat. Der konkret zu beurteilende Einzelfall ist von der Norm nicht unmittelbar umfasst, weil ihn der Gesetzgeber einerseits bei der Setzung nicht vor Augen haben konnte. Andererseits aber auch, weil der Gesetzgeber bei der Normsetzung keine Einzelfälle entscheiden wollte, sondern mit der Norm vorgeben wollte, wie die Fälle, die den paradigmatischen Fällen im Wesentlichen entsprechen, entschieden werden sollen.

599 Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, S. 309.

600 Zu d’Almeida eingehend ab S. 145.

a) Analogie als (eine) Grundstruktur juristischen Begründens

Ausgehend von diesem Verständnis, dass Rechtsanwendung keine Zuordnung unter einen Allsatz, sondern ein Abgleich mit paradigmatischen Fällen darstellt, ergibt sich als weiterer Einwand gegen das Deduktionspostulat, dass die juristische Argumentation (schwerpunktmaßig) auch andere Schlussverfahren umfasst, wie die Induktion, die Abduktion⁶⁰¹ und die Analogie (welche Induktion und Deduktion beinhaltet)^{602,603}. Dass die Analogie eine logische Grundstruktur juristischen Begründens ist, erfährt zunehmend Zustimmung.⁶⁰⁴ Sogar der späte Alexy hat die Analogie als strukturelles Bindeglied zur Zusammenführung von Regel, Prinzip und Fall anerkannt⁶⁰⁵ und ihr einen Platz unter den sog. Formen der externen Rechtfertigung eingeräumt.⁶⁰⁶ Als zwei zentrale Vertreter dieser Ansicht dürften Kaufmann (inbs. in „Das Verfahren der Rechtsgewinnung“) und Brewer (in seinen Ausführungen zur „Logokratischen Methode“⁶⁰⁷) gelten, die voneinander unabhängig zwei im Kern sehr ähnliche Theorien entworfen haben.⁶⁰⁸ Zentral ist dabei die Vorstellung, dass Rechtsanwendung,

601 Die Abduktion zielt auf die Aufstellung oder Findung einer generellen Regel, siehe Fischer, *Analogie und Argument*, S. 97 mit Verweis auf Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, S. 5; elaborierte Ausführungen zur Abduktion insbesondere bei Brewer, *New Essays on the Nature of Legal Reasoning*, S. 281 (284 ff.).

602 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 78.

603 Brewer, *First Among Equals*, S. 288L; Brewer, *Exemplary Reasoning*, S. 923 ff.; Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zgleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 300; siehe dazu aber auch Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, S. 157 ff., Chanos, *Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit*, S. 78 ff.; Fischer, *Analogie und Argument*, S. 104, oder Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 346, der in der Analogie eine Möglichkeit zur Bewältigung von Rechtsunsicherheit sieht.

604 Überblickend Fischer, *Analogie und Argument*, S. 19 ff. mwN.

605 Alexy, *Zwei opder Drei?*, S. 5; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 293; Fischer, *Analogie und Argument*, S. 173.

606 Alexy, *Zwei opder Drei?*, S. 10; Fischer, *Analogie und Argument*, S. 175; allein Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, S. 318 f. bestreitet nach wie vor, dass die Analogie eine eigenständige logische Struktur juristischen Begründens ist und bleibt auf der Subsumtion und Abwägung bestehen.

607 Die Logokratische Methode ist eine philosophische Untersuchung der Natur von Argumenten und ihrer Anwendung in der Rechtspraxis, dazu Brewer, *First Among Equals*, S. 281.

608 Diese Ähnlichkeit bejaht auch Fischer, *Analogie und Argument*, S. 207.

anders als das Deduktionspostulat behauptet, ein analogisches, d. h. vergleichendes Verfahren ist:⁶⁰⁹

„Gefunden wird der Rechtsspruch von der „einfachen“ Rechtsanwendung bis zur freien richterlichen Rechtsfortbildung durch Gleichsetzung (oder Ungleichsetzung) des zu entscheidenden Falles mit den vom Gesetz bzw. von der Rechtsordnung zweifellos gemeinten Fällen. Das Recht wird im Akt. Diese Gleichsetzung geht aber einher mit den logischen Schlüssen der Abduktion und Induktion, und sie läuft mit dem logischen Schluss der Deduktion aus [...]. Im Grunde ist es sehr einfach: Was dem Deduktionschluss (der Subsumtion) vorausgeht, ist (abgesehen von dem Vorverständis qua Abduktion) die wechselseitige Gewinnung des Obersatzes per Induktion sowie des Untersatzes per Analogie.“⁶¹⁰

Der Analogie(schluss)-Begriff wird in der (rechts)philosophischen Literatur nicht einheitlich verwendet. So wird die Analogie in der Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie beispielsweise allgemein „als Verhältnisgleichheit zu charakterisierende Art der Ähnlichkeit [verstanden], wobei die verglichenen Verhältnisse (Relationen) materiell verschieden sein können, formal (strukturell) jedoch Gleichheit in einer jeweils angebbaren Hinsicht vorliegt.“⁶¹¹ Anders im historischen Wörterbuch der Rhetorik, wo der produktive Schlusscharakter der Analogie hervorgehoben wird: „Allgemein gilt jedoch, dass die Analogie dazu gebraucht wird, um Unbekanntes aus Bekanntem zu erschließen, oder um Ungleiche mit Ungleichen in Zusammenhang zu bringen. Dies geschieht aufgrund von Ähnlichkeit, oder enger gefasst den relationalen Charakter der Analogie Rechnung tragend, aufgrund von Verhältnisgleichheit bzw. Verhältniseinheit.“⁶¹² Eng fasst Lorenz den Analogieschluss: Haben zwei Formeln x und y das Prädikat Q, und hat Y auch das Prädikat P, könne *per analogiam* darauf geschlossen werden, dass x ebenso das Prädikat P habe, wenn gilt, dass alle Formeln, die das Prädikat

609 Brewer, *Interactive Virtue*, S.165; Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 25; Obwohl Kaufmann dabei das Herstellungsverfahren und nicht die Darstellung vor Augen hat, soll eine nähere Betrachtung erfolgen, weil die Grenzen der Herstellbarkeit gleichzeitig die Darstellung limitieren: Eine überzeugende Darstellung kann nur gelingen, wenn sie nicht von offensichtlich falschen Annahmen über die Herstellung ausgeht. Zur Verschränkung von Herstellung und Darstellung auch Fischer, *Analogie und Argument*, S. 31 und hier oben ab S. 35.

610 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 77.

611 Thiel, *Analogie*, S.117.

612 Hoenen, *Analogie*, S. 498.

Q haben, auch das Prädikat P haben.⁶¹³ Gerade die letzte Voraussetzung steht vor dem Analogieschluss aber nicht fest, sondern ist das Ergebnis – Kaufmann würde wohl sagen, es ist die induktiv erschlossene Regel, welche die Analogie so erst ermöglicht.

Analogische Argumente sind dadurch gekennzeichnet, dass, weil zwei oder mehr Gegenstände einige Merkmale gemeinsam haben, darauf geschlossen werden kann, dass sie auch ein weiteres Merkmal gemeinsam haben.⁶¹⁴ Im Rahmen der Rechtsanwendung wird „*der im gesetzlichen Tatbestand begrifflich formulierte Normsachverhalt mit dem wirklichen konkreten Lebenssachverhalt in eine Relation gebracht, indem mittels eines ‚teleologische‘ Verfahrens ihre Ähnlichkeit festgestellt wird. Das aber ist Analogie.*“⁶¹⁵ Mit Analogien sind im Folgenden deshalb „*Gleichsetzungen von Ungleichem nach Maßgabe eines sich als wesentlich erweisenden Gesichtspunktes*“⁶¹⁶ gemeint, es „*wird das weniger Bekannte mit dem Bekannteren verglichen, um dann dem ersten auch das zweifelhafte Merkmal, das zweifelsfrei nur der bekannte Fall 1 aufweist, zuzuordnen.*“⁶¹⁷ Die rechtliche Bewertung eines Einzelfalls erfolgt, indem der zu entscheidende Fall mit den vom Gesetz bzw. von der Rechtsordnung gemeinten Fällen gleichgesetzt wird. Da Gleichheit relativ als „*Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt*“⁶¹⁸ zu begreifen ist und die Logik nur mit Identität arbeiten kann, müssen „*die Beziehungsglieder durch eine Abstraktion erst gleichgemacht werden, bevor die Schlüsse der Logik einsetzen können, d. h. die Logik setzt einen Prozess der Analogie voraus.*“⁶¹⁹ Ob zwei Fälle gleich behandelt werden, hängt maßgeblich von der Wahl des *tertium*

613 Lorenz, *Analogieschluss*, S. 119.

614 Brewer, *Exemplary Reasoning*, S. 923 ff.; Brewer, *Indefeasible Analogical Argument*, S. 33 ff.; Kaufmann hatte die Analogie auch mal als „*hintereinandergeschaltete Induktion und Deduktion*“ beschrieben, Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 300.

615 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 302.

616 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 294.

617 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 59.

618 Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 127.

619 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 298.

comparationis ab, unter dem die zu Vergleichenden betrachtet werden.⁶²⁰ Eine Analogie behauptet niemals die materielle Identität, sondern nur eine formelle, strukturelle (Verhältnis)Gleichheit.⁶²¹ Dass die Gleichbehandlung zweier Fälle elementar für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses ist, zeigen die formallogischen Anforderungen, die an einen Analogieschluss gestellt werden. Demnach kann, wenn es eine Eigenschaft Q gibt, für die „Alle S1 sind Q“ und „alle S2 sind Q“ gilt (*tertium comparationis*), von „alle S1 sind P“ *per analogiam* nur dann auf „alle S2 sind P“ geschlossen werden, falls „alle Q sind P“ gilt.⁶²² Letzteres zu begründen – nämlich, dass alle Fälle, die Q sind, auch P sind, d. h. dass alle Fälle, die sich in einem Punkt gleichen, sich auch in einem anderen gleichen – ist die Hauptaufgabe der juristischen Argumentation beim Analogieschluss.

Der Analogieschluss basiert mithin auf der Kenntnis der Merkmale eines bestimmten Falles und der Ähnlichkeit mit einem anderen Fall in Bezug auf diese Merkmale.⁶²³ Derart findet auch die Rechtsanwendung statt: Die paradigmatischen Fälle – die Fälle, die der Gesetzgeber bei der Normsetzung regeln wollte – können über die Auslegung, insbesondere unter Bezugnahme auf die Materialien zur Gesetzesbegründung zumindest hinreichend klar bestimmt werden.⁶²⁴ Im Rahmen der Rechtsanwendung wird dann die Ähnlichkeit des Einzelfalls mit den paradigmatischen Fällen begründet, und dann über einen Analogieschluss darauf geschlossen, dass für die Verhängung der Rechtsfolge auch in dem Einzelfall mit der Norm ein Grund besteht. Der Analogieschluss ist aber nicht logisch zwingend, sondern produktiv und verschafft nur wahrscheinliches Wissen.⁶²⁵ Ziel der juristischen Argumentation im Rahmen der Rechtsanwendung ist also die Begründung, warum der konkret zu beurteilende Sachverhalt den vom Gesetz abstrakt beschriebenen Fällen in allen wesentlichen Punkten gleicht bzw. ähnelt und deshalb wie die paradigmatischen Fälle behandelt werden soll. Der Vergleich ist kein reiner Erkenntnisakt, sondern erfordert auch

620 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 301; zur Auswahl des Tertiums eingeht Fischer, *Analogie und Argument*, S. 99 ff.

621 Thiel, *Analogie*, S. 117; Hoenen, *Analogie*, S. 498.

622 Lorenz, *Analogieschluß*, S. 119.

623 Ähnlich Kondakow, *Wörterbuch der Logik*, S. 27.

624 Dabei ist auch die Auslegung selbst oft ein analogisches Verfahren, siehe Brewer, *Indefeasible Analogical Argument*, S. 33 ff.

625 Kondakow, *Wörterbuch der Logik*, S. 28.

ein dezisionistisches Element.⁶²⁶ Wesentliche Punkte im Rahmen der Argumentation sind die expliziten – und im Rahmen der Auslegung näher zu bestimmenden impliziten – gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der Norm. Liegt eine Ähnlichkeit in den wesentlichen Punkten vor, besteht in dieser Tatsache in Verbindung mit der Norm ein Grund⁶²⁷ für die Verhängung der Rechtsfolge.

Aus einer argumentationspraktischen Perspektive ändert sich durch die Vorstellung der Rechtsanwendung als nicht rein deduktives Verfahren auf den ersten Blick wenig: Die Erörterung, inwiefern ein Tatbestandsmerkmal in einem Einzelfall erfüllt ist, wird auch weiterhin einer der zentralen Punkte der juristischen Argumentation bleiben. Ziel ist allerdings weniger, nachzuweisen, dass der Einzelfall von den Tatbestandsmerkmalen mitumfasst und bedacht ist, sondern vielmehr zu begründen, *warum der Einzelfall dem gesetzlich abstrahierten Tatbestand im Wesentlichen gleicht*. Dabei wird nicht ausgeschlossen, dass die Argumentation zu dem Ergebnis führt, dass das Tatbestandsmerkmal durch den Einzelfall genauso erfüllt wurde, wie es der Gesetzgeber vor Augen hatte. Wird bspw. dargelegt, dass ein Faustschlag ins Gesicht nicht nur einer körperlichen Misshandlung im Wesentlichen gleichkommt, sondern dass Schläge genau das sind, was der Gesetzgeber mit körperlicher Misshandlung umschrieben hat, ist dies hinreichend, um bezüglich des Tatbestandsmerkmals der körperlichen Misshandlung eine wesentliche Ähnlichkeit – gleichsam einer Identität – zu bejahen. Dies ist durch das Verständnis der Rechtsnorm als Klassenbeschreibung von paradigmatischen Fällen nicht ausgeschlossen – denn nur weil der Gesetzgeber nicht alle Fälle bedacht hat, ist damit nicht gesagt, dass er nicht manche Fälle dennoch genauso vor Augen hatte und dies dargelegt werden kann. Erforderlich ist dies indes nicht: Hat jemand einen anderen mit HIV infiziert, wird dies schwerlich mit den Begriffen der körperlichen Misshandlung oder der Gesundheitsschädigung, wie sie der Gesetzgeber vor Augen hatte, in Deckung gebracht werden können. Dargelegt werden muss dann, warum die Infektion mit HIV in psychischen und physischen Folgen den typischen Fällen der Körperverletzung ähnelt. Dabei ist der

626 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74; im Ergebnis auch Larenz: „Die Problematik der Analogie liegt, wie hiernach leicht zu sehen, weniger in der Feststellung der Ähnlichkeit der Tatbestände als in der Beantwortung der Frage, ob ihre teilweise Übereinstimmung wertungsmäßig so bedeutsam ist, dass sie die rechtliche Gleichbehandlung der Fallgruppe rechtfertigt.“ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 360 f.

627 Zu Rechtsnormen als Gründe siehe ab S. 148.

konkret zu beurteilende Einzelfall dennoch nicht *absolut gleich* den Fällen, die der Gesetzgeber bei der Setzung vor Augen hatte, sondern lediglich *relativ gleich* – ausgehend vom Standpunkt der Tatbestandsmerkmale der Norm, die das *tertium comparationis* darstellen.

Der Schwerpunkt der syllogistischen und der nichtsyllogistischen Argumentation ist allerdings verschieden: Während sich die syllogistische Argumentation darauf konzentriert bzw. konzentrieren muss, zu belegen, dass ein bestimmter Fall von einer Norm umfasst ist, und schwerpunktmäßig die Tatbestandsmerkmale der Norm in den Blick nimmt und Wertungsfragen nur implizit mit einbezieht, beispielsweise über Auslegung, kommt es bei der nichtsyllogistischen Argumentation explizit auf Wertungsfragen an. Denn die syllogistische Argumentation schließt mit dem Nachweis, dass der zu beurteilende Fall unter die Norm fällt, da die Rechtsfolge dann aus der Norm selbst folgt. Aus dem nichtsyllogistischen Paradigma heraus ist die Ähnlichkeit des zu beurteilenden Falls mit den von der Norm durch Tatbestandsmerkmale beschriebenen Fällen aber nur ein guter, aber widerlegbarer Grund für die Feststellung der Rechtsfolge der Norm.. Dennoch wird die Subsumtion bzw. der Deduktionsschluss bei dem Verständnis der Rechtsanwendung als analogisches Verfahren dadurch nicht überflüssig, sondern sie steht am Ende des Rechtsgewinnungsverfahrens als „*gedankliche Schlusskontrolle*“⁶²⁸⁶²⁹

b) Bezugnahme auf Präjudizen in der juristischen Argumentation

Ähnlichkeitsvergleiche, wie sie dem Analogieschluss zugrunde liegen, erscheinen nicht unproblematisch, da prinzipiell „*alles Mögliche und Unmögliche miteinander in eine Ähnlichkeitsrelation gesetzt werden kann*“⁶³⁰. In der Praxis erfolgt aber in der Regel keine freie Analogiebildung: Stattdessen wird mithilfe der Gesetzesmaterialien, der Literatur und insbesondere den Präjudizen bestimmt, welche Kriterien maßgeblich sind, um die Ähnlichkeit des zu beurteilenden Falles mit den von der Norm erfassten paradigmatischen Fällen herzustellen.

628 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 79.

629 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. VI, 7 f.; Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 298.

630 Fischer, *Analogie und Argument*, S. 102 f.

Gemeint ist damit nicht, dass den Präjudizien eine rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Dass die Begründungskraft der Autorität argumentationstheoretisch leer läuft, formulierte schon Brandom:⁶³¹

„Der gegenwärtige Richter scheint der Vergangenheit somit nur zu schulden, was er als seine Schuld ihr gegenüber anerkennt. Und wenn und soweit dies richtig ist, ist die Autorität der vergangenen Entscheidungen leer [...]. Die Stimme der Vergangenheit kann keine Autorität über die Gegenwart besitzen, wenn die Gegenwart sowohl darüber befinden kann, wann sie hinhört und wann nicht, als auch darüber, wie das, was sie aus der Vergangenheit hört, auszulegen ist.“⁶³²

Rechtlich ist eine Bindungswirkung von Präjudizien abgesehen von § 31 BVerfGG bezüglich der Urteile des BVerfG zwar grundsätzlich nicht vorgesehen. Es mögen sich untere Gerichte an den Präjudizien höherer Gerichte und diese an ihrer früheren Rechtsauffassung orientieren,⁶³³ und ein Richter, der beständig entgegen der höchstrichterlichen Auffassung Recht spricht, mag nicht erwarten dürfen, dass seine Urteile in der Berufungs- oder Revisionsinstanz Bestand haben werden. Obgleich Präjudizien keine rechtliche Bindungswirkung der Gestalt haben, dass andere Gerichte das Recht nicht entgegen dem Präjudiz interpretieren dürfen, sind Präjudizien dennoch normativ: Da eine jede juristische Entscheidung den Anspruch erhebt, die richtige Entscheidung zu sein,⁶³⁴ bedeutet ein Präjudiz die Behauptung, dass ein bestimmter Fall mit einer bestimmten rechtlichen Bewertung richtig bewertet worden ist. Die Rechtskraft des Präjudizes wird damit ein Argument für die erfolgte rechtliche Beurteilung des Sachverhalts. Ausreichend ist der Verweis darauf, ein anderes Gericht hätte einen ähnlichen Fall auf eine bestimmte Art und Weise entschieden, jedoch nicht, da dies auf eine autoritative Begründung der juristischen Entscheidung hinauslaufen würde: Der Begründende würde quasi sagen: „Ich entscheide so, weil ein höheres / anderes Gericht einen ähnlichen Fall ebenso entschieden hat.“ Eine überzeugende Argumentation unter Bezugnahme auf ein Präjudiz erfordert deshalb nicht nur, dass das Präjudiz als Konkretisierung

631 Zu Brandoms Case-Law Modell siehe Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, S. 221. Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, S. 221.

632 Brandom, *Pragmatistische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen*, S. 379.

633 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 77 mwN.

634 Siehe dazu ab S. 70.

einer Rechtsnorm eingeführt wird und dargelegt wird, warum der zu entscheidende Fall dem Präjudiz und damit der Norm in allen wesentlichen Punkten gleicht, sondern der Argumentierende muss sich die Argumentation des Präjudizes zu eigen machen.⁶³⁵ Er soll also quasi sagen: „*Dieser Sachverhalt ist auf diese Art rechtlich zu beurteilen, weil er dem Fall, der dem Präjudiz x zugrunde lag, im Wesentlichen gleicht, und die Argumentation und die rechtliche Bewertung aus dem Präjudiz deshalb auf diesen Sachverhalt übertragen werden muss.*“⁶³⁶

c) Analogieverbot und Grenze zur Rechtsfortbildung

Da jede Rechtsanwendung zu einem gewissen Grad analog verfährt, wirft dies in Rechtsgebieten, wo – wie beispielsweise im Strafrecht nach Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB – ein Analogieverbot herrscht, die Frage auf, was noch erlaubt ist. Das BVerfG hat mehrfach und reichlich vage festgestellt, dass im rechtlichen Kontext die Analogie „*nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen*“ sei, sondern „*vielmehr jede Rechts-, Anwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht*“, ausgeschlossen sei.⁶³⁷ Das Analogieverbot hängt mithin nicht am Analogiebegriff, wie ihn die Rechtsprechung und Literatur beispielsweise zur

635 „Die präjudizielle Wirkung eines Urteils beruht auf seinem Argumentationsgehalt, nicht dagegen auf der Tatsache der Entscheidung.“, Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 566.

636 Dies erklärt, warum die Bezugnahme auf Präjudizien so häufig ist – es spart schlicht Zeit und Aufwand, auf die Argumentation vorangegangener ähnlicher Urteile zu verweisen –, aber auch, dass die Bezugnahme auf Präjudizien nicht notwendig für das Gelingen juristischer Argumentation ist. Ähnelt der zu beurteilende Fall beispielsweise keinem vorangegangenen, kann dessen Bewertung nur schwerlich über ein Präjudiz begründet werden. Und wenn der Richter zum Beispiel anderer Auffassung ist als ein anderes Gericht, das einen ähnlichen Fall bereits beurteilt hat, kann er seine Entscheidung juristisch begründen, ohne auf das Präjudiz – dieses hat keine Bindungswirkung! – Bezug nehmen zu müssen. Aus pragmatischen – nicht rechtlichen oder argumentationstheoretischen – Gründen mag es in letzterem Fall allerdings ratsam sein, dass eine Bezugnahme auf das Präjudiz erfolgt und kurz dargelegt wird, warum von der Rechtsprechung abgewichen wird. Ansonsten muss sich spätestens das Berufungs- oder Revisionsgericht damit befassen.

637 Zuerst BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1985 – 1 BvR 1053/82, dies vielfach von der Rechtsprechung wiederholt, so bspw. u.a. im Sitzblockadenurteil BVerfG, Urteil vom 11. November 1986 – 1 BvR 713/83; jüngst auch BGH, Urteil vom 09. Juli 2015 – 3 StR 33/15, Rn. 30 und BVerfG Beschluss vom 08. Dezember 2014 – 2 BvR 450/11, Rn. 19.

Rechtsfortbildung im Zivilrecht gebraucht. Das vorliegende Verständnis der Rechtsanwendung als analogisches Verfahren steht dem Analogieverbot im Strafrecht deshalb nicht entgegen: Die Abgrenzung zwischen erlaubter Rechtsanwendung und verbotener Analogie im Strafrecht verläuft nicht an der – ohnehin nur schwer zu ziehenden⁶³⁸ – Grenze zwischen Analogie und Auslegung.⁶³⁹ Die Grenze zwischen erlaubt und verboten ausgehend vom strafrechtlichen Analogieverbot dürfte nahe an der Wortlautgrenze verlaufen:⁶⁴⁰ Innerhalb der Wortlautgrenze ist eine Auslegung erlaubt,⁶⁴¹ stellenweise wird auch die Zulässigkeit einer weiten Auslegung des Wortlauts befürwortet.⁶⁴² Dem Analogieverbot steht es nicht entgegen, wenn ein gesetzlicher Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet wird.⁶⁴³ Hingegen kann an anderer Stelle der Gebrauch eines Wortes „in einem weiteren, über den umgangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinn“ dem Analogieverbot zuwiderlaufen.⁶⁴⁴ Die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Auslegung im Strafrecht ist dabei keineswegs klar und zudem umstritten.⁶⁴⁵ Da die Verortung der Grenzziehung jedoch

638 Als Abgrenzungsversuch zwischen Analogie und Auslegung könnte dienen, dass das Verfahren der Analogie zwar auch bei der Norm beginnt, diese aber nicht in sich selbst ausgedehnt, sondern diese mit dem analog zu behandelnden Fall derartig vergleicht, dass zunächst die Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden, um anschließend aufgrund der festgestellten Ähnlichkeit die Rechtsfolge auch auf den analog zu behandelnden Fall anzuwenden, siehe Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 59, so auch Kondakow, *Wörterbuch der Logik*, S. 27.

639 Hassemer / Kargl, § 1 StGB *Keine Strafe ohne Gesetz*, Rn. 77; nach Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 9 unterscheidet sich die Auslegung von der Analogie nur über ihren Grad der Gesetzesextension. Auch das BVerfG begreift das Analogieverbot deshalb nicht im technischen Sinne, sondern fasst beispielsweise darunter auch die restriktive oder extensive Auslegung, siehe BVerfGE 126, 1270 (197 ff.), und Fischer, *Analogie und Argument*, S. 25.

640 Hassemer / Kargl, § 1 StGB *Keine Strafe ohne Gesetz*, Rn. 79.

641 BGH Urteil vom 06. Dezember 2018 – 4 StR 371/18, Rn. 14.

642 BVerfG, Beschluss vom 04. Dezember 2003 – 2 BvR 1107/03.

643 BGH, Urteil vom 27. Juli 2017 – 3 StR 57/17, Rn. 28.

644 KG, Urteil vom 06. Juli 2010 – 1 Ss 462/09.

645 Siehe dazu beispielsweise Yi, *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung : das strafrechtliche Analogieverbot*; Strassburg, *Analogieverbot: Formalgrenze oder Wertungsgrenze*; Sax, *Das strafrechtliche Analogieverbot: eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht*; Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht : eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*; Wiedemeyer, *Theoretische Begründung und praktische Durchführung des strafrechtlichen Analogieverbots*; Kirsch, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*; Rüthers / Höpfner, *Analogieverbot und*

von der Auffassung, dass Rechtsanwendung analogisch vorgeht, unberührt bleibt, kann die Grenzziehung an dieser Stelle dahinstehen.

Auch jenseits des strafrechtlichen Analogieverbots gelingt eine Grenzziehung zwischen Rechtsanwendung – Auslegung – und Rechtsfortbildung nur ungenügend.⁶⁴⁶ Die analogische Vorstellung der Rechtsanwendung kann dies zwar nicht ändern,⁶⁴⁷ sie suggeriert jedoch auch nicht, dass eine derartige Grenzziehung erforderlich sei. Denn die Rechtsnorm als Beschreibung von paradigmatischen Fällen und deren Anwendung im analogenischen Verfahren kann offen mit Lücken im Gesetz umgehen. Diese müssen nicht durch Konstruktionen geschlossen werden, die vorgeben, wirklich alle Fälle seien geregelt, sondern sie können offen diskutiert werden, indem zunächst erörtert wird, welchen geregelten paradigmatischen Fällen der Einzelfall am meisten ähnelt, und anschließend bewertet wird, ob der Gesetzgeber einen Grund hatte, den Fall absichtlich nicht zu regeln. Diese Prüfung der im Rechtsunterricht immer noch zu nachlässig behandelten⁶⁴⁸ Analogie, die in der Literatur zumeist der umgekehrten Reihenfolge folgt – erst wird die Planwidrigkeit der Lücke festgestellt, und dann die Vergleichbarkeit der Interessenlage –⁶⁴⁹ ist für die Rechtsnorm als Allsatz ein systemfremdes Element, für das vorliegende Verständnis allerdings nur eine Erweiterung des Regelfalls. Die Analogie mag den

subjektive Auslegungsmethode; Hassemer, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht; Priester, Zum Analogieverbot im Strafrecht.

646 Möllers kommt beispielsweise zu dem Schluss, „Rechtsfortbildung [könne] damit auch innerhalb der Wortlautgrenze stattfinden.“ Oder gar „Damit wäre jede Auslegung auch Rechtsfortbildung“, Möllers, *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, S. 111 f. mwN. Buchwald bejaht Rechtsfortbildung dann, „wenn innerhalb einer Einzelfallbegründung eine normative Regel wesentlich vorkommt, die mindestens einer Rechtsnorm, d. h. hier: einem Gesetz im materiellen Sinne, widerspricht, wenn also die Bedingung rechtssystematischer Kohärenz nicht erfüllt ist“, Buchwald, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*, S. 45; die Rechtsfortbildung gilt als rational begründet, „wenn ohne diesen Widerspruch zur Rechtsordnung mehr oder gewichtigere Widersprüche im Rechtssystem entstünden, Buchwald, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*, S. 46.“

647 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* S. 367; Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts : rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*; Zweigert, *Juristische Interpretation* S. 255.

648 Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, S. 151.

649 So bspw. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 236 ff.; anders Kuhn, *Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis*, S. 109. Anders Kuhn, *Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis*, S. 109.

Verfechtern der Rechtsnorm als Allsatz Unbehagen bereiten, da es sich um keine scheinbar erkennende Subsumtionstätigkeit handelt, sondern der Allsatz so umdefiniert werden muss bzw. ein zweiter Allsatz geschaffen werden muss, dass der Rechtsanwender quasi die Rolle des Gesetzgebers einnimmt. In den Erläuterungen zur Prüfung einer Analogie wird auch nur gelegentlich erwähnt, dass es sich bei der Feststellung der Planwidrigkeit der Regelungslücke um einen wertenden Akt handelt, da der Rechtsanwender hier begründen muss, dass die vorher festgestellte objektiv gleicher Interessenlagen des geregelten und des nicht geregelten Falls fehlerhaft ungleich geregelt wurden, also auch gleichbehandelt werden sollen.

d) Erhalt des Universalisierbarkeitsprinzips

Auch das Universalisierbarkeitsprinzip wird durch die Vorstellung der Rechtsanwendung als analogisches Verfahren nicht zurückgewiesen. Das Universalisierbarkeitsprinzip ist erforderlich, um eine Wiederholbarkeit des Verfahrens zu ermöglichen, was Voraussetzung für ein rationales Verfahren ist.⁶⁵⁰ Nach Hare ist zur Beantwortung der Frage, was wir tun sollten, entscheidend, dass eine Handlung ausgewählt wird, „auf die wir uns selbst festlegen können (Präskriptivität), von der wir aber auch zugleich bereit sind, sie als Beispiel für einen Handlungsgrundsatz zu akzeptieren, der auch für andere in ähnlichen Umständen als Vorschrift zu gelten hat (Universalisierbarkeit).“⁶⁵¹ Bei der Wiederholbarkeit im Rahmen des Universalisierbarkeitsprinzips geht es aber nicht um identische, sondern um ähnliche Fälle unter Hervorhebung ihrer Typizität, d. h. ihrer gemeinsamen Merkmale mit anderen Fällen.⁶⁵² Das Universalisierbarkeitsprinzip erfordert lediglich die Regelgeleitetheit einer Entscheidung – die „Argumentation, die Anspruch auf Rationalität erheben will, [muss] den Forderungen der Generalität und der Stützung [...] der vorgebrachten Behauptungen genügen.“⁶⁵³ Generalität meint dabei, dass es möglich sein muss, die Wertungen der Argumentation generell, d. h. ohne Bezug auf den Einzelfall zu formulieren.⁶⁵⁴ Die Rechtsanwendung als analogisches Verfahren ist keine regelfeindliche Konzeption,

650 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 26.

651 Hare, *Freiheit und Vernunft*: S. 108.

652 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 26.

653 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 94 ff.

654 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 94 ff.

sie erachtet Regeln vielmehr als notwendig, um eine Gleichbehandlung ähnlich gelagerter und ausgehend von gewissen Vergleichspunkten gleicher Fälle zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass syllogistisches Rechtsdenken nicht etwa eine Konsequenz des Universalisierbarkeitsprinzip in der Fassung bei *Hare* ist. Denn syllogistisches Denken kann den Umgang mit moralischen Prinzipien, wie *Hare* sie schildert, nur unzureichend erfassen. *Hare* schildert zwei Situationen, in denen von einem universalen Prinzip abgewichen wird: Zunächst diejenige, in der eine Veränderung eintritt, welche eine Revision des Prinzips erforderlich macht,⁶⁵⁵ oder in denen zwar keine Veränderung eintritt, aber das Prinzip zu generell oder fehlerhaft formuliert wird, sodass eine Modifikation durch die Integration des Ausnahmefalls in das Prinzip erforderlich ist.⁶⁵⁶ Weiterhin aber beschreibt *Hare* auch, dass es in manchen Situationen erforderlich ist, dass sich ein Prinzip im Konfliktfall über ein anderes hinwegsetzt, ohne dass das zurücktretende Prinzip modifiziert werden müsste:

„Sometimes, when two evaluations or (in general) prescriptions conflict (not in the sense that they contradict each other, but in the sense that, the facts being what they are, we cannot act at both) we allow one to override the other. I interpret this term as meaning, not only that we in fact act on the one and not the other, but that we think that we ought to act on one even though it involves disregarding the other. [...] The case is therefore quite distinct from that in which one qualifies, or adds a rider to, a moral principle that one holds in order to prevent conflicting with some other moral principle that one also holds.“⁶⁵⁷

Da dabei nicht das moralische Prinzip selbst in Frage gestellt wird, weil dieses weiter besteht und lediglich im Einzelfall zurücktritt, steht das der Universalisierbarkeit nicht entgegen. Gerade dies lässt sich im syllogistischen Modell aber nicht erfassen.

e) Beispiele aus der Rechtsprechung

Dass der Rechtsanwendung in der Praxis oft keine syllogistische, sondern primär eine analogische Struktur zugrunde liegt, lässt sich anhand veröffentlichter Urteile darlegen. Zwar kommen einige Urteile – was wohl dem

655 Hare, *Freedom and Reason*, S. 24 f.

656 Hare, *Freedom and Reason*, S. 168.

657 Hare, *Freedom and Reason*, S. 168.

Vorrang des syllogistischen Verfahrens in der Juristenausbildung geschuldet ist – in syllogistischem Gewand einher. Der Schwerpunkt der Begründung liegt dabei aber nicht auf der Subsumtion, sondern auf der Begründung des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale. Als Beispiel soll zunächst ein erstinstanzliches Urteil zu der Frage dienen, ob es sich bei der coronabedingten Schließung eines Golfplatzes für zwei Monate um eine Störung der Geschäftsgrundlage handle, die zur Rückerstattung des Beitrags durch Vertragsanpassung verpflichte:

„Den Klägern sind keine Beeinträchtigungen entstanden, die die Grenze des Zumutbaren überschreiten. Die Unzumutbarkeit ist nach der ausdrücklichen Anordnung in Absatz 1 unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. In besonderem Maße zu berücksichtigen ist die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung, also die vertragstypische Risikozuweisung durch das Gesetz selbst sowie die Vereinbarungen der Parteien und in wessen Sphäre das Risiko fällt [...]. Grundsätzlich gilt, dass das Festhalten am Vertrag zumutbar ist, so lange es nicht zu einem mit Recht und Gesetz schlechthin unvereinbaren Ergebnis führt [...]. Im Ausgangspunkt trägt zwar jede Vertragspartei das Risiko ihrer geschuldeten Leistung. Die Corona-Krise stellt ein Ereignis höherer Gewalt, also ein von außen kommendes, nicht vorhersehbares und unabwendbares Ereignis dar. Dabei handelt es sich um einen Umstand, der in den Risikobereich keiner der Parteien fällt. So wurde eine Störung der Geschäftsgrundlage bei behördlicher Untersagung der Vertragsdurchführung bejaht, wenn die anlassgebenden Sicherheitsrisiken beide Parteien gleichermaßen betrafen und billigerweise nicht eine Partei allein mit den Folgen zu belasten war (OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. Mai 1992 – 15 U 297/91, Veranstaltungsabsage wegen des Golfkrieges). Auch die drohende Existenzvernichtung durch äußere, nicht der eigenen Risikosphäre zuzurechnende Umstände ist eine anerkannte Fallgruppe. Dass die Beitragszahlungen im streitgegenständlichen Zeitraum für die Kläger unzumutbare oder gar existenzvernichtende Folgen hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Dabei ist auch zu beachten, dass sie auch bei Bespielbarkeit des Platzes diese Ausgaben gehabt hätten. Sie hatten lediglich in diesem Zeitraum keine Möglichkeit zum Golfspielen. Mehrausgaben sind ihnen nicht entstanden. Auf Seiten der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass diese auch während der Betriebsuntersagung unstreitig die Kosten für den Erhalt des Golfplatzes, etwa in Form von Lohnzahlungen sowie Wartungs- und Pflegekosten, zu tragen hatte. Sie hat sich dadurch, dass der Platz nicht

bespielt wurde, finanziell nichts erspart. Im Gegenteil, durch das Entfallen von Golfkursen und ähnlichem sind ihr sogar weitere Einnahmen, die ihr sonst zugute kommen, entgangen. Ihr einseitig die (finanziellen) Folgen aufzuerlegen, wäre für sie existenzvernichtend. Anders als im vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall (a.a.O.) hätte die Beklagte auch keinen unmittelbaren finanziellen Vorteil davon gehabt, den Klägern (und anderen Mitgliedern) im streitgegenständlichen Zeitraum die Anlage zur Verfügung zu stellen. Im Gegensatz zu diesem Fall erhebt die Beklagte kein Entgelt für jede Runde Golf, die auf ihrem Platz von den Mitgliedern gespielt wird. Sie erhält die selben Beiträge, unabhängig davon, ob die Mitglieder ihre Berechtigung nutzen oder nicht. Auch die vertragliche Risikoverteilung legt das Risiko der Nichtnutzung der Spielerlaubnis grundsätzlich den Klägern als Mitgliedern auf (s.o., Ziffer 5 der Verträge).“⁶⁵⁸

Das Gericht zieht hier zur rechtlichen Bewertung Fallgruppen bzw. vorangegangene Urteile heran, und erörtert dann im Einzelnen die Risikoverteilung infolge der Golfplatzschließung aufgrund der Corona-Pandemie. Kern der Argumentation ist nicht die Subsumtion unter eine Norm, sondern die Darlegung der konkreten Risikoverteilung im Einzelfall, wobei ein Abgleich mit dem vorangegangenen Urteil des OLG Karlsruhe im Mittelpunkt steht. Dargelegt wird, warum sich der zu beurteilende Fall von dem Fall des OLG Karlsruhe wesentlich unterscheidet und deshalb anders zu bewerten ist.

Auch in höchstrichterlicher Rechtsprechung wird die Entscheidungsgrundierung regelmäßig nicht syllogistisch orientiert. Weist beispielsweise ein Fahrzeug bei der Übergabe an den Käufer eine Abschalteinrichtung vor, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, stellt sich die Frage, ob darin ein Sachmangel vorliegt. Mangels einer Beschaffenheitsvereinbarung ist dabei das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen. Allerdings könnte ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB darin liegen, dass sich die Sache nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Der BGH argumentiert hierzu wie folgt:

„Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es eine Beschaffenheit aufweist, die weder seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt (vgl. Senat, NJW 2016, 3015;

658 AG Nurtingen, Urteil vom 17. Juli 2020 – 44 C 2310/20.

NJW 2017, 153; NJW 2019, 292 = ZIP 2018, 2272, jew. mwN). Dem dürfte das vom Kl. erworbene Fahrzeug bei Gefahrübergang nicht genügt haben. Nach den Feststellungen des BerGer. war es zu diesem Zeitpunkt werkseitig mit einer Software ausgestattet, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem Ausstoß im normalen Fahrbetrieb reduziert. Dass dieser Zustand – etwa durch eine Nachrüstung – zwischenzeitlich verändert wurde, ist nicht ersichtlich. Danach dürfte das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen sein, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde besteht.“⁶⁵⁹

Auf den ersten Blick erscheint die Argumentation des BGH als Teil einer syllogistischen Repräsentation: Es steht ein allgemeiner Satz voran, in dem die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung partiell definiert wird, und anschließend wird unter Bezugnahme auf das vom Kläger erworbene Fahrzeug dargelegt, dass dieses eine Beschaffenheit aufweist, die seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr beeinträchtigt. Bei genauerer Betrachtung fällt allerdings zunächst auf, dass sich der allgemeine Satz auf vorangegangene Rechtsprechung des BGH stützt, d. h. er fasst die Grundsätze vorangegangener Urteile abstrakt zusammen. Damit wird gleichsam gesagt: „In vorangegangen Urteilen wurde xyz als Bewertungsmaßstab angelegt, liegt xyz auch vorliegend vor, ist der Fall in diesem Punkt gleich den vorangegangenen Urteilen zu entscheiden.“ Die dogmatischen Sätze ermöglichen eine Abkürzung der Begründung, da sie die maßgeblichen Vergleichspunkte herausstellen, die in derartigen Fällen keine weitere Begründung bedürfen (deshalb verweist der BGH dann einfach auf andere Urteile). Weiterhin wird nicht unter den Allsatz subsumiert und ein logischer Schluss gezogen, sondern der Einzelfall wird an dem abstrakten Satz gemessen. Es wird dargelegt, dass in dem Einzelfall das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen ist, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung besteht. Dass damit die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigt wird und mithin sich das Kraftfahrzeug nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet – Untersatz und Schlussatz des Syllogismus – wird nicht dargelegt. Denn darauf kommt es auch nicht an: Für die Begründung wesentlich sind lediglich die Ausführungen, welche Bewertungsmaßstäbe in anderen Fällen angelegt wurden, und die Anwendung dieser Bewertungsmaßstäbe auf den

659 BGH, Hinweisbeschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR 225/17.

zu entscheidenden Fall, was nichts anderes als eine Prüfung des Falles auf die Bewertungsmaßstäbe hin bedeutet.

Die Feststellung, dass ein „Sachmangel“ vorliegt, erfolgt nicht, weil § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB Kraftfahrzeuge mit manipulierter Abgassoftware umfasst, sondern weil letztere in den wesentlichen Punkten anderen (mangelhaften) Gegenständen gleichen, für die der Begriff „Sachmangel“ gebraucht wird. Ob ein Sachmangel vorliegt oder nicht, hängt nicht an einer festen Definition, sondern ist durch einen Vergleich mit den Fällen zu ermitteln, in denen die Bezeichnung eines Sachmangels gebraucht wird. Insoweit können die Rechtswissenschaftler bezüglich der Frage nach der Rechtsanwendung von den Sprachphilosophen lernen: Im Anschluss an Wittgensteins *Philosophischen Untersuchungen* wird in der Sprachphilosophie vertreten, dass die Bedeutung eines Wortes sich aus dessen Gebrauch ergibt.⁶⁶⁰ Ebenso ergibt sich die Bedeutung von Rechtsbegriffen nur aus ihrem Gebrauch. Der Gebrauch kann zwar auf allgemeine Formeln gebracht werden. Um logisch abschließende und verbindliche Allsätze kann es sich dabei aber nicht handeln, weil Rechtsbegriffe – genauso wie die allgemeine Sprache – fluide sind und keine starren Grenzen haben. Um zu bestimmen, ob in einem bestimmten Sachverhalt der eine oder andere Rechtsbegriff zur Bewertung gebraucht werden darf, ist der Gebrauch des Begriffes in anderen Fällen in den Blick zu nehmen, und es ist abzuleiten, ob die Gebrauchssituation eine ähnliche oder eine andere ist.

Das bloße Subsumieren unter eine Norm ist deshalb wiederholt wenig überzeugend,. Als Negativbeispiel können die Ausführungen des Landgerichts Paderborn zur Frage, ob es sich bei der Corona-Pandemie um ein Ereignis höherer Gewalt handelt, dienen:

„Nach dem Bundesgerichtshof handelt es sich bei höherer Gewalt um ein von außen kommendes, keinen betrieblichen oder persönlichen Zusammenhang aufweisendes, auch durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis. Danach ergeben sich folgende Voraussetzungen für das Vorliegen höherer Gewalt: (1.) Es muss sich um ein von außen kommendes, betriebsfremdes und somit außerhalb des Einflussbereiches der Vertragsparteien liegendes Ereignis handeln; (2.) dieses Ereignis darf auch bei Anwendung äußerst vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt, und somit aufgrund Unvorhersehbarkeit nicht abwendbar sein.“

660 Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, § 43 PU.

Epidemien werden grundsätzlich als Ereignis höherer Gewalt anerkannt. Bei der Einordnung sollen unter anderem den Erklärungen des Auswärtigen Amtes und den Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) Indizwirkung zukommen. Auch unter dem UN-Kaufrecht werden Epidemien den Fällen höherer Gewalt zugeordnet. Die Ausbreitung des COVID-19-Virus wird sogar als Pandemie eingestuft. Zudem liegen Warnungen und Empfehlungen des Auswärtigen Amtes sowie der WHO vor.

Die Corona-Pandemie und ihre Folgen stellen ein von außen kommendes, betriebsfremdes Ereignis dar. Weil es eine Pandemie solchen Ausmaßes noch nie gegeben hat, war diese für den Einzelnen auch unvorhersehbar. Selbst bei Anwendung äußerst vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt war sie für den Einzelnen nicht abwendbar. Das neuartige Corona-Virus stellt also ein Ereignis dar, das unter den Begriff der höheren Gewalt fällt.“⁶⁶¹

Das Landgericht Paderborn wählt den für den Justizsyllogismus klassischen Aufbau: Zuanfangs steht die Definition und die Voraussetzungen für die Feststellung des Vorliegens höherer Gewalt, die Argumentation endet mit der Feststellung, dass die in der Definition genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Mittelteil aber thematisiert nicht etwa die einzelnen Definitionsbestandteile, sondern versucht einen Abgleich mit paradigmatischen Fällen – diese müssen keineswegs Präjudizen sein, sondern können auch allgemeine dogmatische Grundfälle sein, die bspw. der Gesetzgeber bei Setzung vor Augen hatte –, indem dargelegt wird, dass Epidemien als Ereignis höherer Gewalt anerkannt sind, und dass es sich bei der Corona-Pandemie um eine Pandemie und damit um ein Ereignis höherer Gewalt handelt. Argumentationstheoretisch problematisch ist dieses Vorgehen einerseits, weil nicht begründet wird, warum im Falle der Corona-Pandemie die durch die Definition dargelegten Voraussetzungen der höheren Gewalt erfüllt sind. Und andererseits, weil der Mittelteil, in dem begründet wird, dass die Corona-Pandemie ein Ereignis höherer Gewalt sei, weil es sich dabei um eine Pandemie handelt, sich in dem scheinbar syllogistischen Aufbau versteckt. Dadurch bekommt die Argumentation den Anschein, es werde lediglich unter eine Definition subsumiert. Eigentlich aber wird aufgrund einer Ähnlichkeit zu anderen Fällen – nämlich Epidemien – mit einem erst-Recht-Schluss begründet, dass die Corona-Pandemie auch ein Ereignis höherer Gewalt ist. Diese Argumentation muss und darf sich nicht in einem

661 LG Paderborn, Urteil vom 25. September 2020 – 3 O 261/20, Herv. durch die Verfasserin; Zitierungen des Gerichts wurden entfernt.

syllogistischen Aufbau verstecken – sie ist die eigentliche Begründung, die an der Stelle erforderlich ist. Das Abarbeiten einer Definition mag hilfreich sein, um darzulegen, dass ein Fall dem gesetzlich geregelten hinreichend ähnelt, dann ist aber auch ein entsprechender Umgang mit der Definition erforderlich. Umgekehrt ist der Einsatz einer Definition argumentations-theoretisch keineswegs in jeder Argumentationssituation notwendig oder sinnvoll.

In strittigen und komplizierten Fällen wird das analogische Verfahren der Rechtsanwendung besonders deutlich. In einem weiteren Diesel-Skandal-Urteil hat der BGH im Mai 2020 darüber entschieden, inwiefern der Käufer eines Kraftfahrzeugs mit manipulierter Abgassoftware einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen den Hersteller hat. Problematisch ist bei einer Haftung der Kraftfahrzeughersteller nach § 826 BGB, dass dagegen eingewendet werden könnte, dass VW lediglich das Kfz-Bundesamt, nicht aber den einzelnen Käufer getäuscht und letzterer deshalb auch keinen Anspruch nach § 826 BGB haben dürfte.⁶⁶² Der BGH legt deshalb dar, dass das Verhalten wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Käufer gleichsteht und deshalb eine für § 826 BGB erforderliche gegen die guten Sitten verstößende Schadenszufügung vorliegt. In den Leitsätzen des BGH zum Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung im „Dieselskandal“ tritt die Wertungsentscheidung, die hinter dem Urteil steht, deutlich zu Tage:

„Es steht wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer gleich, wenn ein Fahrzeughersteller im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen der Fahrzeuge durch arglistige Täuschung des Kraftfahrbundesamts zu erschleichen und die derart bemerkelten Fahrzeuge alsdann in den Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt ausnutzt.“⁶⁶³

Der BGH macht hier explizit, dass es sich nicht um eine erkennende Subsumtion gehandelt hat, sondern dass ein wertender Vergleich mit anderen Fällen erfolgt ist, und dass relative Gleichheit mit diesen anderen Fällen besteht. Dementsprechend wird in der Begründung ausführlich dargelegt,

662 Arnold, *Schuldrecht BT: Abgasskandal und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*, S. 685.

663 BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, Hervorhebungen durch die Verfasserin.

warum es rechtlich keinen Unterschied machen darf, ob das Kraftfahrbundesamt oder der Käufer arglistig getäuscht wird:

„Gerade wenn die Käufer (und damit auch der Kl.) [...] sich keine konkreten Vorstellungen über die Rechtsbeständigkeit der Typgenehmigung und die Erfüllung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte machten, war das Inverkehrbringen der Fahrzeuge unter diesen Umständen sittenwidrig und stand wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Käufer gleich. [...] Arglose Käufer der bemakelten Fahrzeuge mussten [...] mangels eigener Möglichkeiten, die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben auch nur nachvollziehen, geschweige denn kontrollieren zu können, darauf vertrauen, dass die gesetzlichen Vorgaben von der Bekl. eingehalten worden waren; gleichzeitig durften sie sich angesichts der die Bekl. nach den genannten Regelungen treffenden Pflichten und insbesondere im Hinblick auf das Typgenehmigungsverfahren darauf auch verlassen. Wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, setzt daher der Käufer eines Fahrzeugs – gleichgültig, ob er das Fahrzeug neu oder gebraucht erwirbt – die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben arglos als selbstverständlich voraus. [...] Die Bekl. machte sich im Rahmen der von ihr bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen durch arglistige Täuschung des Kraftfahrbundesamts zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze. Dabei erfolgte das Inverkehrbringen der Fahrzeuge gerade mit dem Ziel, möglichst viele der bemakelten Fahrzeuge abzusetzen. Ein solcher Fall steht einer bewussten arglistigen Täuschung derjenigen, die ein solches Fahrzeug erwerben, gleich. Die Bekl. trifft das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, daher gerade auch im Hinblick auf die Schädigung aller unwissenden Käufer der bemakelten Fahrzeuge. Diese Schädigung stellt die zwangsläufige Folge des Inverkehrbringens der betroffenen Fahrzeuge dar und liegt unmittelbar in der Zielrichtung des sittenwidrigen Verhaltens.“⁶⁶⁴

664 BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19.

f) Exkurs: Zum Unterschied von Common-Law und Civil-Law

Durch das Loseisen von der subsumierenden Rechtsanwendung rückt das europäische Civil-Law in seiner Rechtsanwendungstechnik eng mit dem anglo-amerikanischen Common-Law zusammen: Denn die klassische Unterscheidung von Common-Law und Civil-Law beruht auf dem Glauben, dass im Civil-Law-System unter eine allgemeine Regel subsumiert werde, im Case-Law-System hingegen die anzuwendenden Regeln erst aus Präzedenzfällen und Rechtsprinzipien hergeleitet werden:⁶⁶⁵

„Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise“⁶⁶⁶

Ausgehend vom Subsumtionsdenken läge der zentrale Unterschied also darin, dass im Civil-Law Rechtsregeln angewendet werden, im Common-Law diese vorher erst induktiv hergeleitet werden müssen.⁶⁶⁷ Die Rechtsnorm ist aber bei weitem keine abstrakte und allgemeingültige Regel, sondern vielmehr eine abstrakte Kodifizierung von paradigmatischen Fällen – und ähnelt damit dem Common-Law-System, das anstatt von gesetzgeberisch bedachten paradigmatischen Fällen Präzedenzfälle zum Maßstab macht. Die Anwendung einer ratio decidendi eines Präzedenzfalls auf einen neuen Fall kann deshalb auch als Analogie gesehen werden.⁶⁶⁸

„This brings common law and civil law reasoning very close, the one relying on the ratio of a line of precedents, the other on the ratio legis. Two cases are therefore relevantly similar if the principle which underlies the precedents indiscriminately applies to both of them.“⁶⁶⁹

Der Unterschied zwischen Common-law und Civil-law scheint dadurch zum bloßen Unterschied der Rechtsquelle zu werden: Während im Common-law-System die paradigmatischen Fälle konkrete Einzelfälle sind, welche durch die Rechtsprechung erarbeitet wurden, wurden im Civil-law-Sys-

665 Unterscheidung so bei Kischel, *Rechtsvergleichung*, S. 246.

666 Mirehouse v. Renell (1833) 6 ER 1015 (HL) 1023.

667 Kischel, *Rechtsvergleichung*, S. 246.

668 Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, S. 481, 491 ff.; Ashley, *Arguing by Analogy in Law: A Case-Based Model*, S. 205 ff.

669 Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, S. 494.

tem die Einzelfälle derart abstrahiert, dass nur eine Klassenbeschreibung bleibt.⁶⁷⁰ Die Herausforderung im Common-law-System ist deshalb, die konkrete Entscheidung hinreichend zu abstrahieren, im Civil-law-System muss die Klassenbeschreibung hingegen oft konkretisiert werden.

4. Regelanwendung nicht aus der Regel ableitbar

Einen vierten Einwand gegen den juristischen Syllogismus bringt *d'Almeida* mit der These, dass ein logischer Schluss von Gesetz und Sachverhalt auf die juristische Entscheidung dieselbe überhaupt nicht begründen könne, vor. Die Vertreter des Deduktionspostulats, bei *d'Almeida* als „*Regel-Deduktivismus*“ bezeichnet – *d'Almeida* meint damit die Ansicht, dass sich die Argumentation des Gerichts nach dem Vorbild des Syllogismus rekonstruieren lasse, wenn eine das Gesetz anwendende Gerichtsentscheidung vom Gericht gut begründet werde⁶⁷¹ –, irren mit der Annahme, wie ein Schluss aussehen solle und welche Rolle die Regel dabei spielen solle.⁶⁷² Die Kritik am Regel-Deduktivismus ist demnach gleichzeitig Syllogismuskritik.

D'Almeidas zentraler Kritikpunkt ist, dass die Anwendung der Regel selbst nicht in der Regel gefunden und auch nicht aus ihr abgeleitet werden könne.⁶⁷³ Folglich könne der juristische Syllogismus die Rechtfertigung der Anwendung auch nicht modellieren.⁶⁷⁴ Beispielsweise könne ausgehend von der Regel des § 823 Abs. 1 StGB und der Tatsache, dass A ein Fenster des Hauses des B vorsätzlich eingeschlagen hat, abgeleitet werden, dass A dem B den daraus entstehenden Schaden ersetzen muss, nicht aber, dass der Richter A verurteilen muss, den Schaden des B zu ersetzen. Rein formal gesprochen: Wenn die rechtliche Regel „wenn x, dann y“ besteht, folgt beim Vorliegen von x logisch y. Hingegen kann nicht abgeleitet werden, dass x folgen *sollte* oder dass ein Richter die Rechtsfolge berechtigterweise verhängen kann.⁶⁷⁵ *D'Almeida* schlägt deshalb vor, den Regel-Deduktivismus so umzuinterpretieren, als dass der Justizsyllogismus

670 Dass die vermeintlichen Unterschiede ohnehin auf weitreichenden Fehlvorstellungen beruhen, hat kürzlich Spemann, Holger, *Civil vs. Common Law: The Emperor has no Clothes*, S. 83 ausgeführt.

671 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 340.

672 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 337.

673 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 348.

674 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 348.

675 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 349.

die Rechtfertigung bestimmter Rechtssätze (legal claims) in geeigneter Weise modelliert, wenn diese auf der Grundlage geltend gemacht werden, dass eine bestimmte Rechtsregel auf den jeweiligen Einzelfall zutrifft.⁶⁷⁶ Vom Justizsyllogismus verlangt *d'Almeida* nicht mehr, dass er die Entscheidung unmittelbar rechtfertigt, sondern lediglich den Nachweis, dass die Rechtsfolge aus bestimmten Rechtsregeln aufgrund ihrer tatbestandlichen Einschlägigkeit folgt, kurz: dass eine Rechtsregel anwendbar ist.⁶⁷⁷ Mittels des Justizsyllogismus können somit zwar keine Entscheidungen, wohl aber einzelne Argumente der Entscheidungen rekonstruiert werden.

D'Almeida skizziert ein alternatives Modell der juristischen Entscheidungsbegründung:⁶⁷⁸

- (1) Für jeden Richter R, jeden Fall F, jede Bestimmung B und jede Handlung φ gilt: Wenn der Richter mit der Entscheidung des Falls F beauftragt ist, die Bestimmung für den Fall F anwendbar ist und φ die Handlung ist, die der Anwendung der Bestimmung R auf den Fall F entspricht, soll der Richter φ tun.
 - (2) Der Richter R ist mit der Entscheidung des Falls F beauftragt.
 - (3) Die Bestimmung B ist für den Fall F anwendbar.
 - (4) φ ist die Handlung, die der Anwendung der Bestimmung R auf den Fall F entspricht.
-
- (5) Richter R soll φ tun.

Das Schema solle verdeutlichen, dass die Prämisse (3) eine Aussage zweiter Ordnung über eine Bestimmung und deren Relation zum Fall ist, und nicht, wie die klassischen Vorstellungen vom Justizsyllogismus suggerieren, eine Aussage über den Fall. Zur Begründung der Regelanwendung ist eine Aussage zweiter Ordnung erforderlich, wonach das Antezedens der Regel erfüllt ist, nicht aber – wie die Syllogismusbefürworter meinen – eine Aussage, die die relevante Regel und bestimmte Fakten, die den Antezedens erfüllen, enthält.⁶⁷⁹ *D'Almeida* kommt deshalb zum Schluss, dass der Jus-

676 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 350.

677 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 350.

678 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 359 f.

679 *d'Almeida*, *On the Legal Syllogism*, S. 361.

tizsyllogismus nicht in der Lage sei, Aussagen wie die Prämisse (3) zu rechtfertigen.⁶⁸⁰

Mit den Ausführungen, dass sich die Regelanwendung nicht in der bloßen Feststellung, der Tatbestand einer Norm sei erfüllt, erschöpft, macht *d'Almeida* einen wichtigen Punkt: Während ausgehend von der klassisch-syllogistischen Vorstellung die Feststellung der Tatbestandsmerkmale unmittelbar einen Anwendungsbefehl hinsichtlich der Norm und – so die Vorstellung – damit logisch zwingend die Rechtsfolge nach sich zieht, ist der logische Schluss auf die Verhängung der Rechtsfolge in *d'Almeidas* Modell auch noch von weiteren Prämissen wie der abhängig, dass die Anwendung der Norm die Rechtsfolge ist, die der Anwendung der Bestimmung der Norm auf den Fall entspricht. Hierbei klingt bereits an, dass sich die Anwendung von Regeln argumentativ nicht auf logische Schlüsse begrenzt. Dazu kommt, dass die Feststellung, dass eine Bestimmung B auf einen Fall F anwendbar ist, auch nicht das Ergebnis einer syllogistischen Rechtsanwendung sein muss.

Insbesondere aber ist *d'Almeidas* Modell in der Lage, auf Ausnahmen zu reagieren, ohne einen Widerspruch zu produzieren. Im Rahmen des normtheoretischen Einwands wurde der Ausweg einer *Angstklausel*, die dazu dienen sollte, alle Ausnahmen mitzudenken, mit der Begründung abgelehnt, das Problem werde nur auf die nächste Ebene verlagert, und um die Feststellung des Nichtvorliegens jeder einzelnen Aussage sei so nicht drum herum zu kommen. *D'Almeidas* Modell ermöglicht hingegen eine offene Klausel, die lediglich erfordert, das in Betracht zu ziehen, was schon positiv festgestellt wurde. Es sei (4*) die Prämisse „ φ ist die Handlung, die der Anwendung aller insoweit einschlägiger Bestimmungen auf den Fall F entspricht“, die (4) ersetzt. Sind nun verschiedene Bestimmungen für den Fall anwendbar, erfordert (4*), dass zunächst festgestellt wird, welche Handlung es ist, die der Anwendung aller insoweit einschlägiger Bestimmungen entspricht. Auf die Eingrenzung der „insoweit einschlägigen Bestimmungen“ wird im Gegensatz zur Angstklausel vermieden, dass alle weiteren möglichen Normen auf ihre Einschlägigkeit zu prüfen sind. Letztendlich ist der Richter aber nur verpflichtet, eine Handlung festzustellen: Die Rechtsfolge der Norm, die sich durchsetzt.

680 *d'Almeida, On the Legal Syllogism*, S. 361.

5. Die Rechtsnorm als abstrakter Grund

Nicht nur bezüglich der syllogistischen Struktur, sondern auch bezüglich der Natur der Rechtsnorm müssen die klassischen Vorstellungen schließlich überdacht werden. Üblicherweise werden Rechtsnormen als Konditionalsatz mit einer „wenn-dann“-Struktur gelesen.⁶⁸¹ Formalisiert werden Rechtsnormen häufig dementsprechend als logische Implikation.⁶⁸² Problematisch an der Ansicht, die logische Implikation sei die bloße Notationsvariante einer „wenn-dann“-Konstruktion, ist aber, dass mit letzterem Verschiedenes ausgedrückt werden kann. Da die logische Implikation gleichzeitig immer auch bedeutet, dass es nie der Fall ist, dass A und nicht B, sind nur wenn-dann-Konstruktionen als Implikation darstellbar, die dies auch erfüllen.⁶⁸³ Wäre die Relation von Tatbestand und Rechtsfolge eine logische Implikation, würden Tatbestand und Rechtsfolge in einem wahrheitsfunktionalen Zusammenhang stehen. Es wäre dann logisch unmöglich, dass, obwohl der Tatbestand gegeben ist, die Rechtsfolge nicht eintritt.

Davon abgesehen, dass es durchaus Fälle gibt, in denen trotz Tatbestandsmäßigkeit die Rechtsfolge nicht eintritt, vernachlässigt die Darstellung als Implikation den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, der durch das Begreifen von Rechtsnormen als Gründen deutlich wird:⁶⁸⁴ Tatbestand und Rechtsfolge sind inhaltlich so miteinander verknüpft, dass die Rechtsfolge aus inhaltlichen Erwägungen, nicht aufgrund logischer Überlegungen verhängt wird. Der Widerspruch, der beim klassisch-deduktiven Schließen entsteht, ist deshalb für die Rechtsanwendung unproblematisch. Die Relation zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ist zwar ein Konditionalsatz, aber keine logische Implikation.

In Abkehr von der Rechtsnorm als logische Folgerungsbeziehung⁶⁸⁵ wird die Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge im Folgenden als *begründende Relation* verstanden: Die Erfüllung des Tatbestands einer Norm durch die hinreichende Ähnlichkeit des Einzelfalls mit den von

681 Bspw. Krüger, *Die Bedeutung der Rechtstheorie*, S. 876; Lepsius, *Gesetzesstruktur im Wandel: Strukturmerkmale delegierter Rechtszeugung*; Buchholtz, *Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung*, S. 956.

682 Siehe oben ab S. 57.

683 Stekeler-Weithofer, *Grundprobleme der Logik. Elemente einer Kritik der formalen Vernunft*, S. 220 f.

684 Neumann, *Juristische Logik*, S. 305.

685 So bswp. bei Weinberger, *Einige Betrachtungen über die Rechtsnorm vom Standpunkt der Logik und der Semantik*, S. 228 f.

der Norm beschriebenen Fällen stellt einen Grund für die Feststellung der Rechtsfolge dar. Die Vorstellung der Rechtsnorm als Grund ist eine vergleichsweise junge Konzeption, die aber in der Tradition von *Austin* und *Hart* steht, wonach Rechtsnormen Verpflichtungen konstituieren und nicht nur deskriptive Gebilde zur Vorhersage von juristischen Urteilen sind. *Austin* verstand Rechtsnormen als Befehle, deren Nichtbefolgung sanktioniert wird und die so Pflichten begründen.⁶⁸⁶ Ähnlich⁶⁸⁷ vertrat dies zuvor bereits *Bentham*, der ausführte, dass dem Befehlscharakter des Rechts nicht entgegenstehe, dass Rechtssätze häufig nicht als Befehle formuliert seien.⁶⁸⁸ Die sog. *Imperativtheorie* erfuhr durch *Hart's* Differenzierung zwischen *primary* und *secondary rules* überzeugende Kritik: Nur die *primary rules* befahlen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen, d. h. begründen Pflichten. Hingegen verleihen die *secondary rules* Macht zur Setzung neuer oder zur Modifikation alter Regeln.⁶⁸⁹ Im Anschluss an *Hart* entwickelte *Raz* die Vorstellung von Rechtsnormen als Gründen.

a) Rechtsnormen als Gründe in Raz' *Practical Reasons and Norms*

Den besonderen Eigenschaften von Rechtsnormen als Gründen widmete sich *Raz* in seinem Werk *Practical Reasons and Norms* aus dem Jahr 1975, worin er eine „einheitliche Logik aller Begriffe der normativen Theorie“⁶⁹⁰ entwickeln wollte, welche die Vorstellung von Normen als Gründen als Gegensatz zu den Vorstellungen deontischer Logik begreift.⁶⁹¹ Gründe und die Fähigkeit, nach Gründen zu handeln, sind elementare Bedingungen für jedes Zusammenleben.⁶⁹² Erklärbar ist die Ursache-Wirkungs-Beziehung zwischen Gründen und Handlungen aber nur ausgehend vom praktischen Paradigma der Theorie der Handlungsgründe.⁶⁹³ Handlungsgründe (*reasons for action*) sind Gründe für eine Person, eine bestimmte Handlung

⁶⁸⁶ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, S. 9–15.

⁶⁸⁷ Siehe Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, S. 253.

⁶⁸⁸ Bentham, *Of Laws in General*, S. 106.

⁶⁸⁹ Hart, *The Concept of Law*, S. 81.

⁶⁹⁰ Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 14.

⁶⁹¹ Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 14.

⁶⁹² Vgl. Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, PU, §§ 81–87, 197–236 i.V.m. Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 77f.

⁶⁹³ Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 21.

auszuführen, wenn bestimmte Bedingungen vorliegen.⁶⁹⁴ Wenn *Raz* über Gründe spricht, meint er Beziehungen zwischen Tatsachen und Personen.⁶⁹⁵

Zentral für *Raz'* Theorie der Gründe ist die Unterscheidung von Gründen erster Ordnung (*first-order-reasons*) und Gründen zweiter Ordnung (*second-order-reasons*).⁶⁹⁶ Während der Konflikt zwischen Gründen erster Ordnung über die Dimension der relativen Stärke gelöst wird, gilt das nicht für Konflikte zwischen Gründen erster und zweiter Ordnung.⁶⁹⁷ Anders als Gründe erster Ordnung, die direkt zu einem Tun oder Unterlassen anregen, sind Gründe zweiter Ordnung Gründe dafür, aus einem bestimmten Grund zu handeln bzw. dies zu unterlassen.⁶⁹⁸ Ein ausschließender Grund (*exclusionary reason*) ist ein Grund zweiter Ordnung, wonach es zu unterlassen ist, aus einem bestimmten Grund zu handeln.⁶⁹⁹

Raz identifiziert drei Typen praktischer Konflikte, die jeweils unterschiedlich gelöst werden. Zunächst können Gründe erster Ordnung kollidieren. Wenn ein Grund dafür besteht, eine bestimmte Handlung zu tun, und ein Grund dafür besteht, eben diese Handlung zu unterlassen, ist eben dieser Konflikt zwischen den Gründen über die Dimension der Stärke der Gründe zu entscheiden.⁷⁰⁰ Kollisionen zwischen Gründen erster Ordnung werden also anhand der Gewichtung der Gründe und stärkebezogener Hilfsgründe gelöst.⁷⁰¹ Stärkebezogene Hilfsgründe sind Gründe, die nicht die These begründen, sondern Aufschluss über die Stärke eines Grundes geben.⁷⁰² Dabei ist der Grund der Stärke, der den konfliktierenden und allen von diesem ableitbaren Gründe übertrumpft oder überwiegt.⁷⁰³ Von dem Übertrumpfen eines Grundes durch einen anderen ist die *Aufhebung* eines Grundes zu unterscheiden.⁷⁰⁴ Die Aufhebung eines Grundes ist unabhängig von der Gewichtung des Grundes und hängt allein von den Aufhebungsbedingungen ab.⁷⁰⁵ Weiterhin können Gründe erster Ordnung

694 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 21.

695 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 21 f.

696 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 42 f.

697 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 43.

698 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 48, 56 ff.

699 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 48.

700 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 29.

701 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 56.

702 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 41.

703 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 30.

704 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 31.

705 *Raz, Praktische Gründe und Normen*, S. 32.

mit ausschließenden Gründen zweiter Ordnung kollidieren. Eine derartige Kollision ist dahingehend aufzulösen, dass der ausschließende Grund (zweiter Ordnung) den Grund erster Ordnung verdrängt, sofern der Grund erster Ordnung in der Reichweite des ausschließenden Grundes liegt.⁷⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn der Grund erster Ordnung zu der Klasse der Gründe gehört, die der Grund zweiter Ordnung ausschließt. Unter Bezugnahme auf reichweitebezogene Gründe kann die Reichweite des ausschließenden Grundes so verändert werden, dass der Grund erster Ordnung nicht mehr innerhalb der Reichweite des ausschließenden Grundes liegt.⁷⁰⁷ Zuletzt können auch Gründe zweiter Ordnung kollidieren. Raz betrachtet diesen Fall nicht gesondert, sondern stellt nur fest, dass auch bei Kollisionen von Gründen zweiter Ordnung die Stärke der Gründe und stärkebezogene Hilfsgründe maßgeblich sind.⁷⁰⁸

Raz' Theorie der Handlungsgründe ist Grundlage der Theorie des Rechts: Handlungen sind der Erkenntnisgegenstand der praktischen Rechtswissenschaft und stehen im Paradigma der Theorie der Handlungsgründe.⁷⁰⁹ Die Konzeption der Handlungsgründe überträgt Raz auf Normen:⁷¹⁰ Gebotsnormen sind ausschließende Gründe zweiter Ordnung, welche vorschreiben, aus bestimmten Gründen erster Ordnung in einer bestimmten Situation – oder, besser gesagt: in vielen gleichgelagerten Situationen – nicht zu handeln.⁷¹¹ Dabei sind Normen gleichzeitig zumeist⁷¹² Gründe erster Ordnung für eine bestimmte Handlung und ausschließende Gründe, nicht nach gewissen konfigrierenden Gründen zu handeln.⁷¹³ Da Normen Gründe ausschließen, erleichtern sie die praktische Argumentati-

706 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 57 f.

707 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 57.

708 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 58.

709 Zur Handlung als Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaft siehe bereits Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage* 1960, S. 71.

710 Normen bestehen nach Whright aus einem deontischen Operator, Norm-Subjekten, einem Norm-Akt und Anwendungsbedingungen. Normen geben einer Person (einem Norm-Subjekt) einen Grund (deontischer Operator), eine bestimmte Handlung (den Norm-Akt) unter bestimmten Bedingungen (den Anwendungsbedingungen) auszuführen und sind deshalb Handlungsgründe. Die Unterscheidung zwischen Normen und anderen Gründen erfolgt über die logische Struktur der Normen. Siehe Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 66f, 77; ursprünglich Wright, *Handlung, Norm und Intention: Untersuchungen zur deontischen Logik*, Kap. 5.

711 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 77, 82.

712 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 102: Nicht alle Normen sind auch Gründe erster Ordnung.

713 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 77 ff.

on. Die Norm hat Vorrang, weil sie ein ausschließender Grund ist, das Gewicht der Norm (abhängig von den dahinterstehenden Gründen) ist in den meisten Fällen nicht relevant.⁷¹⁴

Die Bezeichnung von Normen als Gründen ist insoweit ungenau, als dass Raz Normen deshalb als Gründe bezeichnet, weil sie Tatsachen sind:⁷¹⁵ Nicht die Norm an sich, sondern die Tatsache, dass die Norm existiert, ist der Grund.⁷¹⁶ Im Kontext der Rechtsanwendung stellt das Bestehen der Norm zudem an sich streng genommen noch keinen Grund für die Rechtsfolge dar, sondern regelmäßig erst dann, wenn mit dem Tatbestand die Bedingung der Norm erfüllt ist. § 212 I StGB ist kein Grund für die Verhängung einer Freiheitsstrafe, wenn jemand eine Sache beschädigt oder einen anderen Menschen geschlagen hat. Der Grund besteht aus der bestehenden Norm und der Tatbestandsmäßigkeit der zu bewertenden Handlung – kurz gesagt, der Grund für die Verhängung der Rechtsfolge ist *die Tatsache der Einschlägigkeit der Rechtsnorm*. Dieser Grund ist ein ausschließender Grund: Die Tatsache der Einschlägigkeit der Rechtsnorm in einer bestimmten Situation begründet nicht nur die Rechtsfolge, sondern schließt auch aus, dass die konkrete Situation rechtlich anders zu bewerten ist.

Eine Norm kann allerdings in der juristischen Argumentation auch bei Nichtbestehen des Tatbestandes ein Grund darstellen: Nämlich dann, wenn es nicht um die Begründung einer Rechtsfolge, sondern um die Beantwortung rechtlicher Fragen geht. So können nicht einschlägige Normen beispielsweise bei der Auslegung als Gründe für oder gegen ein bestimmtes Auslegungsergebnis angeführt werden. Die Begründungswirkung derartiger Argumente gründet aber nicht auf dem Regelungscharakter der Norm, sondern auf der dahinterstehenden Vorstellung beispielsweise der systematischen Auslegung. Deshalb kommt es nicht auf den Begründungszusammenhang von Tatbestand und Rechtsfolge, wie ihn die Norm begründet, an, sondern auf inhaltliche oder systematische Eigenschaften der Norm.

714 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 105.

715 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 21f.

716 Den Tatsachenbegriff hierbei weit fassend Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 12.

b) Reichweite der ausschließenden Wirkung bezüglich Gründe erster Ordnung

Nach der bisherigen Darstellung erstreckt sich die ausschließende Wirkung von Gründen zweiter Ordnung nur auf Gründe, die im Rahmen der Bildung des ausschließenden Grundes eine Rolle gespielt haben. Beim Konflikt von Gründen erster Ordnung und ausschließenden Gründen spielt grundsätzlich die Reichweite eine Rolle.⁷¹⁷ Liegt der Grund erster Ordnung nicht in der Reichweite des ausschließenden Grundes, wird er von dem ausschließenden Grund auch nicht ausgeschlossen.⁷¹⁸ Fraglich ist aber, ob – und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen – auch Gründe ausgeschlossen werden können, die im ausschließenden Grund nicht mitberücksichtigt wurden.

Raz bejaht dies in der Passage über die Natur der Entscheidung, die „auch die Weigerung, mehr Informationen und Argumente zu suchen oder sie zu berücksichtigen, wenn sie einem in den Sinn kommen oder von anderen vorgebracht werden“⁷¹⁹, bedeutet: „Eine Entscheidung getroffen zu haben heißt, dass man einen ausschließenden Grund zu haben meint, weitere Gründe oder Argumente zu ignorieren.“⁷²⁰ Ohne alle Gründe bedacht zu haben, kann man also einen Grund haben, keine weiteren Gründe zu berücksichtigen.⁷²¹

In der Rechtspraxis spiegelt sich dies im Institut der Rechtskraft wider: Es gibt durchaus Gründe, die auch nach dem gerichtlichen Urteil aufkommen und eine neue Bewertung rechtfertigen könnten. Die Berücksichtigung dieser Gründe ist allerdings nicht generell, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Ursache der ausschließenden Wirkung ist dabei nicht die inhaltliche Abwägung aller Gründe, sondern die autoritative Setzung eines Grundes, nämlich der abschließenden Entscheidung, welche den inhaltlichen Gegenargumenten nur noch eingeschränkt zugänglich ist. Selbst wenn gegen eine richterliche Entscheidung gute Gründe angeführt werden können, die bei der Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind, kann die Entscheidung unter Umständen dennoch aufrechterhalten werden.

717 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 57.

718 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 58.

719 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 89.

720 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 90.

721 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 91.

Wird beispielsweise der A, der des Diebstahls eines wertvollen Kunstwerks beschuldigt wird, freigesprochen, weil die Tat ihm nicht nachgewiesen werden konnte, und meldet sich B erst drei Jahre später bei der Polizei mit dem Hinweis, er habe den A bei der Tat beobachten können, so ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zulässig, da es sich bei einer neuen Zeugenaussage um keinen der in § 362 StPO genannten Fälle handelt. Der Grund, A wegen Diebstahls zu verurteilen, weil er das wertvolle Kunstwerk gestohlen habe, wird also durch den Freispruch in Verbindung mit § 362 StPO ausgeschlossen, ohne dass der Grund im Rahmen der juristischen Entscheidung, die zu dem Freispruch führte, eine Rolle gespielt hat.

Der Gedanke des Ausschlusses von Gründen, die im Moment der juristischen Entscheidung nicht bedacht wurden, ist auf Rechtsnormen übertragbar: Auch Rechtsnormen dürfen Gründe ignorieren, selbst wenn sie bei der Setzung nicht berücksichtigt worden sind. So ist es beispielsweise rechtlich irrelevant, ob der Dieb die gestohlene Sache, die beim Bestohlenen nur nutzlos herumliegt, gut gebrauchen kann, oder ob die Scheune, die der Brandstifter anzündet, am nächsten Tag ohnehin abgerissen worden wäre. Ausgeschlossen werden können solche Gründe, die selbst wenn sie berücksichtigt worden wären, nichts an der Entscheidung für die Rechtsnorm geändert hätten. Die Feststellung, dass ein Grund von einer Rechtsnorm ausgeschlossen wird, kann dabei zumeist nicht ohne weiteres erfolgen, sondern bedarf einer Argumentation: Denn welche Tatsachen und Gründe rechtserheblich sind, ergibt sich erst nach einer genaueren Betrachtung des Entstehungskontexts und des Ziels der Norm.

Eine Argumentation ist auch deshalb erforderlich, weil die meisten Rechtsnormen zwar manche, aber weitaus nicht alle Gründe erster Ordnung ausschließen. Denn es gibt Gründe erster Ordnung, die ausschließenden Gründen entgegengehalten werden können. So kann gegen den ausschließenden Grund des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB auf Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten eingewandt werden, die Verpflichtung zur Herausgabe sei wegen Entreicherung ausgeschlossen, § 818 Abs. 3 BGB. Dabei ist der Entreicherungseinwand zwar ein ausschließender Grund, aber ebenso ein Grund erster Ordnung, die Feststellung einer Herausgabepflicht zu unterlassen.

Die Interpretation könnte dahingehend modifiziert werden, dass ausschließende Gründe alle Gründe erster Ordnung ausschließen könnten, die nicht auch Gründe zweiter Ordnung sind. Dies würde allerdings vor-

aussetzen, dass alle Gründe, die geeignet sind, eine andere Rechtsnorm zu begründen, bei der Setzung der Gründe zweiter Ordnung berücksichtigt worden sind. Denn Gründe zweiter Ordnung könnten dann nie von Gründen erster Ordnung angefochten werden, d. h. Gründe, die nie bei der Setzung einer Rechtsnorm berücksichtigt worden sind, können auch niemals berücksichtigt werden. Dass der Gesetzgeber alle Gründe bedenkt, die eine andere Norm rechtfertigen könnten, ist unwahrscheinlich und wird ihm nicht in allen Fällen gelingen.⁷²²

So gibt es Fälle, in denen ein bestimmter Grund bei der Rechtssetzung zwar berücksichtigt, aber zu gering gewichtet wurde. Beispielsweise wurde bei der Begründung des § 219 StGB (Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs) zwar als Argument berücksichtigt, dass das ungeborene Kind ein Recht auf Leben hat, bei der Gewichtung wurde aber – so könnte ein Gegner des Schwangerschaftsabbruchs argumentieren – missachtet, dass das Leben des Kindes ein so hohes Gut ist, als dass die Tötung niemals erlaubt sein dürfe. Eine derartige Argumentation kommt einer Diskussion über den § 219 StGB gleich, wer das vorstehende Argument gegen § 219 StGB vorbringt, möchte damit begründen, dass die Norm fehlerhaft ist und deshalb gar keinen Grund – weder erster noch zweiter Ordnung – bereitstellt. Jedenfalls wird dadurch die ausschließende Funktion der Rechtsnorm in Frage gestellt bzw. durch eine derartige Argumentation zurückgewiesen. In Betracht gezogen werden würde die Norm höchstens als Grund erster Ordnung, d. h. als Argument, eine Abtreibung sei erlaubt, weil das Gesetz sie erlaube. Überzeugend wäre eine Argumentation, in der die Norm zurückgewiesen wird, aber dennoch als Grund angeführt wird, allerdings nicht.

Für die Rechtspraxis scheint das Problem, dass der Gesetzgeber bei der Normsetzung relevante Gründe übersehen hat, auf den ersten Blick wenig relevant: Nach Art. 100 GG darf nur das Bundesverfassungsgericht Normen verwerfen, und auch nur dann, wenn sie grundrechtswidrig sind. Selbst wenn ein Richter erkennt, dass bei der Setzung der Rechtsnorm einige relevante Gründe außer Acht gelassen wurden, ist er verpflichtet, die Norm anzuwenden. *De facto* erscheint es deshalb, dass Rechtsnormen durchaus alle Gründe erster Ordnung ausschließen, die nicht selbst auf Rechtsnormen beruhen. Die Gründe können aber im Rahmen der Auslegung angeführt und dadurch mittelbar berücksichtigt werden. Zu unterscheiden ist nämlich die gesetzliche und die faktische Verwerfung einer Norm: Wäh-

722 Zur Lückenhaftigkeit des Rechts bereits ausführlich oben ab S. 170.

rend die gesetzliche Verwerfung nur durch das BVerfG im Falle der Verfassungswidrigkeit erfolgen darf und die Nichtigkeit der Norm zur Folge hat, werden im Rechtspraxisalltag zahlreiche Normen durch eine Interpretation faktisch derart in ihrem Normgehalt verändert, dass dies einer Verwerfung gleichkommt.⁷²³ Im Falle der geltungserhaltenden faktischen Verwerfung können Gründe, auf die sich die ausschließende Reichweite der Norm nicht erstreckt, berücksichtigt werden.

Eine Neugewichtung von Gründen erster Ordnung ist bei der Rechtsanwendung damit nur im Rahmen der Auslegung nach Verwerfen der Standardinterpretation möglich. Welche Uminterpretation dabei zulässig ist, wird an späterer Stelle noch eingehender zu thematisieren sein. Bis hierhin ist allerdings festzuhalten, dass die Standardinterpretationen auf gewissen Grundannahmen basieren und bei deren Gleichbleiben kein Verwerfen der Standardinterpretation erlaubt ist. Die ausschließende Wirkung von Gründen steht damit unter einem Vorbehalt: „*In den meisten Fällen ist zwar die Weigerung, den Fall noch einmal neu zu verhandeln, nicht absolut, sondern steht unausgesprochen unter irgendwelchen Vorbehalten: vorausgesetzt, es werden keine neuen Informationen verfügbar oder – stärker – es treten keine größeren Veränderungen der Lage ein usw.*“⁷²⁴ Ein Bestreiten der Norm oder ihrer ausschließenden Wirkung kommt einer Neugewichtung der Gründe gleich, welche aber aufgrund der Gewaltenteilung der Legislative vorbehalten bleibt. Bezuglich der Zulässigkeit von Auslegungsmethoden wird deshalb heftig diskutiert.

c) Zum Verhältnis zwischen ausschließenden Gründen

In den meisten Fällen spielen die Gründe, die einer Regel zugrunde liegen, keine Rolle: Da die Regel zu befolgen ist, müssen die genauen Gründe für die Regel nicht bekannt sein.⁷²⁵ Durchaus relevant werden diese Gründe aber, wenn zwei Regeln gegenteilige Verhaltensweisen befahlen. Das Verhältnis zwischen ausschließenden Gründen betrachtet Raz in *Practical Reasons and Norms* nicht näher.⁷²⁶ Da sich Normkonflikte in der juristischen Argumentation aber auf der Ebene von Gründen zweiter Ordnung

723 Dies kann so weit gehen, dass die Norm trotz Tatbestandsmäßigkeit nicht zur Anwendung kommt, siehe ab S. 202.

724 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 89.

725 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 106.

726 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 58.

abspielen, weil es sich bei Normen um Gründe zweiter Ordnung handelt, ist genauer zu untersuchen, wie sich Gründe zweiter Ordnung zueinander verhalten und welche Besonderheiten bei Konflikten mit Gründen erster Ordnung bestehen.

Treffen zwei ausschließende Gründe aufeinander, stellt sich die Frage, ob diese sich gegenseitig ausschließen können. Dies scheint auf den ersten Blick zu verneinen sein: Sofern die ausschließende Wirkung eines Grundes darauf beruht, dass bestimmte Gründe erster Ordnung miteinander abgewogen worden sind und dass das Abwägungsergebnis in einem ausschließenden Grund festgehalten wird, um erneute Abwägungen entbehrlich zu machen, bezieht sich die ausschließende Wirkung nur auf Gründe erster Ordnung. Der Konflikt von ausschließenden Gründen kann – wie der Konflikt von Gründen erster Ordnung – dann nur nach Stärke der konfliktierenden Gründe und deren Reichweite entschieden werden.⁷²⁷ Hat A dem B versprochen, zu einem Treffen pünktlich zu erscheinen, und verursacht A, weil er sowieso spät dran ist, auf dem Hinweg einen Unfall, konfligieren zwei ausschließende Gründe: Einerseits besteht aufgrund des Versprechens für A ein Grund, weiterzufahren, um noch pünktlich zu erscheinen. Andererseits besteht nach § 142 StGB ein Grund für A, stehenzubleiben, da er sich andernfalls der Unfallflucht strafbar macht. A muss die Gründe miteinander abwägen und wird wahrscheinlich zu dem Ergebnis kommen, dass es schlimmer ist, eine Straftat zu begehen, als ein Versprechen zu brechen. Deshalb ist der Grund zum Anhalten stärker als der Grund dafür, weiterzufahren.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass ausschließende Gründe niemals eine ausschließende Wirkung bezüglich anderer ausschließender Gründe entfalten. Wenn A ein ausschließender Grund ist, der auf der Gewichtung der Gründe x und y basiert, und B ein ausschließender Grund ist, der auf der Gewichtung der Gründe x, y und z basiert, schließt B den Grund A aus. Denn B regelt einen spezielleren Fall als A, weil er neben x und y auch noch z berücksichtigt. B hat damit eine größere Reichweite als A. Eine ausschließende Wirkung auf einen anderen Grund zweiter Ordnung hat ein ausschließender Grund mithin dann, wenn die Reichweite des anderen Grundes in der Reichweite des ausschließenden Grundes echt enthalten ist (ansonsten wären die Gründe identisch). Da sich die Feststellung der Reichweite eines Grundes zweiter Ordnung in der Praxis häufig komplexer als im obigen formalen Beispiel gestaltet, ist in derartigen Fällen dennoch

727 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 58.

eine Argumentation erforderlich, in der die Reichweite der Gründe und das Spezialitätsverhältnis erörtert wird. Die Argumentation unterscheidet sich von einer echten Kollision von Gründen zweiter Ordnung allerdings dahingehend, dass keine Abwägung zwischen den Gründen erfolgt, der Ausschluss des kollidierenden Grundes über eine reichweitebezogene Argumentation erfolgt.

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob es einen ausschließenden Grund gibt, der Gründe (auch zweiter) Ordnung ausschließt, selbst aber nicht ausgeschlossen werden kann. Das müsste ein Grund sein, bei dessen Vorliegen keine anderen Gründe betrachtet werden dürfen und der insbesondere nicht der Abwägung je nach Stärke zugänglich ist. Ein derartiger Grund könnte einerseits in dem materiell höchsten Wert der Rechtsordnung liegen: der Menschenwürde.⁷²⁸ Das würde bedeuten, dass im Falle eines Verstoßes gegen die Menschenwürde keine weitere Argumentation erforderlich oder möglich ist. Tatsächlich kann ein Verstoß gegen die Menschenwürde nicht durch Verweis auf andere Grundrechte gerechtfertigt werden. Ausgehend von der obigen Definition dürfte es zudem keinen Grund geben, der eine höhere Reichweite hat und die Gründe, die dem Menschenwürdegebot zugrunde liegen, umfangreich berücksichtigt sind. Auch dies ist bei der Menschenwürde der Fall: Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG tritt hinter keine andere Norm zurück, die einen größeren Anwendungsbereich hätte.

Raz differenziert zwischen zwingenden (*conclusive*) und absoluten (*absolute*) Gründen –⁷²⁹ erstere sind Gründe, die nicht durch bessere Gründe übertroffen werden, während letztere Gründe sind, die nicht durch bessere Gründe übertroffen werden können.⁷³⁰ Global ausschließende Gründe, die jede Argumentation dagegen von vornherein ausschließen, sind immer auch zwingende und absolute Gründe. Interessant ist jedoch die Frage, ob es auch absolute Gründe gibt, die keine global ausschließenden Gründe sind. Dies wären Gründe, die in nur manchen Fällen ausschließender

728 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 35.

729 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 261: „Die Unterscheidung zwischen Normen, die etwas nur aufgrund einer generellen Vermutung zu tun gebieten, und Normen, die etwas absolut oder definitiv zu tun gebieten, ist ein häufig diskutiertes moralphilosophisches Thema. Mit ihrer Hilfe wird versucht, ein Problem zu lösen, das typischerweise immer dann auftritt, wenn es implizit um Angemessenheitsargumentationen geht: die Kollision gültiger Normen.“

730 Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 37.

Natur sind, in allen Fällen aber die stärkste Argumentationskraft besitzen. Die Menschenwürde ist für deutsche Gerichte ein absoluter Grund, der von keinem anderen Grund übertrffen werden kann, und gleichzeitig ein ausschließender Grund, der alle anderen Gründe (erster und zweiter Ordnung) exkludiert.

Ob es sich bei der Menschenwürde tatsächlich um einen Grund handelt, der andere Gründe zweiter Ordnung ausschließt, oder lediglich um einen Grund, der in seiner Stärke alle anderen Gründe übertrifft, ist fraglich, kann aber für die vorliegenden Zwecke dahinstehen. An dieser Stelle bleibt als Faustregel vorläufig festzuhalten: *Treffen zwei Normen aufeinander und ist aus dem gesetzgeberischen Befehl klar zu entnehmen, dass die eine Norm der anderen vorgehen soll, weil sie dieselben Gründe und weitere Gründe im Verhältnis anders gewichtet, so schließt die vorrangige Norm die nachrangige Norm aus. Treffen hingegen zwei Normen aufeinander, bezüglich derer ausgehend vom gesetzgeberischen Befehl nicht ersichtlich ist, welche Norm Vorrang haben soll – beispielsweise deshalb, weil die Normen von unterschiedlichen Gesetzgebern stammen –, stellen beide Normen Gründe zur Verfügung, die einander nicht ausschließen, und die miteinander unter Bezugnahme auf ihre Stärke abgewogen werden müssen.*

Es könnte dennoch einen Grund zweiter Ordnung geben, der von keinem anderen Grund ausgeschlossen werden kann. Ein derartiger Grund könnte nämlich auch in dem formell höchsten Wert der Rechtsordnung liegen: der Verfassungsmäßigkeit. Erklärt das Bundesverfassungsgericht eine Norm aber als verfassungswidrig, wird diese nichtig. Der aus der verfassungswidrigen Norm abgeleitete Grund wird damit *ex tunc* inexistent. Vor Feststellung der Verfassungswidrigkeit ist diese aber kein ausschließender Grund für die Rechtsanwendung, und nach der Feststellung gibt es keinen ausschließenden Grund in Gestalt der Norm für die Rechtsanwendung mehr. Für die juristische Sekunde der Feststellung besteht aber sowohl der Grund der Verfassungswidrigkeit als auch der aus der verfassungswidrigen Norm abgeleitete Grund. So bestand beispielsweise auf Grundlage von § 113b S. 1 Halbs. 2 i.V.m. § 113 Abs. 1 TKG a.F. im Zeitpunkt der Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit dennoch ein Grund, auch bei Ordnungswidrigkeiten eine Auskunft über Telekommunikationsverkehrsdaten zu erteilen, der mit elementaren Verfassungsprinzipien kollidierte.⁷³¹

Die Verfassungswidrigkeit einer Norm ist ein echter ausschließender Grund: Die Norm als Grund wird ausgeschlossen, und da die Verfassungs-

731 BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 – 1 BvR 256/08.

widrigkeit die Norm als Grund in jedem Kontext ausschließt, ist die Norm nichtig. Gleichwohl beschränkt sich ihre ausschließende Wirkung auf die juristische Sekunde, in welcher der auszuschließende Grund noch besteht. Dies gilt auch, wenn die Norm nur in bestimmten Kontexten verfassungswidrig wäre: Bei der Teilnichtigkeit bleibt ein Teil der Norm als Grundlage für Gründe bestehen, für den Teil der verfassungswidrigen Fälle wird die Norm dennoch durch die Verfassungswidrigkeit ausgeschlossen.

Angesichts internationalen Rechts stellt sich abschließend die Frage, wie mit ausschließenden Gründen umzugehen ist, die dieselben Gründe betrachten, diese aber unterschiedlich gewichten und infolgedessen zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen. Ein derartiger Konflikt darf nicht ohne weiteres dahingehend aufgelöst werden, als dass beide Gründe ihren ausschließenden Charakter verlieren und eine Neugewichtung der Gründe erforderlich wäre: Jeder Konflikt würde dann einen rechtslosen Raum schaffen. Vielmehr ist zunächst zu bestimmen, ob eine der konfliktierenden Normen durch eine andere ausgeschlossen ist, und in einem zweiten Schritt, ob eine der konfliktierenden Normen höher zu gewichten ist als die andere. Die allermeisten Fälle werden sich dabei lösen lassen, weil sich aus den Rechtsanwendungsvorschriften (z. B. IPR) ergibt, dass eine der Normen vorrangig anzuwenden ist. Erst wenn beides scheitert, sind beide ausschließenden Gründe zu verwerfen, um die Gründe erster Ordnung anschließend neu zu gewichten. Im Rahmen der Gewichtung spielen die Grundsätze eine Rolle, die auch sonst bei Schließung von Lücken anzuwenden sind.

d) Zwischenfazit

Das Verständnis der Rechtsnorm als abstrakter Grund – ein konkreter Grund entsteht aus ihr, wenn die Rechtsnorm auf einen konkreten Einzelfall angewandt wird – bedeutet, dass Rechtsnormen eine antizipierte Entscheidung über die Gewichtung verschiedener für die Situation relevanten Gründe darstellen. Sie verringern damit den Begründungsaufwand, da in vielen gleichgelagerten Fällen nicht jeweils eine eigene Gewichtung erfolgen muss, sondern die Regel angewendet werden kann. Damit sind aber bereits die Grenzen aufgezeigt, innerhalb derer die Rechtsnorm funktionieren kann: Widersprechen zwei Rechtsnormen einander oder werden Gründe gegen die Rechtsnorm vorgetragen, die bei der antizipierten Entscheidung über die Gewichtung nicht berücksichtigt worden sind, ist eine argumenta-

tive Auseinandersetzung mit den Gründen erforderlich, die auch zu einer Neugewichtung von Gründen in Gestalt des gesetzlichen oder faktischen Verwerfens der Norm führen kann.

e) Exkurs: Das juristische Argument

Dem begründenden Element kann in der juristischen Argumentation nur Rechnung getragen werden, wenn dieses sich klar in der Argumentation verortet lässt. Zur Klarstellung, was im Folgenden als „juristisches Argument“ bezeichnet wird, soll deshalb zunächst eine allgemeine Bestimmung des Arguments erfolgen, um anschließend auf die Besonderheiten des juristischen Arguments einzugehen.⁷³²

Kernstück der juristischen Argumentation ist das (juristische) Argument, dieses ist seine kleinste Einheit. Eine präzise Bestimmung dessen, was als „Argument“ zu verstehen ist, muss deshalb am Anfang jeder Argumentationstheorie stehen. Denn der Begriff „Argument“ wird in der Alltagssprache, der Mathematik, der Logik, der Literaturwissenschaft und in der Philosophie alles andere als einheitlich gebraucht.⁷³³ In der Philosophie wird

732 Die Frage, wie sich die juristische Argumentation von der nichtjuristischen Argumentation unterscheidet und ob durch diesen Unterschied andere Anforderungen an juristisches Argumentieren begründet werden, wird unter dem Stichwort „Sonderfallthese“ im Anschluss an eine Kontroverse zwischen Alexy und Neumann diskutiert, siehe Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Nachwort; überblickend z. B. Grabowski, *Sonderfallthese - its critique and interpretation* mwN. Ausgehend von der vorstehend dargelegten Vorstellung (juristischen) Argumentierens wird nachfolgend davon ausgegangen, dass an juristische Argumentation zum Teil andere Anforderungen gestellt werden und dass zum Teil – dem Recht geschuldet – andere Probleme zentral sind als bei nicht juristischer Argumentation, grundsätzlich die juristische Argumentation aber den Grundsätzen der allgemeinen Argumentationstheorie verpflichtet ist. Die juristische Argumentation ist damit strukturell kein Sonderfall des juristischen Argumentierens. Deshalb wird insbesondere beim juristischen normlosen Argument auf die allgemeinen Grundsätze des Argumentierens zurückgegriffen. Allerdings ergeben sich bei juristischen Argumenten Besonderheiten, die ein Argument erfüllen muss, wobei die Schwerpunkte bei der Argumentation je nach Art des juristischen Arguments auf anderen strukturellen Punkten liegen. Diese Besonderheiten können in der Schwerpunktsetzung oder auch in inhaltlichen Anforderungen bestehen.

733 Kienpointner, *Argument*, S. 889; Lumer, *Praktische Argumentationstheorie: theoretische Grundlagen, praktische Begründung und Regeln wichtiger Argumentationsarten*, S. 26.

das Argument dabei nicht selten funktional definiert und keine näheren Aussagen über die Struktur des Arguments getroffen.⁷³⁴ Sollen jedoch Anforderungen formuliert werden, die an ein Argument in der Argumentation gestellt werden, ist eine darüberhinausgehende strukturbbezogene Definition erforderlich. Ansatzpunkt könnte dabei sein, Argumente als geordnete Folge von Urteilen mit einem Argumentationsindikator („Argument“)⁷³⁵ oder als problematische Äußerung, für die ein bestimmter Geltungsanspruch erhoben wird, und eines grundlegenden Prinzips oder einer Regel, mit der dieser Anspruch etabliert werden soll⁷³⁶, zu verstehen. Beide Definitionsansätze deutet darauf hin, dass ein Argument⁷³⁷ strukturell bereits mehr ist als Prämissen, aus denen eine Konklusion folgt.⁷³⁸

Der hier vertretenen Auffassung (juristischen) Argumentierens liegt, auch in bewusster Abgrenzung zum syllogistischen Ideal, die Vorstellung zugrunde, dass ungleichartige Prämissen wie – syllogistisch gesprochen – Allgemeinaussage bzw. Obersatz und Einzelfallaussage bzw. Untersatz nicht unterschiedlos behandelt werden dürfen. Auch Kelsen differenziert Obersatz und Untersatz darüber, dass die „im Obersatz ausgesagte Norm [...] der Geltungsgrund der im Schlussatz ausgesagten Norm“ ist, während „die im Untersatz festgestellte Seins-Tatsache“ notwendige Bedingung für den Schlussatz ist.⁷³⁹ Allgemeinaussage und Einzelfallaussage sind nicht nur strukturell völlig verschieden, vielmehr unterscheiden sich auch die Anforderungen, die an diese in der Argumentation gestellt werden müssen.

Eine derartige Differenzierung zwischen Obersatz und Untersatz findet sich vielerorts in der Philosophiegeschichte. So erschöpft sich Argumentation bereits für Aristoteles nicht in logisch gültigen Schlüssen: In den *Analytiken* nennt Aristoteles neben dem apodiktischen Syllogismus auch induktive

734 Bswp. Aquin, *Quaestiones disputatae de veritate*: „Argumentum dicitur quia arguit mentem ad assentendum alicui“, qu. 22 partim – 29 sec.; Lumer, *Praktische Argumentationstheorie: theoretische Grundlagen, praktische Begründung und Regeln wichtiger Argumentationsarten*, S. 88; Habermas versteht das Argument als „Argumentationshandlung“, die dazu dient, „die intersubjektive Anerkennung eines Geltungsanspruchs herbeizuführen“, Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationale und gesellschaftliche Rationalisierung*, S. 48.

735 Lumer, *Argumentation / Argumentationstheorie*, S. 88.

736 z. B. Precht, *Argument*, S. 43.

737 Als “Argument” wird bisweilen nur eine der Prämissen der Argumentation, manchmal auch alle Prämissen inklusive der Konklusion bezeichnet, vgl. Kienpointner, *Argument*, S. 901.

738 So z. B. Hispanus, *Summulae Logicales*, S. 55 f.

739 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 197.

Schlüsse und Enthymeme als „*Syllogismen*“.⁷⁴⁰ Zentral für Aristoteles Argumentationslehre sind aber nicht nur Syllogismen, sondern auch *tópoi* (Orte). Aristoteles definiert den Topos-Begriff nicht, verwendet ihn manchmal als Oberbegriff für Enthymeme, aber auch als Beweisformel, welche den Übergang vom Argument zur Konklusion legitimiert.⁷⁴¹ Inwiefern der Topos-Gedanke zur Unterscheidung der Prämissen hilfreich ist, verdeutlicht Cicero in seinem Werk *Topica* durch die Unterscheidung von *argumentum* und *locus* (Ort): *Argumentum* bezeichnet bei Cicero den Grund, der einer zweifelhaften Sache Glaubwürdigkeit verleihen soll.⁷⁴² Daneben gibt es aber den *locus*, der der „Sitz“ des Arguments ist.⁷⁴³ Das Epicheirem, das fünfgliedrige Argumentationsschema,⁷⁴⁴ umfasst auch *propositio* und *assumptio*: *propositio* (Satz) ist eine Aussage, welche die Schlussfolgerung (*complexio*) ermöglicht, wenn eine Voraussetzung gegeben ist. Diese Voraussetzung wird in der *assumptio* (Annahme) angenommen. Die erste Prämisse hat somit die Funktion, einen Zusammenhang zwischen der zweiten Prämisse und der Schlussfolgerung herzustellen. Quintilian bezeichnet die *propositio* deshalb auch als *intentio*⁷⁴⁵: Durch die erste Prämisse wird die Aufmerksamkeit auf eine Voraussetzung gelenkt, bei deren Vorliegen die Schlussfolgerung begründet ist – die *propositio* gibt also eine Relation zwischen *assumptio* und Schlussfolgerung vor. *Loci*, die in der *propositio* dargestellt werden, sind abstrakte Argumentationsstrukturen, die in der *propositio* eine konkrete situationsbezogene Ausgestaltung finden.⁷⁴⁶

Im Mittelalter rezipierte Abaelard Ciceros Topik und dessen Lehre von den *loci*. Abaelard arbeitete heraus, dass insbesondere Schlüsse, die nicht formal gültig sind, einen *locus* brauchen, damit ihre Plausibilität gewähr-

740 Aristoteles, *Posterior analytics*, *Topica*, 71a, 9–12. Syllogismen können perfekt und nichtperfekt, die Prämissen des Syllogismus assertorisch, apodiktisch, problematisch, affirmativ oder negativ, universal oder partikular sein, vgl. Aristoteles, *Categories*, *On Interpretation*, *Prior Analytics* 24b, 24–28 u. 25a, 1–14.

741 Kienpointner, *Argument*, S. 889 ff.

742 Cicero, *Topik*, Teil I Nr. 8: „*licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem, quae rei dubiae faciat fidem.*“

743 Cicero, *De inventione*, I, 67.

744 Ottmers, *Epicheirem*.

745 Quintilian, *The Orator's Education* V 14, 6.

746 *Loci* sind intrinsisch oder extrinsisch: Intrinsische *loci* basieren auf Inhaltsrelationen wie beispielsweise Definiens und Definiendum, Ganzes und Teil oder Ursache und Wirkung. Extrinsische *loci* liegen nicht im Diskussionsgegenstand und sind beispielsweise Autoritätsargumente. Siehe Cicero, *On the Orator*, II, 163–173.

leistet ist.⁷⁴⁷ Der *locus* hat somit eine zentrale begründende Funktion. Nichtsdestotrotz brauchen auch formal gültige Schlüsse einen *locus*: Dieser erschöpft sich dann in der logischen Schlussregel.⁷⁴⁸ Bei dem Versuch, den *locus* neu zu definieren, führt *Agricola* im ausgehenden Mittelalter das Mittel der Argumentation (*medium argumentations*) ein, welches die Prämissen und die These begründend miteinander verbindet. Dieses *medium argumentations* ist eine besondere Ausprägung der *loci*, welche verschiedene Klassen begründender Verknüpfungen von Prämissen und These bezeichnen.⁷⁴⁹

In der frühen Neuzeit kam die Topiktradition zum Erliegen. Insbesondere im Anschluss an *Descartes Discourse de la Méthode* zur Neubegründung der Wissenschaften, in dem dieser betont, mathematisch-deduktives Schließens sei die einzige rationale Verfahrensweise, wurden an Topoi anschließende nicht-formalgültige Schlüssen nur noch wenig Beachtung geschenkt.⁷⁵⁰ Erst im 20. Jahrhundert kam eine Beschäftigung mit der Topik und damit mit nicht-formalgültigen Schlüssen wieder auf, insbesondere in den Werken von *Perelman, Olbrechts-Tyteca, Toulmin, Viehweg* und *Ballweg*. *Perelman* und *Olbrechts-Tyteca* stellten fest, dass vieles aus der antiken Rhetorik in der Philosophie quasi vergessen war und was es galt, wiederzuentdecken.⁷⁵¹ Deshalb griffen sie die Topiktradition zur Klassifikation von Argumenten wieder auf und entwickelten eine Typologie.⁷⁵²

Gegen die Beschränkung von Argumentation auf logisch gültige, deduktive Schlüsse wehrt sich *Toulmin* in *The Uses of Argument*,⁷⁵³ indem er ein alternatives Argumentationsmodell vorstellt. Das Toulmin-Modell stellt dar, wie der Geltungsanspruch⁷⁵⁴ der Behauptung K (Konklusion) begründet

747 Abaelard, *Dialectica*, S. 253, 459 ff.

748 Abaelard, *Dialectica*, S. 254, 262.

749 Ilg, *Das topisch-dialektische System der Sprache : R. Agricola: De inventione dialectica. Liber I. Interpretation und Uebersetzung*, dort *De inventione dialectica*, 3r, 5v.

750 Kienpointner, *Argument*, S. 897.

751 Perelman, *Das Reich der Rhetorik. Rhetorik und Argumentation*, S. 3 ff.

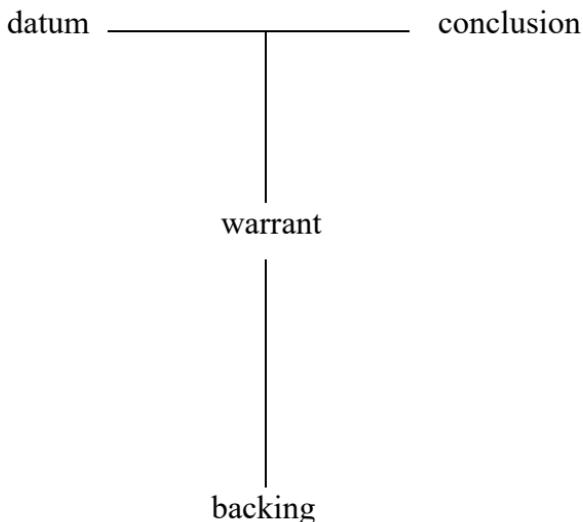
752 Perelman, *The New Rhetoric; Perelman / Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation. La nouvelle Rhétorique*.

753 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 15; Eine Rezeption erfolgte durch Habermas, *Wahrheitstheorien*, S. 242; in der Rechtstheorie durch Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, S. 187 ff.

754 Zum Geltungsanspruch siehe auch Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationale und gesellschaftliche Rationalisierung*, S. 439, *passim*.

werden kann (siehe dazu ausführlich oben II.2).⁷⁵⁵ Toulmins Unterscheidung von *warrant* und *datum* erinnert an Ciceros Unterscheidung von *propositio* und *assumptio*:⁷⁵⁶

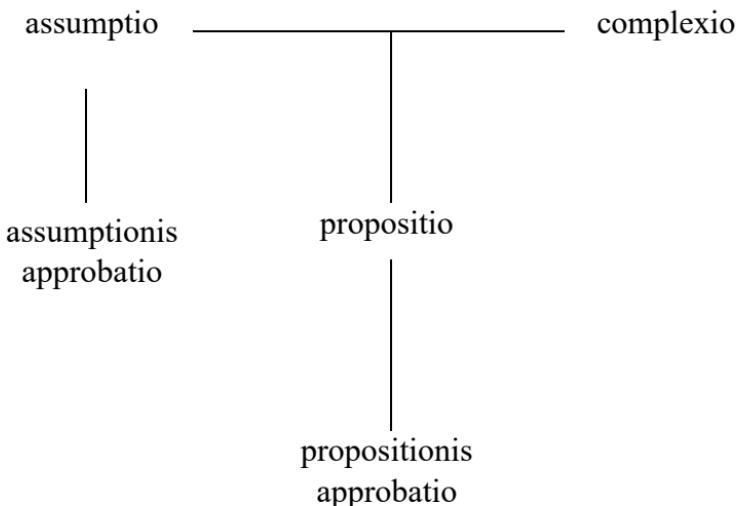
Abbildung 1: Argumentation nach Toulmin



755 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 87 f. Ausführlich siehe oben ab S. 84.

756 Darstellung Ciceros Argumentationsschema nach Eggs, *Argumentation*, S. 932.

Abbildung 2: Epicheirem nach Cicero



Sowohl bei *Cicero* als auch bei *Toulmin* wird die These *complexio / conclusion* mit einer argumentationssituationsverhafteten Aussage (*assumptio / datum*) und einer Relation, die einen Zusammenhang zwischen Aussage und These herstellt (*propositio / warrant*), begründet. Für die Geltung dieser Relation wird ihrerseits eine Begründung (*propositionis approbatio / backing*) angeführt. Zwar wird bei *Cicero* die Aussage begründet (*assumptionis approbatio*), *Toulmin* fasst jedoch auch die Aussage begründenden Aussagen unter *datum*,⁷⁵⁷ umgekehrt kann nach *Cicero* *assumptionis approbatio* auch weggelassen werden.⁷⁵⁸ Gegen den Vergleich könnte allerdings eingewendet werden, *Toulmins* Argumentationsmodell sei als Syllogismuskritik entworfen worden und könne deshalb mit dem syllogistischen Modell *Ciceros* nicht verglichen werden. „Syllogismus“ bei *Cicero* meint aber, wie auch bei *Aristoteles*, nicht ausschließlich den logisch gültigen Schluss. Das Epicheirem – ein fünfgliedriges Enthymem, bei dem die beiden Prämissen des Enthymems gesondert begründet sind – kann auch Schema einer Begründung sein, bei denen die Prämissen nur wahrscheinlich

757 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 89.

758 Cicero, *De inventione I*, 70: “Quattuor autem partibus constat argumentatio, cum aut proponimus aut assumimus sine approbatione. Id facere oportet, cum aut propositio ex se intellegitur aut assumptio perspicua est et nullius approbationis indiget.”

sind.⁷⁵⁹ Zudem ist das Epicheirem auch die Grundstruktur rhetorischen Begründens, bei denen *propositio* keine logisch gültige Regel sein muss.

Aussage, Relation oder These müssen nicht explizit ausgesprochen werden. So kann die These weggelassen werden, wenn sie offensichtlich ist.⁷⁶⁰ In der Alltagssprechpraxis wird darüber hinaus auf die begründende Relation nur implizit Bezug genommen und diese häufig unausgesprochen mitbehauptet wird:⁷⁶¹ Das Sprechen in Syllogismen ist sprachlich kontraintuitiv.⁷⁶² Dennoch erfordert jedes Argument eine Aussage und eine begründende Relation. Das Argument kann dabei auch unausgesprochene Aussagen oder Relationen umfassen, sofern sie sich im Ausgesprochenen manifestieren. Als „Argument“ kann also jede Menge von Aussagen, die eine These, mindestens eine argumentationssituationsbezogene Aussage und mindestens eine begründende Relation⁷⁶³, die Aussage und These miteinander verknüpft, enthält, begriffen werden. Funktional ist ein Argument „die Begründung, die uns motivieren soll, den Geltungsanspruch (einer Äußerung) anzuerkennen.“⁷⁶⁴

Von Gründen unterscheidet sich ein Argument darin, dass es einen Grund auf eine bestimmte Argumentationssituation anwendet.⁷⁶⁵ Beispielsweise ist § 211 StGB ein abstrakter Grund für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, erst § 211 StGB in Verbindung mit der Tatsache, dass A den B ermordet hat, – also der prozessualen Tat – ist aber ein Argument für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe für A. Argumente und Gründe sind nicht zu verwechseln: Ein Argument ist die sprachliche

759 Cicero, *De inventione* I, 57: „Ratiocinatio est oratio ex ipsa re probabile aliquid eliciens quod expositum et per se cognitum sua se vi et ratione confirmet.“

760 Kritisch Cicero, *De inventione*, I, 72–74.

761 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 91, 98.

762 Mit seiner Bezugnahme auf alltagssprachliche Sprachpraktiken steht Toulmin in Tradition seines Lehrers Ludwig Wittgenstein, vgl. ders., Philosophische Untersuchungen, in denen anhand von „Sprachspielen“, Untersuchungen der tatsächlichen Sprechweise, Aussagen über Sprachphilosophie trifft. Diese Kritik führt gegen den Syllogismus an auch Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 7 f.

763 Bei der Relation handelt es sich häufig um eine Regel oder ein Prinzip. Da „Regel“ und „Prinzip“ in der Rechtstheorie vorbelastete Begriffe sind und zudem Implikationen treffen können, die an dieser Stelle nicht gewollt sind, soll stattdessen von einer „begründenden Relation“ gesprochen werden.

764 Habermas, *Wahrheitstheorien*, S. 241.

765 Ähnlich Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 20: “A rule does not lead to a reason, unless it is applied to a particular case and makes the facts of that case into a reason.”

Einheit, mit der ein Grund vorgebracht wird, Gründe sind *Basis* von Argumenten für die Annahme einer bestimmten These oder für eine Handlung. Die Gründe sind Gegenstand der Argumente. Dass etwa sein Argument für eine These ist, besagt nur, dass das Argument einen Grund für die These vorbringt. Argumente sind die Einkleidungen von Gründen in die Argumentationssituation. Die Differenzierung von Grund und Argument ist die Differenzierung zwischen Stoff und Form, zwischen Inhalt und Prozess. Das Argument ist kein Grund, sondern immer nur Ausdruck des dahinterstehenden Grundes.

Juristische Argumente haben dieselbe Grundstruktur wie nichtjuristische Argumente. Von nichtjuristischen Argumenten unterscheiden sich juristische Argumente einerseits dadurch, dass zur Begründung einer These mindestens eine Rechtsnorm herangezogen und angewendet wird. Ein Argument ist demnach juristisch, wenn mindestens einer der Gründe des Arguments auf einer Rechtsnorm beruht. Im Folgenden soll ein derartiges Argument *Normargument* genannt werden. Juristische Argumentation darf allerdings nicht auf Normargumente beschränkt werden. Zunächst ist vor dem Hintergrund der Idee pluralen Rechts eine scharfe Grenzziehung zwischen Rechtsnormen und Normen ohne Rechtscharakter nicht möglich, sodass stellenweise fraglich wäre, ob es sich um eine juristische Argumentation handelt oder nicht. Darüber hinaus sollen auch nicht-juristische Normen wie Gerechtigkeitsgrundsätze oder Billigkeitserwägungen in der juristischen Argumentation eine Rolle spielen können. Können aber nur Normargumente eine Argumentation als juristisch klassifizieren, würde eine nichtjuristische normative Begründung einer juristischen These keine juristische Argumentation darstellen. Als juristische Argumente gelten im Folgenden deshalb auch Argumente, die keine Rechtsnorm enthalten, aber zur Begründung einer juristischen These dienen. Für das normlose juristische Argument gelten dieselben Regeln für Geltung und Anwendbarkeit der Relation wie beim allgemeinen Argument. Problematisch ist das normlose juristische Argument allerdings im Rahmen der juristischen Argumentation. Eine Argumentation – soweit bisher – ist also eine juristische Argumentation, wenn sie mindestens ein Normargument enthält oder zur Begründung einer juristischen These dient. Auch ein juristisches Argument bedarf des Vorliegens einer begründenden Relation und eine das Antezedens erfüllende Aussage. Das elementare vollständige Normargument besteht aus einer Norm, die einen Begründungszusammenhang behauptet, (begründende Relation) und der Tatbestandsmäßigkeit des Sachverhalts (Aussage).

6. Zwischenergebnis

Wie sich gezeigt hat, verstellt das Deduktionspostulat den Blick auf die folgenden Eigenschaften der Rechtsanwendung:⁷⁶⁶

- 1) Deduktive Schlüsse im Rahmen der Rechtsanwendung sind nichtklassisch-deduktiv, da sie das Monotoniepostulat nicht erfüllen. Das Hinzutreten neuer Prämissen – seien es neue Erkenntnisse zum Sacherhalt oder das Hinzutreten weiterer Regeln – kann die Menge der ableitbaren Schlüsse derart ändern, dass eine Schlussfolgerung, welche zunächst ableitbar ist, nicht länger ableitbar ist.⁷⁶⁷
- 2) Rechtsanwendung ist kein rein zuordnendes (analytisches) Verfahren, da Rechtsnormen keine (quantitativen) Allsätze sind, welche die Beurteilung eines jeden Falls bereits enthalten.⁷⁶⁸
- 3) Während Rechtsanwendung in deduktiver Form rekonstruiert werden kann, ist die logische Struktur, welche den Argumentationsprozess bei der Anwendung am besten beschreibt, eine Analogie. Im Rahmen des Analogieschlusses erfolgt eine wertende Gleichsetzung des zu beurteilenden Falles mit den von der Norm umfassten Fällen.⁷⁶⁹
- 4) Die Feststellung der Erfüllung des Tatbestandes notwendige⁷⁷⁰, aber nicht hinreichende Bedingung für die Festsetzung der Rechtsfolge.⁷⁷¹
- 5) Die Nicht-Anwendung einer anwendbaren Rechtsnorm als Grund für eine Rechtsfolge lässt die Rechtsnorm in ihrer Geltung unangetastet.⁷⁷²

Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen sind diese Eigenschaften zentral:

Zu 1): Die Akzeptanz der nichtmonotonen Eigenschaft von Rechtsanwendung ermöglicht, Ausnahmen anders zu begreifen als lediglich als nega-

766 Damit findet eine deutliche Abkehr von Webers Postulaten statt, vgl. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 396.

767 Siehe ab S. 83.

768 Siehe ab S. 112.

769 Siehe ab S. 124.

770 Man könnte einwenden, dass die Feststellung der Erfüllung des Tatbestandes bei richterlicher Rechtsfortbildung keine notwendige Bedingung für die Feststellung der Rechtsfolge ist, da es bereits keinen anwendbaren Tatbestand gäbe. Dabei würde aber übersehen, dass im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung die quasi-Anwendbarkeit der Norm zunächst entschieden wird und diese dann entsprechend angewandt wird, was die Prüfung der Erfüllung des Tatbestands ermöglicht.

771 Siehe ab S. 145.

772 Siehe ab S. 148.

tives Tatbestandsmerkmal einer Norm. Da Ausnahmen – wie an späterer Stelle eingehend erörtert wird – sich hinsichtlich ihrer Struktur nicht von Regeln entscheiden und erst durch das Aufeinandertreffen mit gegenläufigen Regeln, d. h. im Konfliktfall zu Ausnahmen werden, sind sie zunächst als gleichwertig zu den Regeln zu begreifen.

Zu 2) und 3): Die Betonung, dass sich eine juristische Entscheidung nicht logisch aus einer Norm ergibt, sondern dass eine wertende Gleichsetzung des zu beurteilenden Falles mit den paradigmatischen Fällen der Norm erfolgt, ermöglicht ein besseres Verständnis für die Offenheit des Rechts gegenüber Ausnahmen: Ausnahmen werden nicht etwa gemacht, weil sie durch eine Norm bereits mitgedacht und aus dem Tatbestand ausgenommen wurden, sondern weil der Rechtsanwender im Rahmen des wertenden Prozesses begründet entscheidet, wieso eine hinreichende Ähnlichkeit zwischen verschiedenen Fallkonstellationen besteht. Dadurch die eigentliche Begründungsleistung greifbar gemacht werden, die jenseits des Syllogismus in den nicht-syllogistischen Begründungen der Prämissen liegen, die im deduktiven Modell jedoch fälschlicherweise nicht im Zentrum stehen. Mit Alexy könnte man zwar vermittelnd einwenden, dass eine Begründung dennoch erfolge, nämlich im Rahmen der nicht-syllogistischen, externen Rechtfertigung. Woran das deduktive Modell aber gleichwohl scheitert, ist der fehlerhafte Umgang mit rechtlichen Normen, da das deduktive Modell suggeriert, die (konkretisierte) rechtliche Norm sei der einzige Ursprung juristischer Begründungswirkung.⁷⁷³

Zu 4) und 5): Das Verständnis einer Rechtsnorm als (nicht zwingenden) Grund für die Verhängung der Rechtsfolge und die Entkoppelung von der logisch zwingenden Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge eröffnet schließlich den Raum, dass Ausnahmen natürlich in das Recht integriert werden können und der Widerspruch zwischen der Erfüllung des Tatbestandes und der Nicht-Verhängung der Rechtsfolge auflösbar ist. Dadurch wird eine Differenzierung zwischen verschiedenen Wirkungsarten von Ausnahmen denkbar, welche nachfolgend näher betrachtet werden.

773 Eine derartige Kritik klingt auch an bei Muskens, *Gesetzesbindung und Willensfreiheit des Richters - warum wir Montesquieu missverstanden haben*, S. 289.

D. Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation

I. Zur Ursache von Regel-Ausnahme-Strukturen

Die Frage nach den Ursachen von Ausnahmen im Recht ist eine zentrale Frage in den Diskussionen zur *Defeasibility*.⁷⁷⁴ Eine Wiedergabe und Analyse der Diskussion soll an dieser Stelle jedoch nicht im Detail erfolgen, da die vorliegende Forschungsfrage primär den Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in den Blick nimmt und deren Entstehungsgründe dafür nur sekundär eine Rolle spielen dürften. Eingegangen wird deshalb im Folgenden primär auf das bereits an früherer Stelle thematisierte Vollständigkeitspostulat.⁷⁷⁵

Mit der Rechtsanwendung als nicht rein deduktives Verfahren wurde zwar das Deduktionspostulat, nicht aber das von den Deduktivisten immer wieder befürwortete Vollständigkeitspostulat zurückgewiesen. Stellvertretend für die Befürworter des Vollständigkeitspostulats geht Alchourrón von einem im Wesentlichen kohärenten und vollständigen Rechtssystem aus, mithilfe dessen die juristischen Entscheidungen begründet werden müsste:⁷⁷⁶ „*Judges must resolve all cases submitted to them within the limit of their competence by means of decisions grounded on legal norms of the system.*“⁷⁷⁷ Das Rechtssystem beschränke sich nicht auf den naturgemäß lückenhaf-ten Rechtstext, sondern meine den umfassend interpretierten Rechtstext unter Berücksichtigung von Literatur, Rechtsprechung und sonstiger Dogmatik.⁷⁷⁸ Aus dem Rechtssystem bzw. den verschiedenen Rechtssystemen ließe sich jede juristische Entscheidung begründen:⁷⁷⁹ Ungenauigkeiten der Rechtssätze ließen sich dabei über die Interpretation korrigieren. Dabei solle das Meistersystem Sicherheit und formale Gleichheit, nicht aber Ge-

⁷⁷⁴ Dazu ab S. 26; ausführlich jüngst dazu de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, S. 123 ff.

⁷⁷⁵ Siehe ab S. 86.

⁷⁷⁶ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 348.

⁷⁷⁷ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 334.

⁷⁷⁸ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 338; siehe dazu oben ab S. 78.

⁷⁷⁹ Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331, 334.

rechtheit erfüllen.⁷⁸⁰ Sachgerechtigkeit kann im Rahmen der deduktiven Rechtsanwendung tatsächlich nur durch eine Gerechtigkeit herstellende Interpretation der Norm geleistet werden. Ist der Tatbestand der Norm erst einmal erfüllt, bleibt kein Raum für Erwägungen, ob die Norm den Fall auch angemessen beurteilt.

„Vollständigkeit“ ist aber ein relativer Begriff, der sich nur auf eine konkrete Menge an Sätzen in einem konkreten Moment bezieht: Ein Rechtssystem, das heute als „vollständig“ gilt, kann morgen aufgrund eines gesellschaftlichen Wandels oder eines technischen Fortschritts insofern lückenhaft sein, als dass eine andere rechtliche Beurteilung erforderlich wird.⁷⁸¹ Diese Zeit- und Systemgebundenheit rechtlicher Normen kann das deduktive Modell, welches für vorausgesetzten Annahmen oder vorausgesetzte Regeln keinen Raum lässt,⁷⁸² erneut nur über die Interpretation der Normen kompensieren. Dass sich Rechtslücken ergeben können, liegt nicht nur an den Rechtsnormen oder den Formulierungen selbst, sondern daran, dass hinter den Formulierungen der Rechtsnormen sowie hinter den Interpretationen bestimmte Zeit- und Systemgebundene Annahmen stehen, welche die Rechtsnormen mitkonstituieren. Fallen diese weg oder ändern sie sich, kann das dazu führen, dass die Rechtsnormen ebenfalls modifiziert werden müssen. Mit den vorausgesetzten Annahmen (bzw. vorausgesetzte Regeln) wurde im Rahmen der Ausführungen zur nichtmonotonen Logik ein Phänomen juristischen Argumentierens angerissen, das bezüglich der Forschung nach der Ursache von Regel-Ausnahme-Strukturen eine genauere Betrachtung verdient. Dies kann als Erklärungsansatz dienen, wieso es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, bei der Setzung alle möglichen, insbesondere zukünftigen Fallkonstellationen zu bedenken.⁷⁸³ Denn über das Zurückweisen von vorausgesetzten Annahmen können Ausnahmen begründet werden.⁷⁸⁴

Zum Beispiel: Bis heute wird die analoge Anwendung des § 64 StGB, der bei Alkohol- und Drogenabhängigen unabhängig vom Vorliegen einer Schuldunfähigkeit anwendbar ist, auf Spielsüchtige fälschlicherweise ab-

780 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 335.

781 Die Kulturabhängigkeit, Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Regelsysteme hebt hervor auch Strawson, *Freedom and Resentment and other Essays*, S. 36–44.

782 Siehe oben ab S. 92.

783 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 239.

784 Dazu auch de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, S. 96 ff., insb. S. 123 ff.

gelehnt. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt soll anders als die Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik nach § 63 StGB nicht die Allgemeinheit schützen, sondern zielt vorrangig auf die Heilung des Süchtigen ab. Die Möglichkeit der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik wäre zum Umgang mit kriminellen Spielsüchtigen, die sich primär selbst schädigen, deshalb zu begründen. Begründet wird die Ablehnung der Anwendung auf Spielsüchtige damit, dass es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke fehle, wobei auf Wortlaut, Systematik und insbesondere die Gesetzesbegründung der Vorgängernorm zu § 64 StGB aus dem Jahr 1933 verwiesen wird.⁷⁸⁵ Übersehen wird dabei allerdings, dass sich sowohl die äußeren Umstände als auch die Erkenntnisse über Spielsucht seit 1933 derart gravierend gewandelt haben, dass ein Verweis auf die Gesetzesbegründung nicht mehr trägt. Während 1933 Glücksspielsucht eine Randerscheinung war und insbesondere im Kontext illegalen Glücksspiels auftrat, gibt es heute in Deutschland c.a. 200.000 pathologische Spieler. Glückspielstörungen haben heute deshalb eine andere Relevanz als vor 90 Jahren. Dazu kommt, dass es ausgehend vom aktuellen Forschungsstand mittlerweile als allgemein anerkannt gelten kann, dass die Spielsucht nicht wesentlich verschieden von stoffgebundenen Süchten ist.⁷⁸⁶ Zudem gibt es wie bei Alkohol- und Drogenabhängigen bei Spielsüchtigen häufig Fälle von Beschaffungskriminalität⁷⁸⁷, sodass der straffällige Spielsüchtige auch gemessen an der Gefahrprognose, welche § 64 StGB voraussetzt,⁷⁸⁸ sich von dem Alkohol- und Drogenabhängigen nicht unterscheidet.⁷⁸⁹ Eine Vergleichbarkeit der Interessenlage von Glücksspielstörung und Alkohol- oder Drogenabhängigkeit ist ausgehend vom aktuellen Forschungsstand mithin gegeben. Hätte der Gesetzgeber bei der Setzung des § 64 StGB die Gleichwertigkeit von stoffgebundenen und stoffungebundenen Süchten vor Augen gehabt, und auch berücksichtigt, welche Verbreitung Glücksspiel mit den Jahren erfahren hat, hätte er auch die Glücksspielsucht in den Tatbestand des § 64 StGB aufgenommen. Die Regelungslücke ist deshalb

785 BGH, Urteil vom 25. November 2004 – 5 StR 411/04; zustimmend Detter, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht, S. 150; Gemmeren, § 64 StGB, Rn. 20; Pollähne, § 64 StGB, Rn. 45.

786 Ausführlich Meyer, Unterbringung bei Spielsucht, S. 140 mwN, S. 142.

787 Ausweislich der Studie Meyer / Althoff, u.a., Glücksspiel und Delinquenz: eine empirische Untersuchung haben 48,3 % der untersuchten Glücksspieler aus Behandlungseinrichtungen angegeben, nach Beginn des regelmäßigen Spielens Straftaten begangen zu haben.

788 Pollähne, § 64 StGB, Rn. 41.

789 So auch Ege / Edem, "Rien ne va plus"?, S. 164 Rn. 22.

auch planwidrig. Durch die Änderung der Ausbreitung von Glücksspielstörungen und den Wandel der wissenschaftlichen Erkenntnisse ist deshalb eine Ausnahme in Gestalt einer analogen Anwendung von § 64 StGB angebracht.

Mit vorausgesetzten Annahmen werden alle Annahmen, Regeln oder sonstige Ausdrücke bezeichnet, welche einer bestimmten Aussage – im Rechtsanwendungskontext insbesondere den Rechtsnormen und den Aussagen über den Sachverhalt – vorausgehen.⁷⁹⁰ Die Behauptung eines Rechtssatzes bedeutet nicht, dass, wenn der Tatbestand vorliegt, die Rechtsfolge unbedingt eintreten soll – sondern: dass die Rechtsfolge eintreten soll, wenn der Tatbestand erfüllt ist und ansonsten nur gewöhnliche Umstände vorliegen. Anders als Prämissen wie Rechtssätze oder Aussagen über den Sachverhalt müssen die vorausgesetzten Annahmen nicht unbedingt explizit gemacht werden. Wer einen Besitzer zur Herausgabe eines Fahrrads an den Eigentümer verpflichten möchte, wird auf § 985 BGB und auf die Eigentümerstellung, die Besitzerstellung und das fehlende Recht zum Besitz abstellen müssen. Hingegen ist nicht explizit hervorzuheben, warum ein Fahrrad eine Sache ist oder warum das BGB anwendbar ist, was ebenso zu den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 985 BGB gehört. Vorausgesetzten Annahmen bleiben aber keineswegs immer im Hintergrund. Bei der Begründung einer juristischen Entscheidung spielen sie regelmäßig eine wichtige Rolle. Soll beispielsweise begründet werden, warum § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB keine Anwendung auf den Stückkauf findet, obwohl dies vom Wortlaut umfasst ist, kann dies mit einem Hinweis auf das Telos der Norm, Abgrenzungsschwierigkeiten zu beseitigen, abgelehnt werden.

Vorausgesetzte Annahmen können vielfältiger Natur sein: Es kann sich bei ihnen beispielsweise um persönliche Erfahrungssätze, politische Grundeinstellungen, aber ebenso um dogmatische Regeln oder juristische Methoden handeln.⁷⁹¹ Der Rechtsanwender muss über die vorausgesetzten Annahmen nicht selbst verfügen, er kann sie sich im Rechtsanwendungszeitpunkt aneignen. Die vorausgesetzten Annahmen müssen dem Rechtsanwender ferner nicht umfassend bewusst sein. Über die meisten voraus-

790 Es ist auch unmöglich, diese alle aufzuzählen, so MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, S. 99 ff.

791 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. V sieht im Vorverständnis gar den Grund, wieso Rechtsanwendung nicht in Syllogismen verläuft.

gesetzten Annahmen, wie bspw. physikalischen Naturgesetze, logischen Denkgesetze oder sprachliche Konventionen, wird der Rechtsanwender im Anwendungsfall nicht nachdenken und diese Annahmen auch nicht als Entscheidungsgrundlage in seiner Entscheidungsbegründung vermerken.

Vorausgesetzten Annahmen sind die Voraussetzung, um Aussagen darüber treffen zu können, wie sich etwas *gewöhnlich* oder *regelmäßig* verhält. Denn dabei wird vorausgesetzt, dass alles, worüber man nichts Weiteres weiß, sich so verhält, wie es sich *regelmäßig* verhält.⁷⁹² *Regelmäßig* oder *Regelfall* werden in der AlltagsSprache in Situationen verwendet, in denen das Eintreten bestimmter Ereignisse von vornherein absehbar ist, weil *gewöhnlich* mit diesen zu rechnen ist:⁷⁹³ „Sie kommen *regelmäßig* zu spät.“, „Im Regelfall erledigt sie ihre Aufträge *fristgemäß*.“, „Er schreibt in den Probeklausuren *regelmäßig* gute Noten.“, „*Regelmäßig* hat der Angeklagte die Tat begangen.“, „Das Restaurant ist *regelmäßig* ausgebucht.“, „Die Bahn kommt *regelmäßig* zu spät.“, „Vom Raumfahrtzentrum Guayana werden *regelmäßig* Satelliten in den Weltraum gestartet.“, „Bei Einreisenden werden *regelmäßig* Corona-Tests durchgeführt.“ Die *Regelmäßigkeit* des Eintritts bestimmter Ereignisse – inwiefern bestimmte Ereignisse *einer Regel gemäß* eintreten – impliziert dabei, dass ausgehend von dem *gewöhnlichen Wissen* über die Welt – den vorausgesetzten Annahmen – von dem Beschriebenen auszugehen ist und damit etwas über eine Situation gesagt werden kann, ohne dass weitere Umstände oder Faktoren darüber bekannt sind. Aussagen über die *Regelmäßigkeit* des Eintritts bestimmter Situationen oder Ereignisse sind deshalb so bedeutsam, weil die meisten Sprechsituationen auf einem lückenhaften Wissen über die Welt gründen.⁷⁹⁴ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Laufe der Zeit anfänglich unbekannte Informationen hinzutreten, manche Informationen unbekannt sind oder zunächst nicht berücksichtigt werden. Kurz gesagt: Wenn wir sagen „So ist es.“, sagen wir damit meistens eigentlich „So ist es *regelmäßig*.“⁷⁹⁵

Vorausgesetzten Annahmen sind erforderlich, um die Argumentation auf ein erforderliches Maß zu begrenzen. In der Regel bedürften vorausgesetzte

792 Es können zudem nicht alle Elemente gleichzeitig überprüft werden, vgl. Quine, *Two Dogmas of Empiricism*, S. 23 ff. zur Unmöglichkeit einer vollständig fundierten Wissensbasis.

793 Zur Bestimmung der Bedeutung über die Kontextualität siehe Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, § 23.

794 Vgl. Hume, *Eine Untersuchung über den Menschlichen Verstand*, § 4.

795 Mit Popper könnte man sagen, dass „So ist es *regelmäßig*“ bedeutet, dass die *Regelmäßig* gelten soll, bis sie widerlegt ist, siehe Popper, *Logik der Forschung*, Kapitel 4.

Annahmen oft keine weitere Argumentation.⁷⁹⁶ Für das Gegenüber ist eine Aussage vielmehr begründet, wenn der Sprecher auf die Regelmäßigkeit verweist oder sich diese aus dem Kontext des Gesprochenen ergibt. Wer darüber spricht, dass er nicht weiß, ob er pünktlich kommen wird, weil auf der Autobahn regelmäßig Stau ist, wird nicht gefragt werden, ob denn an diesem Tag auch Stau sei oder ob das wirklich regelmäßig so sei. Dies gilt auch für die juristische Argumentation: Wer vorbringt, jemand habe den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, weil er einen anderen Menschen mit der Faust an den Kopf geschlagen habe, wird wohl kaum gefragt werden, ob es sich dabei wirklich um eine Körperverletzung handle, weil ein Schlag mit einer Faust regelmäßig eine Körperverletzung darstellt. Wer allerdings vorbringt, dass ein Säureangriff ein Angriff mit einer Waffe sei oder das Infizieren mit HIV eine Körperverletzung, wird dies weiter begründen müssen.

Wo aber ist die Grenze zu ziehen zwischen dem, was begründet werden muss, und dem, was als bereits begründet oder als gegeben vorausgesetzt werden darf?⁷⁹⁷ Mit Peirce kann Argumentation zur Herstellung einer

796 Dies können auch synthetische Urteile a priori i.S.v. Kant sein, dazu Kant, Kritik der reinen Vernunft, A151/B190 zur Unterscheidung zwischen analytischen und synthetischen Urteilen; umfasst dürften auch „soziale Tatsachen“ nach Searle sein, siehe Searle, The Construction of Social Reality. Der Unterschied zwischen sozialen Tatsachen nach Searle und synthetischen Urteilen a priori nach Kant liegt in ihrem Ursprung, ihrer Natur und der Art und Weise, wie sie begründet und verstanden werden. Soziale Tatsachen sind Phänomene, die nur aufgrund kollektiver menschlicher Übereinkünfte existieren. Sie entstehen, weil Menschen bestimmten Objekten oder Handlungen eine Bedeutung und Funktion zuweisen, die von allen akzeptiert wird (z. B. Geld: Es hat nur deshalb einen Wert, weil die Gesellschaft sich darauf geeinigt hat, dass es eine bestimmte Funktion erfüllt. Das Gleiche gilt für Eigentum, Gesetze oder andere soziale Institutionen – sie alle beruhen auf dieser gemeinsamen Akzeptanz). Soziale Tatsachen sind *kontingent*, d. h., ihre Gültigkeit hängt von sozialer Übereinkunft ab. Ihre Begründung kann ausbleiben, solange eine allgemeine Übereinstimmung über sie besteht. Kants synthetische Urteile a priori beziehen sich im Gegensatz auf Aussagen, die etwas Neues über die Welt aussagen, ohne dass sie auf Erfahrung beruhen. Diese Urteile erweitern das Wissen, sind aber unabhängig Erfahrung (a priori) gültig (z. B. $3 + 2 = 5$). Diese Urteile sind notwendig und allgemein gültig, da sie nicht auf sozialer Übereinkunft beruhen, sondern auf der Struktur des menschlichen Verstandes. Sie gelten unabhängig davon, wie Menschen sich organisieren oder welche Übereinkünfte sie treffen.

797 Zu unterscheiden davon ist die Frage, ob und welche Prämissen explizit genannt werden müssen. Juristische Argumente sind oft enthymematisch, d. h. eine explizite Darlegung der Prämissen ist nicht immer erforderlich. Siehe dazu überblickend Fischer, Analogie und Argument, S. 287 ff., sowie zur Enthymem-Ambiguität juristi-

Überzeugung nur als erforderlich angesehen werden, wenn Zweifel bestehen: “*There must be a real and living doubt, and without this all discussion is idle.*”⁷⁹⁸ Die Argumentation muss dabei mit Prämissen beginnen, die nicht bezweifelt werden: “*An inquiry, to have that completely satisfactory result called demonstration, has only to start with propositions perfectly free from all actual doubt. If there premises are not in fact doubted at all, they cannot be more satisfactory than they are.*”⁷⁹⁹ Umgekehrt endet die Argumentation auch dort, wenn alle Zweifel ausgeräumt werden: “*When doubt ceases, mental action on the subject comes to an end; and, if it did go on, it would be without a purpose.*”⁸⁰⁰ Dementsprechend muss nur dort argumentiert werden, wo Zweifel bestehen. Geholfen ist damit allerdings nur wenig: Denn die bloße Feststellung, dass keine Zweifel bestehen, rechtfertigt nicht, dass man an der Stelle nicht weiter argumentiert. Denn die Aussage, es müsse noch weiter argumentiert werden, stünde gegen die Ansicht, eine weitere Argumentation sei nicht mehr notwendig. Notwendig sind deshalb (begründete) Annahmen, die rechtfertigen, wo die Argumentation ein Ende hat. Die Annahmen können nicht speziell, das heißt aus dem Einzelfall begründet sein, da ansonsten auch im speziellen Fall eine jeweilige Begründung erforderlich wäre. Stattdessen sind formale Prinzipien erforderlich, anhand derer deutlich wird, wo die Argumentation endet, und welche Anforderungen formulieren, die an die Äußerung von Zweifel gestellt werden müssen, um die Erforderlichkeit weiterer Argumentation zu begründen.

Im Prinzip verläuft die Grenze zwischen dem zu Begründendem und dem nicht zu Begründendem dort, wo die vorausgesetzten Annahmen enden, die Sprecher und dessen Auditorium teilen. Zudem kann man das Argumentationserfordernis begrenzen, indem man zwei Regeln akzeptiert:⁸⁰¹ Einerseits hat jedes Hinzufügen von Prämissen keine Auswirkungen, es sei denn, es ist möglich, das Gegenteil abzuleiten. Andererseits wird jede Relation als konsistent betrachtet, solange keine widersprechenden Gründe

scher Argumente Brewer, *First Among Equals*, S. 291 ff., *Interactive Virtue*, S. 157 ff., *Logic and the Life of the Law*, S. 167 ff.

798 Peirce, *The Fixation of Belief*, S. 5; Wittgenstein, *Über Gewissheit*, Nr. 122: „Braucht man zum Zweifel nicht Gründe?“

799 Peirce, *The Fixation of Belief*, S. 6.

800 Peirce, *The Fixation of Belief*, S. 6.

801 Die Regeln entstammen Reiters Logik der vorausgesetzten Annahmen, siehe ausführlich oben ab S. 68 ff.

bekannt sind (*closed world assumption*).⁸⁰² Maßgeblich im Rahmen der Argumentation sind nur positive Informationen. Bedeutsam ist dies deshalb, weil sich damit als Anforderung für die Begründung von Ausnahmen – die nämlich aus der Sicht der vorausgesetzten Annahmen überraschend sind und deshalb vorher nicht mitbedacht wurden – die Notwendigkeit ergibt, *den vorausgesetzten Annahmen begründet zu widersprechen*.

Das Konzept der vorausgesetzten Annahmen erinnert an die *Angstklause*, welche die Verfechter der Rekonstruktion juristischer Argumentation im Syllogismus einführen, um Widersprüche durch Ausnahmen zu vermeiden.⁸⁰³ Gegen die Angstklause wurde eingewandt, dass durch sie wenig gewonnen sei, da die Angstklause als metasprachlicher Ausdruck die Prüfung, ob denn wirklich keine Ausnahme vorliege, auf der nächsthöheren Ebene erforderlich mache. Dies könnten Skeptiker auch gegen die vorausgesetzten Annahmen einwenden. Eine Begrenzung der Begründungsnotwendigkeiten mithilfe von vorausgesetzten Annahmen ist deshalb nur unter der Voraussetzung möglich, dass alle Tatsachen, die zwar bestehen, aber nicht bekannt sind, als nicht-bestehend angenommen werden dürfen, bis sie bekannt werden.⁸⁰⁴ Mit einer Annahme ähnlich der Annahme der Weltabgeschlossenheit, die dem syllogistischen Modell nicht entgegensteht, kann jedoch der Einwand gegen die Rekonstruktion juristischen Argumentierens im Syllogismus, Ausnahmen könnten logisch nicht angemessen rekonstruiert werden, entkräftet werden. Es verwundert deshalb wenig, dass Rechtstheoretiker, deren Modelle zur Rekonstruktion juristischen Argumentierens auf nichtmonotoner Logik beruhen, eine (wenn auch nicht-monotone) deduktive Auffassung juristischer Argumentation zugrunde legen.

Es bleibt festzuhalten: In der juristischen Argumentation müssen nicht alle vorausgesetzten Annahmen explizit gemacht werden, um den Tatbestand gegen eventuelle Anfechtungen abzusichern. Auch müssen die beiden Grundprämissen, welche im Syllogismus zur Begründung der Rechtsfolge angeführt werden, also Norm und Aussage über den konkreten Sachverhalt, nicht explizit genannt werden. Denn in vielen Fällen sind die hinter den Ausführungen stehenden vorausgesetzten Annahmen klar erkennbar und bedürfen keiner weiteren Begründung. Gegen den uneinsichtigen

802 McCarthy, *Circumscription – A Form of Non-Monotonic Reasoning*, S. 145 ff.; McCarthy, *Application of Circumscription to Formalizing Common-Sense Knowledge*, S. 89 ff.

803 Siehe oben ab S. 67.

804 McCarthy, *Circumscription – A Form of Non-Monotonic Reasoning*, S. 145 ff.; McCarthy, *Application of Circumscription to Formalizing Common-Sense Knowledge*, S. 89 ff.

Zweifler kann sich der Begründende wehren, indem er die Prämissen offenlegt und so den Zweifler zum aktiven Vorbringen von Argumenten auffordert. Für den Rechtsanwender bedeutet das, dass eine Argumentation regelmäßig nur da notwendig ist, wo Gegenargumente im Sinne von begründeten Zweifeln diese unbedingt erforderlich machen. Der Skopus der Argumentation bestimmt sich einerseits durch die Regeln, die in der Argumentation herangezogen werden, und die korrelierenden Angaben zum Einzelfall, andererseits aber auch durch die Gegenargumente und die möglichen Zweifel, die geäußert werden können. Das, worauf aber keine begründende Relation zurückgreift, und woraus auch keine Zweifel abgeleitet werden, muss regelmäßig weder begründet noch weiter thematisiert werden.

1. Rechtsanwendung vor vorausgesetzten Annahmen

Die grundlegende Bedeutung von vorausgesetzten Annahmen wird in den üblichen Darstellungen zur Rechtsanwendung rund um die zentrale Stellung der Rechtsnorm häufig missachtet: Das übliche Verständnis der deduktiven Rechtsanwendung ist, dass ausgehend von einer Norm, deren Tatbestand geprüft wird, weitere Normen herangezogen werden. Indem Auffassungen und Wertungen, die an den Fall herangetragen werden, als vorausgesetzte Annahmen bzw. vorausgesetzte Regeln begriffen werden, ergibt sich eine von dem ansonsten vorgetragenen Modell der Rechtsanwendung einer Norm, wobei fortschreitend um Tatbestandsmerkmale und Ausnahmen erweitert wird, zunächst befreindlich abweichende Vorstellung: Ausgangspunkt der Rechtsanwendung sind nicht nur die Norm und der Sachverhalt, sondern insbesondere auch zahlreiche weitere Annahmen, welche die Auswahl und das Verständnis der Norm beeinflussen.⁸⁰⁵

805 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 73: „Recht finden ist ein Wiedererkennen von irgendwie schon Bekanntem, nicht das Betreten von völligem Neuland. Der Richter, der sich seines Vor-Urteils nicht bewusst ist, ist in Wahrheit der abhängigste Richter. Erst das Vor-(läufige) Urteil, das Vorverständnis, zeigt ihm, was er an der Norm zu interpretieren und am Fall normativ zu qualifizieren hat. Er müsste sonst ins Ungewisse, ins Unbekannte vorgehen. Zwei in dieser Weise getrennte Akte, der eine der abstrakten Gesetzesnorm, der andere dem amorphen Fall zugewandt, ergeben kein Recht, weder je für sich, noch beide zusammen.“ Das Vorverständnis ist für Kaufmann ein wesentlicher Grund, wieso die Rechtsgewinnung nicht durchweg rational in der Form zwingender Sollgismen verläuft, siehe S. V.

Diese ansonsten im Rahmen der Interpretation explizit gemachten Faktoren beeinflussen das Rechtsanwendungsergebnis erheblich. Denn sie sind maßgeblich dafür, für welches der möglichen Entscheidungen sich der Rechtsanwender am Ende entscheidet. Von den verfügbaren vorausgesetzten Annahmen werden diejenigen akzeptiert und ausgewählt, welche die ausgehend vom Entscheider beste rechtliche Lösung bereitstellen.

Wird einem Richter ein Rechtsfall zur Beurteilung vorgelegt, geht seiner Begründung ein Vorwissen voraus, das bedingt, ob er in der Argumentation auf einschlägige Normen, passende Kommentierungen und vergleichbare Rechtsprechung Bezug nimmt. Durch das Hintergrundwissen wird von Anfang an begrenzt, welche Lösungsmöglichkeiten argumentativ behandelt werden. Beispielsweise wird ein Examenskandidat, der im Handelsrecht „auf Lücke“ gesetzt hat, zwar die Vorschriften zur Kaufmannseigenschaft in den §§ 1ff. HGB diskutieren, aber – sofern er sich nicht mit der Bedeutung des Rechtsscheins im Zivilrecht eingehender befasst hat – wohl kaum thematisieren, dass es daneben auch einen „Scheinkaufmann“ gibt. Und wer der festen Überzeugung ist, dass die Auslegung nach dem Gesetzeswortlaut immer den unbedingten Vorrang genießen muss, wird nicht argumentieren, dass § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB auch Forderungen umfasst, die keine Geldforderungen sind, oder dass es strittig ist, ob entgegen Art. 42 S. 1 EGBGB eine Rechtswahl auch wirksam ist, wenn sie vor Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, erfolgt.⁸⁰⁶

Während Einzelfallwissen im konkreten Anwendungsfall recherchiert werden kann und dies in der Praxis dem Verfassen einer Begründung auch immer vorausgeht, ist dies bezüglich der juristischen Arbeitstechnik oder der Methoden, wie Wissenslücken zu schließen ist, nicht der Fall. Von der Rechtsdidaktik wird deshalb völlig mit Recht gefordert, dass die juristische Ausbildung nicht nur Fachwissen vermittelt, sondern gleichzeitig gebildete und denkende Menschen heranzieht – denn nur so kann sichergestellt werden, dass durch die vorausgesetzten Annahmen die Beantwortung rechtlicher Fragen ermöglicht wird.⁸⁰⁷ Denn nicht das Auffinden von Normen oder die Kenntnis elaborierter Prüfungsschemata, die eine standariserte Behandlung rechtlicher Sachverhalte ermöglichen, sondern vielmehr fundierte Kenntnisse zum argumentativen und eigenständigen Umgang mit

806 Zur Rechtswahlfreiheit ausführlich von Hein, *Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht*, S. 599 ff.

807 So wiederholt Jauß, *Quo vadis, Juristen(aus)bildung; Jauß, Shall assessment drive learning? Vom Sinn und Unsinn eines ‚constructive alignment‘ des universitären Rechtsunterrichts*, S. 189 ff.

Normen, welche auf einer intensiven Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Rechts beruhen, sind notwendige Bedingung für eine in jedem Fall angemessene Auswahl der bestehenden Beurteilungsmöglichkeiten.

Der zentrale Vorteil, den vorausgesetzte Annahmen bieten, ist der Ausdruck der Zeit- und Systemgebundenheit. Das deduktive Modell kann weitere Prämissen strukturell nur als Tatbestandsmerkmale berücksichtigen, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen explizit überprüft werden muss. Bestimmte Prämissen, die im Zeitpunkt der juristischen Entscheidung von allen Beteiligten geteilt werden, werden dabei aber nicht in den Normatbestand aufgenommen. Das deduktive Modell vernachlässigt diese Gebundenheit an vorausgesetzten Annahmen und vorausgesetzte Regeln der juristischen Entscheidung und damit ihre Relativität. Denn bestimmte Annahmen – wie beispielsweise, dass Strafrecht einen Resozialisierungsgedanken verfolgt – werden in der konkretisierten Norm nicht berücksichtigt. Steht nach einem Systemwechsel hinter dem staatlichen Strafen ein Vergeltungsgedanke, kann die Begründung mit der konkretisierten Norm fehlerhaft werden, ohne dass dies mit dem deduktiven Modell erklärt werden könnte.

Rechtsanwendung kann durch die Rückkopplung an vorausgesetzte Annahmen für zeitliche und systemische Verschiebungen offen sein. Ändern sich die gesellschaftlichen, rechtlichen oder politischen Umstände, kann jede Änderung zunächst mit den vorausgesetzten Annahmen abgeglichen werden. Ergibt sich daraus, dass diese bestimmten vorausgesetzten Annahmen widersprechen, ist die juristische Entscheidung ausgehend von der Änderung unbegründet. Der Ursprung des Unbegründheitsvorwurfs kann aber klar erfasst und kommuniziert werden, sodass die Beseitigung des Begründetheitsmangels gelingt oder gute Gründe für einen Kurswechsel vorgetragen werden können. Gleichwohl werden die meisten vorausgesetzten Annahmen in der juristischen Argumentation allerdings nie erwähnt werden. Denn überall, wo in der Rechtsgemeinschaft ein Konsens herrscht, besteht keine Notwendigkeit, die vorausgesetzten Annahmen explizit zu machen.

2. Vorausgesetzten Annahmen als Ursache von Regel-Ausnahme-Strukturen

Regeln basieren auf der Annahme des Vorliegens „mehr oder weniger üblicher Umständen“⁸⁰⁸, treffen Aussagen darüber, was „normalerweise richtig oder nicht richtig ist“⁸⁰⁹, gelten „nicht unter allen Umständen“⁸¹⁰ oder nur, „wenn die jeweiligen Umstände die gleichen bleiben“⁸¹¹, also nur eingeschränkt.⁸¹² Bei Schlüssen spielt nicht selten allgemeines Wissen, das Sprecher und Hörer voraussetzen, eine große Rolle.⁸¹³ Hat aber nur der Sprecher ein bestimmtes Wissen und der Hörer nicht, kann das dazu führen, dass ein Schluss, der für den Sprecher begründet ist, für den Hörer unbegründet erscheint. Dies deutet bereits an, dass eine Ursache für Regel-Ausnahme-Strukturen auch in den vorausgesetzten Annahmen liegt. Denn nicht, dass der Gesetzgeber die Regelung eines Falles vergisst, sondern die vorausgesetzten Annahmen, welche dem Prozess der Gesetzgebung zugrunde liegen und bedingen, welche Fälle betrachtet werden und welche Merkmale als maßgeblich erachtet werden, und die vorausgesetzten Annahmen, mit denen der Rechtsanwender an die Beurteilung eines Einzelfalls herantritt, werden im Ausnahmefall davon überrascht, dass es sich im Einzelfall nicht so verhält wie ausgehend von den gewöhnlichen Konstellationen angenommen werden kann. Strukturell sind zwei verschiedene Arten des Umgangs mit vorausgesetzten Annahmen auf zwei verschiedene Arten denkbar: Der Rechtsanwender kann einerseits eine vorausgesetzte Annahme hinzufügen, welche die Regelungen an sich nicht angreift, aber eine differenzierte Betrachtung *prima facie* gleich zu behandelnder Fälle ermöglicht, und wodurch sich die Notwendigkeit von Ausnahmen ergeben kann, die das Gesetz so nicht vorsieht. Andererseits kann der Rechtsanwender einer vorausgesetzten Annahme des Gesetzgebers explizit widersprechen,

808 Moore, *Principia ethica*, S. 228: „Regeln, die besagen, dass es unter mehr oder weniger üblichen Umständen im Allgemeinen für jeden nützlich ist, eine bestimmte Art von Handlungen zu vollziehen oder zu unterlassen.“

809 Singer, *Verallgemeinerung in der Ethik: zur Logik moralischen Argumentierens*, S. 127.

810 Singer, *Verallgemeinerung in der Ethik: zur Logik moralischen Argumentierens*, S. 131.

811 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 265.

812 W.J. Rees meint, moralische Regeln müssten als verschlüsselte Bedingungssätze zu verstehen sein, d. h. man müsse die einschränkenden Bedingungen angeben, unter denen eine moralische Regel gelten solle; Rees, *Moral rules and the Analysis of "Ought"*, S. 27.

813 Marmor, *The Language of Law*, S. 7.

wodurch ebenso die Notwendigkeit von Ausnahmen begründet werden kann.

Über vorausgesetzten Annahmen lässt sich auch die Zeit- und Systemrelativität juristischer Entscheidungen erklären: Die juristische Entscheidung basiert nicht nur auf dem Sachverhalt und den angewandten Regeln, sondern auch zahlreichen weiteren Annahmen, die nicht den Regeln selbst zu entnehmen sind. Das sind insbesondere Annahmen, die in der Zeit und dem System, in dem die juristische Entscheidung begründet wurde, allgemein verbreitet und weithin vertreten werden, und die deshalb nicht explizit ausgesprochen werden. Relevant werden diese vorausgesetzten Annahmen erst bei einem Systemwechsel: Im SED-Regime wurden illegale Ausreiseversuche mit Todesschüssen verhindert. Die Tötungshandlungen der später sog. „Mauerschützen“ wurden in der DDR nach § 27 DDR-GrenzG gerechtfertigt.⁸¹⁴ Nach Ende des SED-Regimes hat der BGH unter Bezugnahme auf die „*Radbruch'sche Formel*“ die rückwirkende Bestrafung der Mauerschützen dennoch angenommen.⁸¹⁵

Nicht aber nur durch Systemwechsel, sondern auch durch technische Fortschritte oder gesellschaftliche Entwicklungen können, wie eingangs erwähnt, Normen in ihrer Anwendungssituation ihren vorausgesetzten Annahmen entrissen werden. Zudem können durch Migrationsbewegungen fremde Rechtsordnungen und Wertungen in eine andere Rechtsordnung mitgebracht werden, wo zwar nicht unbedingt die Regeln an sich, aber die vorausgesetzten Annahmen miteinander kollidieren. Wichtig ist dann, dass nicht die Rechtsnorm an sich in Frage gestellt und bedenkenlos verworfen wird, sondern dass die vorausgesetzten Annahmen – wie beispielsweise die Begründung von Regeln, die *Toulmin* als Stützung der Schlussregel bezeichnet – bei der Rechtsanwendung in den Blick genommen werden und unter Bezugnahme auf diese Ausnahmen begründet werden können.

814 Papier / Möller, *Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989*, S. 3291.

815 BGH, Urteil vom 03. November 1992 – 5 StR 370/92; BGH, Urteil vom 08. Juni 1993 – 5 StR 88/93; BGH, Urteil vom 20. Oktober 1993 – 5 StR 473/93; BGH, Urteil vom 26. Juli 1994 – 5 StR 167/94; BGH, Urteil vom 26. Juli 1994 – 5 StR 98/94; BGH, Urteil vom 20. März 1995 – 5 StR 111/94; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1996 – 5 StR 137/96.

II. Der Begriff von Regel und Ausnahme

Bevor der Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in den Blick genommen werden kann, soll ein kurzer Blick auf die Verwendung der Begriffe „Regel“ und „Ausnahme“ geworfen werden, um möglichen Missverständnissen vorzubeugen.

In der (juristischen) Argumentation kann unter Bezugnahme auf die *Regelmäßigkeit* oder *Regelhaftigkeit* der weitere Argumentationsaufwand darauf begrenzt werden, darzulegen, dass es sich um eine gewöhnliche, d. h. erwartbare Situation handelt. Was aber ist nun die „Regel“ hinter der Regelmäßigkeit oder Regelhaftigkeit? Die auf der logischen Struktur basierende Definition, eine Regel aus zwei Bestandteilen, nämlich einem Antezedens und einer Konsequenz, die mit einer konditionalen Relation miteinander verknüpft sind, sodass, wenn der Antezedens vorliegt, die Konsequenz der Regel logisch folgt,⁸¹⁶ hilft hier wenig weiter. Denn Rechtsnormen unterscheiden sich von logischen Allsätzen und die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge ist keine konditionale Relation: Allenfalls könnte man die Relation von Tatbestand und Rechtsfolge als *begründende Relation* begreifen, diese ist aber in gewisser Weise *alogisch*, weil sich das verknüpfende Element in den wahrheitsfunktional bezogenen logischen Interpretationen nicht beschreiben lässt.⁸¹⁷ Die Rechtsregel gibt keine logische Gesetzmäßigkeit wieder, sondern ist eine abstrakte Klassenbeschreibung von Regelfällen und deren Bewertung.⁸¹⁸

Das Antezedens der Rechtsregel bilden die paradigmatischen Fälle. Rechtsregeln sind dementsprechend und unter Berücksichtigung der Rechtsnorm als Grund zunächst Aussagen, die aus einer abstrakten Beschreibung von Voraussetzungen und einer Rechtsfolge bestehen. Liegen die Voraussetzungen vor – d. h. handelt es sich um einen hinreichend ähnlichen Fall –, besteht ein Grund für den Eintritt der Rechtsfolge. Die Rechtsfolge kann eine bestimmte Handlung, aber auch die Konstitution einer bestimmten Tatsache darstellen. Denn nicht alle Rechtsregeln sind Handlungsregeln: Rechtsregeln können regulative, aber auch konstitutive Regeln sein. Konstitutive Regeln konstituieren Handlungen und ermöglichen die Handlung erst durch die Handlungsform oder den Typ – beispielsweise würde es ohne § 903 BGB gar kein Eigentum oder eine Eigen-

816 Kible / Pieper, u.a., *Regel*.

817 Neumann, Juristische Argumentationslehre, S. 39.

818 Neumann, Juristische Argumentationslehre, S. 37.

tumsübertragung geben können. Regulative Regeln hingegen schreiben ein Handeln vor, das ausgeführt werden soll.⁸¹⁹ Eine Rechtsregel leitet Verhalten, indem sie einen Grund liefert, die entsprechende Verhaltensweise an den Tag zu legen.⁸²⁰ Als Handlungsregel schafft die Regel im Anwendungsfall auch einen Grund zweiter Ordnung, der – im Regelfall – ausschließt, dass nach anderen Gründen gehandelt wird oder andere untergeordnete Gründe auch nur in Betracht gezogen werden. Regelfälle sind dabei alle abstrakten Fallkonstellationen, für die ausgehend vom Setzungszeitpunkt die Regel anzuwenden ist. Oder anders: Regelfälle sind alle Fälle, die nicht derart von der Grundkonstellation der Regel abweichen, sodass sie einer anderen Bewertung bedürften.

Bei der Betrachtung von Raz' Theorie der Handlungsgründe wurde herausgestellt, dass es sich bei Rechtsnormen um abstrakte Gründe handelt.⁸²¹ Abstrakte Gründe werden durch ihren Gebrauch in der Argumentation zu Regeln.⁸²² Abstrakte Gründe weisen keinen unmittelbaren Sachverhaltsbezug auf, sondern sind allgemeine Sätze oder Sätze, die sich aus der Verallgemeinerung mehrerer Fälle ergeben.⁸²³ Die Regeln haben eine bestimmte Reichweite, die von den zugrunde liegenden Gründen abhängig ist, aber auch von den vorausgesetzten Annahmen, die der Regelsetzung zugrunde lagen. Wird die Regel mit denselben vorausgesetzten Annahmen angewandt, spielen diese keine Rolle; tritt aber ein Widerspruch in der Anwendungssituation mit den vorausgesetzten Annahmen auf, ist dieser Widerspruch Auslöser der Notwendigkeit von Argumentation und kann eine Ausnahme von der Regel erforderlich machen. Regeln basieren deshalb zunächst auf der Annahme des Vorliegens gewöhnlicher Umstände und werden – gemäß dem Universalisierbarkeitsprinzip mit dem Anspruch vorgebracht, dass sie für alle ähnlichen, gleich gelagerten Fälle ebenso zur Begründung angeführt werden. Die „Regel“ bei der Regel-Ausnahme-Struktur kennzeichnet deshalb weniger einen konkreten Normentyp wie in der Abgrenzung von Regeln und Prinzipien oder konkrete gesetzliche Normen.

819 Kambartel / Jantschek, *Regel*, S. 40.

820 Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, S. 93 f.

821 Siehe ab S. 149.

822 Dass Rechtsregeln Gründe für entsprechende Verhaltensweisen darstellen auch Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, S. 93 f.

823 Siehe ab S. 148.

Die Ausnahme ist zunächst auch eine Regel. Dass sich eine Regel zur Ausnahme qualifiziert, erfordert einerseits einen Widerspruch der mit den verschiedenen Regeln zu begründenden Thesen, und andererseits, dass diese in der Argumentationssituation mit dem begründbaren Anspruch vorgebracht wird, vorrangig vor der Regel zu sein. Regel-Ausnahme-Strukturen entstehen mithin durch die Kollision von Regeln, wobei die Kollision nichts anderes bezeichnet als den Fall, dass „*zwei Normen, jeweils für sich angewandt, zu miteinander unvereinbaren Ergebnissen, nämlich zu zwei sich widersprechenden konkreten [...] Sollensurteilen führen.*“⁸²⁴ Regeln, die als Ausnahmen auftreten, werden in ihren expliziten Voraussetzungen (Tatbestandsvoraussetzungen) oder ihren vorausgesetzten Annahmen weiterhin häufig im Widerspruch zur Regel stehen, und darüber hinaus auch spezieller als die Regel sein. Beides ist aber weder notwendige noch hinreichende, sondern vielmehr contingent vorliegende Bedingung dafür, dass es sich bei einer Regel um eine Ausnahme handelt.

Ein zentraler, in der Rechtswissenschaft aber weit verbreiteter und insbesondere in dem Argument, Ausnahmen wären nicht analogiefähig, hervortretender Irrtum ist, dass sich manche Normen des Gesetzes *per se* als „Ausnahmen“ qualifizieren lassen.⁸²⁵ Dieses Verständnis der Ausnahme schränkt Regel-Ausnahme-Strukturen auf die wenigen vom Gesetzgeber vorbedachten Fälle ein und vermittelt ein binäres Verständnis von Regeln und Ausnahmen, das nicht bedenkt, dass Ausnahmen selbst Ausnahmen haben können. Die Regel-Ausnahme-Strukturen basieren nicht darauf, dass es bestimmte Regeln und bestimmte Ausnahmen gibt, die aufeinandertreffen. Alle Ausnahmen sind zunächst Regeln. Die Qualifikation einer Regel bzw. Regel-Anwendung als Ausnahme erfolgt erst durch den bestimmten Gebrauch einer Regel und lässt sich deshalb nur aus dem Argumentationskontext heraus bestimmen.

Die Ausnahme lässt sich in Abgrenzung und unter Bezugnahme auf die Regel zunächst nur als Fall bestimmen, in dem die *prima facie* passende Regel nicht zur Anwendung kommt.⁸²⁶ Unterschieden werden kann zwi-

824 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 77.

825 Bspw. von „Ausnahmeregeln“ schreiben Gottwald, § 322 ZPO, Rn. 195; Paal, § 342b HGB, Rn. 25; Diemer, § 250 StPO, Rn. 3; Lieder, § 1118 BGB, Rn. 1; Feddern, § 136 SGB VII, Rn. 23c; Schmidt, § 125 HGB, Rn. 51; zur Analogiefähigkeit sog. „Ausnahmeverordnungen“ zutreffend Rosenkranz, *Die Auslegung von "Ausnahmeverordnungen"*, S. 787.

826 Hofmann, *Ausnahme*, Sp. 668.

schen echten und unechten Ausnahmen.⁸²⁷ Eine unechte Ausnahme liegt vor, wenn die Regel nur *prima facie* einen Verpflichtungscharakter hat. Bei einer unechten Ausnahme ist das Vorliegen des Antezedens der Regel irrelevant, weil die Regel bereits vor ihrer Prüfung zurückgewiesen wird. Unechte Ausnahmen treten dann auf, wenn Regeln nur einen bestimmten Personenkreis verpflichten und von Nichtangehörigen des Personenkreises für sich behandelt werden dürfen, als wären die Regeln nichtexistent. Dazu gehören beispielsweise religiöse Essenvorschriften für Angehörige anderer Religionen. Echte Ausnahmen hingegen gehen immer von der Geltung einer Regel und des *prima facie* Vorliegens des Antezedens aus. Sie erfolgen entweder, weil die Voraussetzungen der Regel bei näherer Prüfung doch nicht vorliegen – über diese Ausnahme stolpern die Modelle syllogistischer Rechtsanwendung – oder – und daran scheitert auch die Vorstellung des Rechtssatzes als logische Verknüpfung – weil es bessere Gründe für als gegen die Verhängung der Rechtsfolge gibt. Die letztere Ausnahme kann auch als prozessuale Ausnahme, die erstere als materielle Ausnahme charakterisiert werden: Eine Ausnahme, die sich auf das Antezedens der Norm auswirkt, hat die Norm selbst zum Gegenstand. Hingegen lässt eine Ausnahme, die lediglich auf der Abwägungsebene mit anderen Gründen greift, einen prozessuellen Charakter; sie tritt der Norm entgegen, lässt sie aber unangetastet.

III. Die Strukturebenen der juristischen Argumentation

Zentral für die juristische Argumentation ist die Frage, welche Wirkungen eine Ausnahme für die Regel entfaltet. Prinzipiell sind dabei drei Möglichkeiten denkbar, die auch alle in der juristischen Argumentation auftreten:

- (1) Die Ausnahme vernichtet die Regel.
- (2) Die Ausnahme schränkt die Regel ein, sodass diese *ex tunc* die Ausnahmefälle nicht mehr umfasst.
- (3) Die Ausnahme lässt die Regel an sich bestehen und drängt diese für den konkreten Fall zurück.⁸²⁸

827 Vgl. Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 89 ff., der zwischen echten und scheinbaren Normkonflikten differenziert.

828 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 9; Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 2, 8; ähnlich auch de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, S. 268 f., der zwischen zwei

Bevor eine differenzierte Unterscheidung dieser Umgangsmöglichkeiten im Anschluss erfolgt, soll hier bereits auf den strukturellen Unterschied von (1) und (2) gegenüber (3) hingewiesen werden: In den Fällen von (1) und (2) wird die Regel geändert – entweder, indem der völlige Verzicht auf sie erklärt wird oder indem diese modifiziert wird. Hingegen erfolgt bei (3) keine Änderung der Regel, sondern führt das Konzept der Vorrangigkeit und Nachrangigkeit von Regeln – wie wir gesehen haben, eigentlich Gründen – ein. Dies ist insofern relevant, als dass in einer Argumentationssituation nach einem Ausnahmefall, der nach (1) oder (2) gelöst wurde, die Regel eine andere sein wird, während bei einem Umgang mit Ausnahmen über (3) die Regel immer dieselbe bleibt, es aber passieren kann, dass sich die Ausnahmesituationen immer wieder wiederholen und immer wieder (3) erforderlich ist, während eine Anpassung nach (2) ein einziges Mal erfolgt und dann für alle weiteren Fälle bereits vorbedacht ist.

Obwohl Regeln für Ausnahmen offen sind, wirkt sich die Ausnahme auf die Regel jenseits der Geltung der Regel nicht automatisch dahingehend aus, dass sie deren Begründungswirkung in Frage stellt. Formulierungen, welche die Regel darauf beschränken, dass sie „unter mehr oder weniger üblichen Umständen“⁸²⁹, „normalerweise“⁸³⁰ oder unter einschränkenden Bedingungen⁸³¹ die Konsequenz begründen, sind gewöhnlich nicht als Einschränkungen der Geltung der Normen, also als Einschränkungen der verpflichtenden Wirkung der Erfüllung eines Tatbestands für die Rechtsfolge zu sehen, sondern können als Teil des Antezedens oder als Hinweis auf die Gewichtung einer Regel im Kollisionsfall mit anderen Regeln gelesen werden.

1. Ausnahmen auf der Geltungsebene

Eine Ausnahme auf der Geltungsebene hat zur Folge, dass durch die Ausnahme die Regel, d. h. die begründende Relation, vernichtet wird.⁸³² Denn

Anfechtungsformen (Anfechtung des Sollensurteils us. Anfechtung der Regel) differenziert.

829 Moore, *Principia ethica*, S. 228.

830 Singer, *Verallgemeinerung in der Ethik: zur Logik moralischen Argumentierens*, S. 127.

831 Rees, *Moral rules and the Analysis of "Ought"*, S. 27; zwischen bedingten und unbedingten Regeln differenzierend Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, S. 98.

832 Befürwortend bspw. Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 105 ff.

die Ausnahme wirkt sich auf die Geltung der Regel aus: Nur wenn eine Regel gilt, kann der abstrakte Grund eine Verpflichtungswirkung entfalten und muss in der juristischen Argumentation berücksichtigt werden.⁸³³ Die Ausnahme auf der Geltungsebene vernichtet genau diese Verknüpfung zwischen dem Einzelfall und der Rechtsfolge: Die Regel im Ausnahmefall stellt nicht weiter einen Grund für die Rechtsfolge dar.

Mit *Raz* kann die Ausnahme auf der Geltungsebene dementsprechend auch ausschließender Grund, der auch den Grund der Regel ausschließt, charakterisiert werden. Voraussetzung für die ausschließende Wirkung der Ausnahme auf der Geltungsebene ist, dass diese die Geltung der Regel überzeugend verneinen kann. Da die Begründung einer Regel eine ihrer Geltungsbedingungen ist,⁸³⁴ erfordert eine Ausnahme auf der Geltungsebene die Argumentation, dass die Begründung der Regel fehlt oder fehlerhaft ist. Dabei handelt es sich bei der Begründung der Ausnahme – entsprechend der Begründung der Regel – um keine Frage des Einzelfalls: Die Begründung der Geltung einer Regel erfolgt allgemein und ohne Bezug auf einen konkreten Sachverhalt, also unabhängig von den Situationen ihrer Anwendung.⁸³⁵ Der Geltungsdiskurs ist nicht zwingend ein ausschließlich juristischer Diskurs, sondern häufig auch ein philosophischer oder politischer Diskurs: Zwar kann die Geltung einer Norm auf das Verfahren gestützt werden, ebenso können aber auch transzendentale Begründungen wie Moral, Vernunft oder Gott angeführt werden.⁸³⁶ Gegenstand des Geltungsdiskurses kann die Rechtfertigung einer einzelnen Norm, aber auch einer ganzen Rechtsordnung sein. Als einziges Kriterium wird verlangt, dass dem Erheben des Geltungsanspruchs eine Begründung vorausgeht.

Die Geltungsbegründung von Regeln – und damit auch die Begründung von Ausnahmen auf der Geltungsebene –, die auf keinem gesetzlichen Verfahren beruhen wie beispielsweise Richterrecht oder – mit Hinblick

833 Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 129; bei Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 8 entspricht die Geltungsebene der Frage nach der Existenz der rechtlichen Regel.

834 Der Geltungsbegriff, wie er in der vorliegenden Arbeit vertreten wird, ist notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für Recht: Recht, das nicht gilt, ist kein Recht. Umgekehrt ist allerdings nicht jede normative Ordnung, die im obigen Sinne gilt, deshalb auch Recht.

835 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 26.

836 Da die Begründung der Geltung einer Norm aber zumeist durch den Gesetzgeber erfolgt, werden bei der Rechtsanwendung selten Geltungsdiskurse geführt.

auf Pluralismus – die Regeln der Scharia oder Gewohnheitsrecht, kann vielfältig erfolgen: Unterteilt werden können Geltungstheorien in soziale Theorien, die auf die Wirksamkeit abstehen, inhaltliche Theorien, deren Bezugsgröße die Gerechtigkeit oder Richtigkeit der Norm ist, und positive Theorien, deren Geltungsvoraussetzung ein ordnungsgemäß abgelaufenes Rechtssetzungsverfahren ist.⁸³⁷ Ob einer Geltungstheorie oder einem Konglomerat an Theorien der Vorzug zu geben ist, und welche Theorie(n) zu bevorzugen ist, soll hierbei nicht abschließend entschieden werden. Denn bei der Festlegung auf einen klar umrissenen Geltungsbegriff bestünde die Gefahr, Regeln von der rechtlichen Geltung auszuschließen, die auf einem anderen kulturellen oder normativen Hintergrund beruhen. Eine darauf aufbauende Argumentationstheorie würde auf ein Rechtsdenken festgelegt juristische Argumentation betrachten und alle anderen Normensysteme benachteiligen – Argumentationstheorie würde zum Umgang mit pluralem Recht dann kaum mehr taugen als die bestehenden Ansätze.

Kompatibel sind jedoch nur Geltungsbegriffe, welche die Geltung widersprüchlicher Normen zulassen.⁸³⁸ Dass nicht bereits das Gegenteil einer Norm geboten ist, kann keine Geltungsvoraussetzung sein – andernfalls sind Ausnahmen auf der Geltungsebene bereits prinzipiell ausgeschlossen, da unvereinbare Normen dann nicht zugleich gelten können.⁸³⁹ Diese Auffassung ist einerseits vorzugswürdig, weil sie der Rechtsrealität, in der widersprüchliche Normen in Kraft gesetzt werden, näherkommt. Andererseits stellt die Geltungsvoraussetzung, einer in Geltung zu setzenden Norm stehe keine andere Norm entgegen, als negatives Definitionsmerkmal nicht bewältigbare Anforderungen an die Geltungsprüfung, da jede neue Norm auf ihre Vereinbarkeit mit allen anderen Normen überprüft werden müsste. Die Geltung einer Norm könnte dann nur *prima facie* behauptet werden und so lange Bestand haben, bis eine widersprechende Norm gefunden ist. Eine über das Vorgesagte hinausgehende Festlegung auf einen Geltungsbegriff ist indes für die vorliegenden Zwecke weiter nicht erforderlich, da problemati-

837 Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 139 ff.

838 Sieckmann lehnt derartige deskriptive Geltungstheorien ab, da sie in normativen Argumentationen, in denen es um die Frage geht, welche Norm als gültig anerkannt werden soll, nicht adäquat seien, Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 88. In seiner Kritik setzt Sieckmann aber bereits eine nicht-deskriptive Geltungstheorie voraus, indem er die Frage stellt, welche Norm im Konfliktfall gültig ist. Der Blick darauf, dass trotz Geltung eine Norm nicht zur Anwendung kommen kann, ist durch die Frage nach der Gültigkeit und der damit einhergehenden Zurückweisung einer deskriptiven Geltungstheorie von vornherein ver stellt.

839 Sieckmann, *Logik Juristischer Argumentation*, S. 91.

sche Fälle, in denen die Geltungstheorien bei der Bewertung der Geltung einer Regel zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, innerhalb einer Rechtsordnung selten sind. Die meisten Regeln sind sowohl inhaltlich als auch formal richtig und werden wirksam umgesetzt. Die Geltung derartiger Regeln wird in der Regel nicht bezweifelt und muss deshalb auch nicht ausführlich begründet werden. Gibt es Gründe zum Zweifeln, wird eine argumentative Lösung der Geltungsfrage erforderlich. Ziel der juristischen Argumentation ist dann, die Geltung einer Regel zu begründen.

Neben konditionalen Normen, die üblicherweise als Regeln begegnen, gibt es auch Normen, die keine Konditionalstruktur aufweisen, und bspw. als „*Prinzipien*“⁸⁴⁰, „*Optimierungsgebote*“⁸⁴¹ oder „*Finalnormen*“⁸⁴² bezeichnet werden. Derartige Normen enthalten weder eine klare Bestimmung des Tatbestandes noch eine nähere Bezeichnung der Rechtsfolge. Als Regeln können sie in der juristischen Argumentation nicht unmittelbar verwendet werden, sondern nur zur Begründung von aus ihnen abgeleiteten Relationen.⁸⁴³ Damit ist die erste Möglichkeit genannt, die Regeln des juristischen Arguments zu begründen: Indem sie im Rahmen der Begründung der Regel argumentativ von einem Prinzip hergeleitet wird. Allerdings spielt diese Begründung der Regel insbesondere dann eine Rolle, wenn die zu begründende Rechtsnorm keine gesetzliche Norm ist. Ein Großteil der Rechtsnormen, nämlich die gesetzlichen Rechtsnormen, gilt hingegen aufgrund des ordnungsgemäß durchgeföhrten Rechtssetzungsverfahrens gemäß der Art. 70 ff. GG – die Begründung der Geltung basiert dann auf dem Anführen von Hilfsnormen, die nur die Geltung und nicht unmittelbar die These mitbegründen.

In der Praxis dürften sich Fälle der Ausnahmen auf der Geltungsebene auf nur wenige Fälle beschränken: Das Verwerfen einer Rechtsnorm ist nur dem Bundesverfassungsgericht aufgrund Verfassungswidrigkeit einer Norm gestattet.⁸⁴⁴ In der Regel dürfen in Entscheidungen der ordentlichen Gerichte deshalb keine Ausnahmen auf der Geltungsebene erfolgen. Keine

840 Dworkin, *Model of Rules I*; Dworkin, *Model of Rules II*.

841 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 75 f.

842 Lepsius, *Gesetzesstruktur im Wandel: Strukturmerkmale delegierter Rechtserzeugung* S. 127 f.

843 Prinzipien sind deshalb für Bäcker deshalb indefeasible, so Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (88 ff.).

844 Vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, wonach Gerichte im Fall von Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen müssen. Zur Kompetenz des BVerfG siehe §§ 13 Nr. 11, 80 BVerfGG.

Geltungsdiskurse über rechtliche Normen, aber über vertraglich vereinbarte Regeln begegnen wiederholt dort, wo die Geltung einer Regel nicht das Ergebnis eines staatlichen Gesetzgebungsverfahrens ist, sondern auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien besteht: Wird über die Rechtmäßigkeit von vertraglichen Vereinbarungen oder von AGB-Klauseln gestritten, geht es primär darum, inwiefern die vereinbarten Klauseln die Parteien überhaupt verpflichten. Der Regel-Konflikt, der zu Regel-Ausnahme-Strukturen führt, ist dabei der zwischen gesetztem Recht und vertraglich vereinbarten Regeln.

Auf der Geltungsebene zu verorten dürften weiterhin die Fälle sein, in denen sich im Rahmen der juristischen Aufarbeitung des NS-Regimes als auch der juristischen Bewertung der Mauerschützen im SED-Regime die Frage gestellt hat, ob eine Bestrafung von Verhalten, das unter den jeweiligen Vorschriften des NS-Regimes und des SED-Regimes erlaubt war, dennoch möglich ist.⁸⁴⁵ Die Frage, ob bei einer Bestrafung gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 II GG bzw. § 1 StGB verstoßen wird, hängt davon ab, ob es sich bei dem NS-Recht bzw. dem SED-Recht überhaupt um geltendes Recht gehandelt hat. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot kann deshalb auf Geltungsebene verhindert werden, indem – beispielsweise unter Rückgriff auf die Radbruchsche Formel⁸⁴⁶ – geltende Strafgesetze oder die Rechtfertigungsgründe des Strafrechts für gesetzliches Unrecht (*Unerträglichkeitsformel*) oder Nicht-Recht (*Verleugnungsformel*) erklärt werden.⁸⁴⁷

2. Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene

Die Geltung einer Regel ist noch nicht hinreichend, um eine These, die die Regel als abstrakter Grund zu begründen geeignet ist, als begründet anzuerkennen. Erforderlich ist auch die Feststellung, dass die (geltende)

845 BGH, Urteil vom 25. März 1993 – 5 StR 418/92.

846 Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, S. 105 ff.; Der Begriff der Radbruchschen Formel stammt nicht wie oft fälschlicherweise angenommen von Evers, sondern von Lange, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Sp. 655 (656).

847 Zur Unerträglichkeitsformel und Verleugnungsformel als Teil der Radbruchschen Formel siehe Vassalli, *Radbruchsche Formel und Strafrecht*, S. 10, 298; Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, S. 4ff.; Hidehiko, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, S. 80ff., Adomeit, *Gustav Radbruch - zum 50. Todestag*, NJW 1999, 3465 (3465f.).

Regel in dem Einzelfall *anwendbar* ist. Hierfür ist zu begründen, warum die Regel in dem Einzelfall einen Grund für die Rechtsfolge darstellt – dies erfolgt, indem dargelegt wird, dass der Einzelfall den Fällen, die von der Regel umfasst sind, in den maßgeblichen Punkten gleicht bzw. hinreichend ähnelt.

Während die Frage nach der Geltung der Norm die Frage nach der Begründetheit der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge ist, zielt die Frage der Anwendbarkeit darauf, wie der Einzelfall von der begründenden Relation bewertet wird. Dabei gilt es, den Lebenssachverhalt und den Normtatbestand miteinander in Entsprechung zu bringen. Der Anwendbarkeitsdiskurs ist deshalb größtenteils ein juristischer Diskurs, da durch die Argumentation mit den Regeln der juristischen Methodik⁸⁴⁸ dargelegt wird, warum die Norm anwendbar ist, ihr Tatbestand also erfüllt ist. In der Rechtspraxis spielen Anwendbarkeitsfragen deshalb eine zentrale Rolle, da die meisten Fälle auf der Anwendbarkeitsebene entschieden werden.⁸⁴⁹

Zum Beispiel fordert § 223 Abs. 1 StGB für das Verhängen der Rechtsfolge, dass „*eine andere Person körperlich misshandelt*“ oder „*an der Gesundheit [ge]schädigt*“ wurde. Das mag beim Verursachen von Rippenbrüchen durch Fußtritte, dem Zufügen einer Platzwunde durch Schläge auf den Kopf oder einer Gehörschädigung durch Lärm zweifelsohne der Fall sein, sodass eine Zuordnung des Sachverhalts zu einem oder mehreren Tatbestandsmerkmalen unproblematisch erfolgen kann.⁸⁵⁰ Ob das Hervorrufen eines Schocks⁸⁵¹, das kaum bemerkbare Versengen des Kopfhaars⁸⁵² oder das Infizieren mit HIV tatbestandsmäßig im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB ist,⁸⁵³ ist jedoch nicht durch eine klare Zuordnung zu beantworten. Derartige Problemfälle entstehen daraus, dass der Tatbestand der Norm unklar ist und deshalb eine argumentative Konkretisierung dessen, was Gesetzgeber oder Normsetzer meinten, erforderlich ist. Auf der Anwendbarkeitsebene

848 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens* S. 359 ff.

849 Insbesondere bei expliziten Kollisionsregeln wie territorialen oder personalen Rechtsanwendungsvoraussetzungen, die als „*scope conditions*“ Konflikte zwischen Normen vermeiden, handelt es sich um Fragen der Anwendbarkeitsebene, siehe dazu Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 8, 13 f.

850 Meistens ist die Norm ausschlaggebend, es treten nur selten Faktoren auf, wo die Norm nicht ohne weiteres angewendet werden kann, so Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 105.

851 z. B. OLG Stuttgart, Urteil vom 12. Dezember 1958 – 2 Ss 719/58.

852 BGH, Beschluss vom 16. November 1973 – 2 StR 505/73.

853 Paeffgen / Böse, § 223 StGB, Rn. 18–20.

ist dann argumentativ zu erforschen, wie die Antezedensbedingungen der begründenden Relation zu verstehen sind und ob diese vorliegen.

Im Rahmen der Konkretisierung der Antezedensbedingungen der begründenden Relation ist es eine gewöhnliche Argumentationsstrategie, auf andere normative Wertungen bzw. im juristischen Diskurs auf rechtlichen Hilfsnormen zu rekurrieren. Wird beispielsweise nach dem Herausgabeanspruch des Pferdeeigentümers A auf Herausgabe des Pferdes gegenüber B gefragt, und steht das Pferd in den Stallungen des B, ist nicht nur der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zu prüfen, sondern auch, ob B Besitzer ist (§ 854 Abs. 1 BGB), ob das Pferd eine Sache ist (§ 90a BGB) und ob B ein Recht auf Besitz hat (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Mittels der Hilfsnormen wird nicht die These, sondern das Vorliegen einer oder mehrerer Antezedensbedingungen begründet. Gleichzeitig dienen sie der Konkretisierung des Tatbestands der Norm, deren Anwendbarkeit geprüft wird: Wer Besitzer nach § 985 BGB ist, richtet sich nach § 854 Abs. 1 BGB usw. Werden gesetzliche Regeln als Hilfsnormen angewandt, deren Geltung durch den Rechtsanwender nicht verhandelt werden kann, und ist die Anwendung unproblematisch, kann sich diese Prüfung in der bloßen Feststellung, die Hilfsnorm sei anwendbar und das Tatbestandsmerkmal liege deshalb vor, erschöpfen. Dennoch gilt, dass für die Hilfsnormen und alle anderen herangezogenen normativen Wertungen eine gesonderte Geltungs-, Anwendbarkeits- und Anwendungsbegründung erfolgen muss – werden Hilfsnormen miteinbezogen, ist also eine Begründung in der Begründung erforderlich.

Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene stellen heraus, dass eine *prima facie* anwendbare Regel im Ergebnis nicht anwendbar ist. Sie schränken die Regel so ein, dass diese *ex tunc* den Ausnahmefall nicht mehr umfasst. Die Regel an sich bleibt aber – anders als bei einer Lösung über die Geltungsebene – bestehen. Hierfür müssen Gründe vorgetragen werden, aus denen hervorgeht, dass beispielsweise der Wortlaut des Gesetzes zu weit gefasst ist. Wie auch auf der Geltungsebene gelten auf der Anwendungsebene – da es sich bei Ausnahmen ja auch um Regeln handelt – zur Begründung der Ausnahme dieselben Voraussetzungen wie zur Begründung der Anwendbarkeit.

Bei der Argumentation auf der Anwendbarkeitsebene stellen sich zwei Probleme: Der Umgang mit einem unklaren Tatbestand – also einer unklar-

ren Regel – und der Umgang mit einem unklaren Sachverhalt.⁸⁵⁴ Beide Probleme sind Themen, die in der juristischen Methodenlehre bereits seit Jahrzehnten, wenngleich aus einem anderen Blickwinkel, diskutiert werden.⁸⁵⁵ Auf das erstere soll im Folgenden näher eingegangen werden, um die „Auslegung“ von Rechtsnormen argumentationstheoretisch zu verorten:

Das zentrale Problem auf der Anwendbarkeitsebene ist, dass die Rechtsnorm zumeist keine für alle Fälle klaren Kriterien vorgibt, welche für eine hinreichende Prüfung der Gleichheit oder Unterschiedlichkeit des Einzelfalls und der vom Gesetzgeber berücksichtigten Fälle erforderlich wäre. Das liegt nicht unwesentlich daran, dass Recht auch in Alltagssprache verfasst ist, und dass sich die Rechtsbegriffe klaren Definitionen entziehen, sondern „*mehr oder minder flexible Ausdrücke, deren mögliche Bedeutung innerhalb einer weiten Bandbreite schwankt und je nach den Umständen, der Sachbezogenheit und dem Zusammenhang der Rede, der Satzstellung und Betonung eines Wortes unterschiedlich sein kann*“⁸⁵⁶, sind.⁸⁵⁷ Ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale vorliegen, ist eine Argumentationsfrage, die sich durch „*Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Gesetz und Sachverhalt*“⁸⁵⁸ unter Bezugnahme auf Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Normzweck beantworten lässt – die Konkretisierung der Norm erfolgt durch Auslegung. Unter Rückgriff auf die Methodenlehre wird im Rahmen der Begründung der Aussage herausgearbeitet, dass der

854 Vgl. Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 344; Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 152: „Weder der gesetzliche Tatbestand noch der (endgültige) Sachverhalt sind vorgegeben. Vorgegeben sind nur die Rechtsvorschriften, wie sie in den Gesetzen enthalten sind, wobei der wirkliche Lebenssachverhalt, der Gegenstand der Rechtsentscheidung ist. Die Rechtsentscheidung ist immer eine *wertende Synthese*, wenn sie aus dem normativen Denkansatz den gesetzlichen Tatbestand schafft und wenn sie aufgrund des tatsächlichen Entscheidungsansatzes den (endgültigen) Sachverhalt bildet, der mit dem gesetzlichen Tatbestand übereinstimmt. Die Kreativität einer Rechtsentscheidung hängt davon ab, in welchem Maß der normative Denkansatz und der Lebenssachverhalt mehrdeutig sind. Im selben Ausmaß kann die Rechtsentscheidung kreativ sein oder auch hemmend und einfallslos wirken, insoweit sie einen gesetzlichen Tatbestand und/oder einen (endgültigen) Sachverhalt bildet, die untypisch sind und zu den ausgebildeten Typen und Standards des Handelns in einem Gegensatz stehen.“

855 Die Auslegungsmethoden können beispielsweise argumentationstheoretisch als topisches Verfahren begriffen werden, siehe dazu Fischer, *Analogie und Argument*, S. 28.

856 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 312.

857 Siehe dazu auch Puppe, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, S. 15 ff.; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, S. 88 ff.

858 Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, S. 13, 15.

Sachverhalt den Tatbestand der Rechtsnorm erfüllt. Die Begründung der Aussage, die *Cicero assumtionis approbatio* nennt, in Toulmins Argumentationsmodell allerdings nicht selbständig auftaucht, erschöpft sich bei der Anwendbarkeit uneindeutiger Normen deshalb nicht in einer Stützung durch Aussage, sondern erfordert vielmehr eine eigenständige juristische Argumentation.

Die innerhalb der Argumentation zur Auslegung vorgebrachten Gründe können in Sachargumente (Gerechtigkeit, Vernünftigkeit und Folgen der Rechtsanwendung), Argumente zum Erhalt der Konsistenz des Rechtssystems (systematische Auslegung, Argument der Einheit der Rechtsordnung) und Autoritätsargumente (Wille des Gesetzgebers⁸⁵⁹, Wortlaut des Gesetzes).⁸⁶⁰ Dabei haben sich fünf „klassische“ Auslegungsmethoden im Anschluss an Savigny bzw. Larenz etabliert: der Wortsinn,⁸⁶¹ der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes,⁸⁶² die Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers,⁸⁶³ objektiv-teleologische Kriterien⁸⁶⁴, und das Gebot der verfassungskonformen⁸⁶⁵ Auslegung.⁸⁶⁶ Darüber hinaus werden noch weitere, wie beispielsweise die europarechtskonforme oder die folgenorientierte Auslegungsmethode diskutiert.⁸⁶⁷

Nach der klassischen Methodenlehre ist Ziel der Auslegung die „*Auseinandersetzung*, *Ausbreitung* und *Darlegung* des in dem Text beschlossenen, aber noch gleichsam verhüllten Sinnes.“⁸⁶⁸ Darüber, wie dieses Ziel erreicht werden soll, herrscht Streit zwischen der „*subjektiven Theorie*“ oder „*Willenstheorie*“, die auf „*die Erforschung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers*“ abstellt, und der „*objektiven Theorie*“ oder „*Theorie der immanenten Gesetzesdeutung*“, wonach „*die Erschließung des dem Gesetz*

859 Zur Problematik jüngs Frieling, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, S. 1 ff.

860 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 32 f.

861 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 320 ff.

862 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 324 ff.

863 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 328 ff.

864 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 333 ff.

865 z. B. bei Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, S. 372 f.

866 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 339 ff.

867 Zur Unabgeschlossenheit des Kanons der Auslegungsmethoden Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 10; Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 244.

868 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 313.

selbst innwohnenden Sinnes“ Ziel der Auslegung ist.⁸⁶⁹ Gleichwohl besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass die Auslegungsmethoden nicht als widerstreitende Theorien zu begreifen sind und es sich vielmehr „um methodische Gesichtspunkte, die alle zu berücksichtigen sind, falls das Auslegungsergebnis Anspruch auf Richtigkeit (im Sinne einer zutreffenden Aussage) soll erheben können“⁸⁷⁰, handelt.⁸⁷¹

In der Fassung der juristischen Methodenlehre helfen die Auslegungsmethoden dem argumentierenden Juristen nicht weiter: Die Auslegung ist kein Erkenntnisprozess, der den argumentierenden Juristen den Tatbestand klarer sehen lässt, sondern „eine produktive, aktuellen Sinn herstellende Tätigkeit“⁸⁷². Das kann der argumentierende Jurist als Teil der Rechtsanwendung zwar akzeptieren, bei der Frage, wie er dabei zu argumentieren hat, haben die Auslegungsmethoden allerdings keine Antwort parat. Denn die Kategorisierung einer Auslegungsmethode beispielsweise als „grammatikalische Auslegung“ hat per se kein argumentatives Gewicht. Dazu kommt – und da dies der kritische Punkt ist, ist darauf im Folgenden einzugehen –, dass die Kategorisierung auch nicht weiterhilft, um die Zulässigkeit oder die Argumentationskraft eines Arguments zu bestimmen.

Auslegung meint nicht etwa, dass ein hinter der gesetzlichen Norm „wahrer Kern“ durch Nachdenken extrahiert wird. Vielmehr wird die Rechtsnorm als Beschreibung von paradigmatischen Fällen aus verschiedenen Perspektiven betrachtet, um die für die Beurteilung des Einzelfalls maßgeblichen Kriterien herauszufiltern. Dabei gibt es nicht die richtige Betrachtung einer Norm oder die eine richtige Perspektive – Auslegung ist auch aus der Sicht des BVerfG keine erkennende, sondern eine argumentative Tätigkeit:⁸⁷³

„Die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegen-

869 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 316. Zum Streit ebd. Fn. 7 mwN.

870 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 319.

871 Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 632; abweichend Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 798: „Die herrschende Lehre in Rechtsprechung und Literatur bekennt sich überwiegend zur sog. objektiven Auslegungstheorie.“

872 Gast, *Juristische Rhetorik*, Rn. 643.

873 Amado, *Abwägung versuns normative Auslegung*, S. 1ff.

gestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.“⁸⁷⁴

Die durch die juristische Methodenlehre erarbeiteten Grundsätze zur Gesetzesauslegung sind dennoch auch für den argumentierenden Juristen hilfreich.⁸⁷⁵ Denn die „vier vermeintlichen Garanten juristischer Erkenntnis dienen in Wirklichkeit als Wegweiser, um Argumente zu (er)finden, und als Gerüst, um die er- oder gefundene Argumente plausibel darzustellen.“⁸⁷⁶ Die Methoden, um Argumente zu (er)finden, sind Gegenstand der Topik, und im Rahmen der praktischen juristischen Argumentation spielt die Frage nach den Topoi insbesondere dort eine Rolle, wo begrenzt werden soll, welche Argumente zu berücksichtigen sind und welche nicht. An dieser Stelle interessiert jedoch weniger der Umgang mit dem Finden von Argumenten durch Auslegungsmethoden, sondern vielmehr die Zulässigkeit und Rolle der Argumente, die aus einem Auslegungsergebnis heraus argumentieren.

Bei der Lektüre von juristischen Entscheidungen mag sich der Eindruck aufdrängen, es habe eine argumentationstheoretische Relevanz, zu welcher Auslegungsmethode ein Argument im Auslegungskontext zugeordnet wird. Allerdings besteht kein Vorrang einer bestimmten Auslegungsmethode. Zumeist herrscht zwar Einigkeit darüber, dass zunächst eine Auslegung nach dem Wortlaut erfolgen muss, und wenn der Wortlaut hinreichend klar ist, dieser auch verbindlich ist.⁸⁷⁷ Über das Verhältnis von insbesondere teleologischer und historischer Auslegung aber wird lebhaft gestritten.⁸⁷⁸ Zudem sind die Anwendungssituationen zu vielfältig, als dass es eine verbindliche Auslegungsmethode gäbe, welche alle Fälle am besten regelt – das Bilden einer festen Rangfolge (wenngleich eine Rangfolge letzten Endes dennoch erforderlich ist)⁸⁷⁹ ist deshalb von vornherein zum Scheitern verurteilt.⁸⁸⁰

874 BVerfG, Beschluss vom 05. April 1990 – 2 BvR 413/88; BVerfG, Beschluss vom 05. April 1990 – 2 BvR 413/88.

875 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, S. 554 ff.

876 Gast, *Juristische Rhetorik*, Rn. 641.

877 Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 632.

878 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 784 f.

879 „Der Jurist [muss] bei seiner Argumentation mit Gründen eine Rangfolge herstellen [...], wenn sich hinsichtlich einer Entscheidung Pro- und Contra-Argumente anführen lassen“, Neumann, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, S. 241.

880 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 34; Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 159.

Im Anschluss an Alexy könnten die canones der Auslegung „*sinnvoll als dogmatische und methodische Prinzipien begriffen werden, die im Einzelfall nicht definitiv, sondern, allerdings alle, prima facie gelten in der Weise, dass zwischen ihnen im Falle einer Ergebniskollision eine Abwägung stattfinden muss.*“⁸⁸¹ Dabei bringt Alexy selbst eine Rangfolge vor, relativiert sie aber selbst wieder, wenn er meint, dass „*Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, [...] anderen Argumenten vor[gehen], es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.*“⁸⁸²

Die grammatische Auslegung wird nicht nur bis heute als vorrangige Auslegungsmethode beschworen – Bydlinksi schlägt beispielsweise vor, die Rangordnung nach einer Subsidiaritätsregel zu bestimmen: „*ausgehend vom Wortlaut einer Norm höre die Auslegung dort auf, wo ein eindeutiges Ergebnis mittels der einfacheren von zwei Auslegungsregeln erreicht sei, näher hin soll von der grammatischen über die systematische zur genetisch ermittelten subjektiv-teleologischen und bei immer noch verbleibenden Zweifeln zur objektiv-teleologischen Auslegung übergegangen werden*“⁸⁸³ –, sondern auch eine „*Theorie der Wortlautgrenze*“ propagiert. Demnach bildet der „*aus dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende Wortsinn [...] den Ausgangspunkt und [...] zugleich die Grenze der Auslegung, da das, was jenseits des möglichen Wortsinns liegt, mit ihm auch bei „weitesten“ Auslegung nicht mehr vereinbar ist, nicht als Inhalt des Gesetzes gelten kann.*“⁸⁸⁴ Streng in die Argumentationstheorie übersetzt könnte das bedeuten, dass Argumente, die dem Wortsinn widersprechen, auf der Anwendbarkeitsebene unzulässig wären.

Dafür würde sprechen, dass die Wortlautgrenze in der Methodenlehre zum Teil als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung betrachtet wird.⁸⁸⁵ „*Eine starre, qualitative Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung [ist] anhand des schöpferischen Anteils nicht möglich [...]. Vielmehr liegt im Grenzbereich tatsächlich oftmals nur ein gradueller Unterschied*

881 Buchwald, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*, S. 28.

882 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 305.

883 Zitiert nach Buchwald, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*, S. 26.

884 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 343.

885 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 366.

vor.“⁸⁸⁶ Dementsprechend könnte die These aufgestellt werden, die Wortlautgrenze sei gleichzeitig auch die Grenze der zulässigen Begründung auf der Anwendbarkeitsebene.

Diese ist jedoch zurückzuweisen, da die Grenze zwischen dem, was der Wortlaut umfasst, und dem, was außerhalb liegt, nicht klar zu ziehen ist. Die Wortlautgrenze taugt nur als negatives Kriterium: Eine Grenze ist nur dort auszumachen, „wo sich die Auslegung gegen den klaren [...] Wortlaut richtet.“⁸⁸⁷ Stattdessen kann die Entfernung von dem Wortlaut der Norm aber als Begründungsmaßstab dienen: „Je weiter sich der Richter bei der Rechtsfindung einerseits vom Begriffskern oder anderseits von den bisherigen Präjudizien entfernt, desto strenger muss die Begründung des Richters, auf welchem Weg er zu dem Ergebnis gekommen ist, auf Stringenz und methodische Schlüssigkeit hin untersucht werden.“⁸⁸⁸ Dass eine Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Argumenten auf der Anwendbarkeitsebene mit der Wortlautgrenze nicht gelingen kann, zeigt auch das Beispiel des schlecht oder fehlerhaft formulierten Gesetzes: Gera de dann kann ein Bezug auf die Gesetzesbegründung im Rahmen eines historisch-genetischen Arguments dem Wortlautargument vorgehen.

Die Erwartungen an die Leistungsfähigkeit juristischer Auslegung sollten allerdings nicht zu hoch gehängt werden: Hassemer hat, wie zuvor auch Rüthers⁸⁸⁹ betont, dass die Wahl einer Auslegungsmethode mit der Wahl des Ergebnisses einhergeht.⁸⁹⁰ Der Vorstellung, durch methodenstrenge Auslegung könne eine Gesetzesbindung garantiert werden, hält Hassemer entgegen, dass Gesetzesbindung durch Auslegung nur gelingen kann, wenn Methodenbindung – wie eine „Meta-Regel der Auslegungsregeln [...], die nicht nur Inhalt und Struktur dieser Regeln festlegt, sondern auch verbindlich anordnet, in welcher Entscheidungssituation welche Auslegungsregel verwendet werden muss“⁸⁹¹ gelingt.⁸⁹² Selbst, wenn es eine derartige Meta-Regel gäbe, hält Hassemer die Sicherung der Gesetzesbindung durch Auslegung

886 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 37.

887 Beck, *Gesetzesauslegung aus methodentheoretischer Sicht*, S. 333.

888 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 38.

889 Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, S. 431 ff.

890 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 12.

891 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 12 f.

892 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 12, im Anschluss an Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*.

allerdings für fraglich, da es dem unabhängigen Richter „*unbenommen bleibt], solche Empfehlungen in den Wind zu schlagen, wenn er dafür jeweils Gründe anführen kann.*“⁸⁹³

Ein zentrales Problem der juristischen Methodenlehre macht *Hassemer* darin aus, dass Wissenschaft und Praxis weitestgehend voneinander losgelöst operieren.⁸⁹⁴ Anstatt auf Methodenlehre zu rekurrieren, schlägt *Hassemer* deshalb vor, die Rechtsdogmatik zu bedienen,⁸⁹⁵ welche zwischen Gesetz und Fall vermittelt und die „*Stetigkeit und Gleichförmigkeit der Gesetzesanwendung*“ garantiert, indem sie Fallkonstellationen strukturiert.⁸⁹⁶ Anders als die Methodenlehre hängt die Rechtsdogmatik an den Gesetzesinhalten und ist rechtslagenabhängig.⁸⁹⁷ Rechtsdogmatik als Rechtsanwendungsmittel bedeutet nichts anderes, als im Rechtsanwendungsfall neben der Norm konkretisierende Sätze heranzuziehen, die sich aus vorangegangenen Urteilen, der Gesetzesbegründung oder der Fachliteratur ergeben, und die dazu dienen können, die paradigmatischen Fälle, welche hinter einer Norm stehen, genauer zu bestimmen. *Hassemer* erkennt richtig, dass die klassische Methodenlehre der Komplexität richterlichen Handelns nicht gerecht wird.⁸⁹⁸ Deshalb fordert er eine Hinwendung zur richterlichen Pragmatik.⁸⁹⁹

893 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 13; Simon, *Gesetzesauslegung im Strafrecht : Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, S. 24 ff., 583 ff.

894 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 14: „Die Wissenschaft erwartet von der Praxis methodisch nichts als spontane Dummheiten und beobachtet sie eher mit pädagogischem oder gar satirischem Interesse, wenn sie nicht gar die Keule der Verfassungswidrigkeit schwingt. Die Praxis nimmt die methodologische Wissenschaft nicht zur Kenntnis; sie stellt, wenn nötig, ihre methodischen Bausteine ad hoc selber her, beruft sich, wenn es hochkommt, auf frühere Judikate und umgeht die Theorie wie der Teufel das Weihwasser. [...] Ich halte die juristische Methodenlehre, wie wir sie pflegen und tradieren, für eine Frucht der Studierstube, die sich auf strenges Ausdenken, aber nicht auf Beobachtung praktischen juristischen Handelns berufen kann – und das praktische Handeln der Gesetzesauslegung deshalb systematisch verfehlt muss, obwohl ihre raison d’être doch gerade darin besteht, das praktische Handeln zu meinen, zu treffen, zu ordnen und zu kontrollieren.“

895 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 255.

896 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 15.

897 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 15.

898 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 21; Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 259.

899 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 258: „Wer behauptet, dass eine solche Regelmäßigkeit richterlicher Pragmatik mit der Bindung des Richters an das Gesetz nichts zu tun habe, kann das nur in der Befangenheit

Fraglich bleibt, ob sich dadurch Hassemers Hoffnung, dogmatische Regelwerke würden die Gesetzesauslegung verstetigen, sie kontrollierbar machen und sie an das Gesetz binden,⁹⁰⁰ erfüllt. Angesichts der Vielfalt der vertretenen dogmatischen Positionen wird es de facto auch beim Rückgriff auf Dogmatik in der Regel möglich sein, jedes Ergebnis, das der Rechtsanwender rechtfertigen möchte, zu begründen. Wahrscheinlich deshalb gibt Hassemer zur Rechtsanwendung einen Rat, der sich dann doch an den Auslegungsmethoden der klassischen Methodenlehre orientiert, wobei er aber seine Kritik an der objektiv-teleologischen Methode erneut zum Ausdruck bringt:

„Triff deine Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes. Achte auf den systematischen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht. Verfolge das Regelungsziel, das der Gesetzgeber im Auge hatte. Richte dich nach dem Sinn, den das Gesetz heute hat. [...] Während die anderen drei klassischen Lehren auf Maßstäbe setzen, die einer Beobachtung grundsätzlich zugänglich sind, versteckt die objektiv-teleologische Methode ihren Maßstab im Kopf der jeweils auslegenden Person; damit macht sie eine Ergebniskontrolle unmöglich. [...] Dass diese Methode keinen Biß hat, liegt daran, dass das Kriterium ihrer Anwendung der Beobachtung nicht zugänglich ist wie sonst der Sprachgebrauch, der Kontext der Normen oder die Quellenlage. Das teleologische Kriterium verbirgt sich hinter der Stirn des Richters, und deshalb kann man an ihm nichts messen und nichts widerlegen. Man kann ihm nur die eigene Stirn bieten.“⁹⁰¹

3. Anwendungsfragen

Neben den Ausnahmen auf der Geltungsebene und den Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene wurde auch die Möglichkeit genannt, dass die Ausnahme die Regel an sich bestehen lässt, diese aber für den konkreten Fall zurückdrängt.⁹⁰² Voraussetzung hierfür ist, dass zwei Regeln, die einan-

eines Traums tun, der längst ausgeträumt ist: des Traums von Regelstreng und Deduktion. Alle anderen, die am wirklichen Verhältnis von juristischer Methodenlehre und rechtsstaatlicher Gewaltenteilung interessiert sind, sollten sich daran machen herauszufinden, was richterliche Pragmatik wirklich ist.“

900 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 17.

901 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 242 ff.

902 Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 7.

der widersprechende Rechtsfolgen begründen, sowohl gelten als auch anwendbar sind. Wenn eine Regel gilt und anwendbar ist, besteht *immer* ein Grund für die Rechtsfolge. Auch wenn eine geltende und anwendbare Regel nicht angewendet wird, besteht in ihr ein Grund für die Rechtsfolge. Das erfordert die Geltung des Rechts. Durch die Geltung und Anwendbarkeit besteht aber nicht nur ein sachlicher Grund für die Rechtsfolge, sondern auch ein argumentationsbezogener Grund für die Anerkennung der These der Regel (d. h. im juristischen Argumentationskontext der Rechtsfolge) als begründet.⁹⁰³ Dieser Grund soll *Anwendungsimperativ* genannt werden, weil er die Anwendung der Regel begründet. *Angewendet* wird eine Regel, wenn sie als maßgebliche Regel zur Begründung einer These angeführt wird.

Eine rationale (juristische) Entscheidungsbegründung erfordert, dass von allen geltenden und anwendbaren Regeln nur diejenigen angewendet werden, die miteinander kohärent sind. Kurz gesagt: In einer juristischen Entscheidung dürfen nicht zwei widersprechende Regeln angewendet werden. Es können zwar Gründe für mehrere verschiedene Bewertungsmöglichkeiten in einer Argumentation vorgebracht und diskutiert werden, am Ende muss aber einer Bewertung der Vorzug gegeben werden. Der Anwendungsimperativ ist deshalb zwar ein ausschließender Grund zweiter Ordnung, nicht aber ein absoluter, sondern zumeist nur ein vorläufiger Grund für die Rechtsfolge, weil er noch zurückgewiesen werden kann.⁹⁰⁴ Im Falle der Kollision von zwei Anwendungsimperativen müssen diese unter Bezugnahme auf ihre Stärke miteinander abgewogen werden, sofern keiner der ausschließenden Gründe den anderen bereits ausschließt.⁹⁰⁵ Die Ausnahme auf der Anwendungsebene wirkt deshalb so, dass die Anwendung der geltenden und anwendbaren Regel zugunsten der Anwendung der Ausnahme verneint wird.⁹⁰⁶

903 Vgl. Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 188; Ross, *The Right and the Good*, Kap. 2.

904 Zur Differenzierung absoluter, ausschlaggebender und vorläufiger Gründe siehe Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 32.

905 Siehe C.IV.3.

906 So auch Hofmann, *Ausnahme*, Sp. 668.

a) Das Anwendungsproblem

Weil Ausnahmen auf der Anwendungsebene möglich sind, ist das Vorliegen des Tatbestandes einer Rechtsnorm keine hinreichende Bedingung für die Feststellung der Rechtsfolge. Die juristische Argumentation ist damit noch nicht abgeschlossen, dass Geltung und Anwendbarkeit einer Rechtsnorm festgestellt werden. Denn nicht selten kommt es vor, dass weitere (nicht notwendig rechtliche) Regeln gelten und anwendbar sind, die ein anderes Ergebnis begründen. Dann drängt sich die im Folgenden als *Anwendungsproblem* bezeichnete Frage auf: Wie ist damit umzugehen, wenn Argumente aufeinandertreffen, die einander gegensätzliche Thesen begründen, das heißt, wenn Anwendungsimperative kollidieren?

Das Anwendungsproblem ist in der juristischen Argumentation unumgänglich. Einerseits kann bei der Feststellung der Tatsachen selten gänzliche Gewissheit erreicht werden. Andererseits können bei der Setzung juristischer Regeln nie alle durch kollidierende vorausgesetzte Annahmen bedingte Ausnahmen bedacht und explizit mitgeregelt werden.⁹⁰⁷ Das Anwendungsproblem ist dem Rechtssystem immanent,⁹⁰⁸ und in der Rechtspraxis alltäglich. In der rechtstheoretischen Fachdiskussion führt das Anwendungsproblem jedoch zu wiederholten Debatten.⁹⁰⁹ Das mag daran liegen, dass die Vorstellung der syllogistischen Rechtsanwendung *per se* nicht mit Kollisionen oder Regel-Ausnahme-Strukturen umgehen kann. Mit motiviert werden die Debatten sicherlich auch durch das Unbehagen,

907 Sog. „Irreduzibilitätsthese“, vgl. d’Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 17, 45.

908 Für Hart ist selbstverständlich, dass das Recht nicht alle Fälle abschließend regeln kann, sondern dass es immer Fälle gibt, bei denen die Rechtslage nicht eindeutig ist, oder die gar nicht geregelt sind, und wo das Recht im Nachhinein durch den Richter legislativ gestaltet wird. In seinem Nachwort zu „The Concept of Law“, das Hart als Reaktion auf Dworkins Kritik in „The Model of Rules I“ verfasste, identifiziert Hart diesen Punkt als größte Differenz zwischen seiner und Dworkins Theorie: „The sharpest direct conflict between the legal theory of this book and Dworkin’s theory arises from my contention that in any legal system *there will always be certain legally unregulated cases* in which on some point no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly indeterminate or incomplete.“ Hart, *The Concept of Law*, S. 272.

909 Die Irreduzibilitätsthese verneinend bspw. Dworkin: “The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.” Dworkin, *Model of Rules I* S. 25 ff.

welches das Operieren am Rande der Legitimation mit sich bringt. Denn nirgendwo ist das dezisionistische Element der Rechtsanwendung sichtbarer und wichtiger als im Umgang mit dem Anwendungsproblem.

(i) Die argumentvernichtenden Lösungen des Anwendungsproblems

Zwei Möglichkeiten zur Lösung des Anwendungsproblems sind bis hierhin zunächst festzuhalten:⁹¹⁰ Einerseits kann das Anwendungsproblem dadurch gelöst werden, dass die Geltung der begründenden Relation eines Arguments negiert wird (*Ausnahme auf der Geltungsebene*). Andererseits kann dem Anwendungsproblem mit dem Einwand begegnet werden, die Antezedensbedingungen der begründenden Relation eines Arguments lägen doch nicht vor, kurz: Die Relation sei nicht anwendbar (*Ausnahme auf der Anwendbarkeitsebene*). Dabei geht der Ausnahme auf der Anwendbarkeitsebene zumeist die Feststellung voraus, dass die begründende Relation zwar gelte, diese aber bestimmte Antezedensbedingungen umfasse, die nicht vorliegen und fehlerhaft zunächst nicht betrachtet wurden, d. h. dass der Tatbestand eine Ausnahme umfasse, die zunächst nicht berücksichtigt wurde. Beide Lösungsansätze haben die Vernichtung eines der widersprechenden Argumente zur Folge: Wird die Geltung oder die Anwendbarkeit der begründenden Relation eines Arguments verneint, bleibt am Ende der Argumentation nur das andere Argument bestehen – es ist gar so, als hätte es das Gegenargument nie gegeben.⁹¹¹

In der argumentationstheoretischen Literatur werden die argumentvernichtenden Lösungen weithin propagiert: Dies mag daran liegen, dass die Ansätze bestimmten Grundgedanken der klassischen Rechtstheorie und Methodenlehre wie dem der – widerspruchsfeindlichen – syllogistischen Rechtsanwendung oder dem des Auslegungskanons⁹¹² verhaftet bleiben.

910 Dieselben Möglichkeiten sieht auch Governatori / Rotolo, u.a., *Legal Contractions: A Logical Analysis*, S. 63 ff.

911 Vgl. Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*, S. 7.

912 Auch Alexy rekurriert auf die Auslegungsmethoden: „Bis auf die der semantischen Auslegung können alle Argumentformen darüber hinaus in einer Vielzahl weiterer Konstellationen benutzt werden. Solche Konstellationen sind insbesondere der Normenkonflikt, die Einschränkung von Normen und die Begründung von Normen, die nicht dem Gesetz entnommen werden können“, so Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, S. 300.

In der Methodenlehre werden zwar auch Kollisionsregeln diskutiert, die Wirkung derselben beschränkt sich jedoch darauf, zu bestimmen, „welche der beiden Rechtsnormen der anderen weicht“⁹¹³.⁹¹⁴ Die Methodenlehre behandelt Normwidersprüche klassischerweise als Auslegungsproblem,⁹¹⁵ in der rechtstheoretischen Literatur hält sich aber auch die Forderung nach einer Lösung auf der Geltungsebene.⁹¹⁶

In der Rechtspraxis lassen sich jedoch beide Lösungen des Anwendungsproblems beobachten: Können beispielsweise in einem Fall sowohl eine landesrechtliche als auch eine bundesrechtliche Norm herangezogen werden, wird das Anwendungsproblem in der Rechtspraxis derart gelöst, dass die landesrechtliche Norm – also die begründende Relation des einen Arguments – nicht länger gilt. Art. 31 GG statuiert die Kollisionsregel, dass Bundesrecht Landesrecht bricht. Dass diese Kollisionsregel auf der Geltungsebene greift, ist allerdings nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut der Norm ersichtlich.⁹¹⁷ So könnte Art. 31 GG ebenso interpretiert werden, dass die Anwendbarkeit des Landesrechts unter dem negativen und ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des Vorbehaltes stehe, für die Beurteilung des Sachverhalts stünde keine bundesrechtliche Regelung zur Verfügung.⁹¹⁸ In Literatur und Rechtsprechung wird allerdings weithin angenommen, Art. 31 GG bedeute einen Geltungsvorrang des Bundesrechts, wonach bestehendes kollidierendes Landesrecht nichtig sei.⁹¹⁹ Die Interpretation des Art. 31 GG als Geltungsvorbehalt gründe auf dem Telos der Norm:

913 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 266; anders aber Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 130, wonach Kollisionsregeln die Frage beantworten sollen, „welche Vorschrift gegebenenfalls Vorrang beansprucht und folglich zur Anwendung kommt.“

914 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 180.

915 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 313.

916 Die Lösung von Normenkollisionen auf der Geltungsebene bspw. bei Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 210: „daher kann nur eine von beiden als objektiv gültig angesehen werden“; so auch Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 585: „Von zwei Normen, die einander widersprechen, kann keine wirksam sein, wenn nicht eine Vorrangregel existiert.“

917 Zum Streit über den Geltungs- und Anwendungsvorrang überblickend Hellermann, *Art. 31 GG*, Rn. 15.

918 Denkbar ist auch, Art. 31 GG so zu lesen, als dass zwar die bundesrechtliche und die landesrechtliche Norm gleichermaßen gelten und anwendbar sind, da der Tatbestand beider Normen erfüllt sei, auf der Anwendungsebene allerdings der bundesrechtlichen Vorschrift der Vorrang zugesprochen wird.

919 Jarass, *Art. 31 GG*, Rn. 5; Huber, *Art. 31 GG*, Rn. 23.

Art. 31 GG soll verhindern, dass der Normadressat zwei einander widersprechende Normbefehle beachten muss – dieser Anspruch ist aber nur erfüllt, wenn die bundesrechtliche Norm bereits die Geltung der landesrechtlichen Norm suspendiert.⁹²⁰ Durch die Lösung auf der Geltungsebene wird mit der begründenden Relation der Begründungszusammenhang zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge negiert.⁹²¹

Die Lösung auf der Anwendbarkeitsebene wiederum begegnet in Fällen der Kollision von nationalstaatlichem Recht und Unionsrecht: Aufgrund der Souveränität der Mitgliedsstaaten kann im Kollisionsfall mit Unionsrecht dem nationalstaatlichen Recht die Geltung nicht abgesprochen werden. Allerdings hat eine Kollision mit Unionsrecht für das nationalstaatliche Recht zur Folge, „dass allein durch [sein] Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird“⁹²². Die Gerichte sollen das Unionsrecht direkt anwenden, das bedeutet, ohne vorangehende oder parallele Prüfung des nationalen Rechts auf die unionsrechtlichen Normen rekurrieren. Der Anwendungsvorrang wird so verstanden, als dass die Anwendbarkeit der nationalstaatlichen Norm auflösend bedingt ist, und dass die Tatbestandsmerkmale der Norm – und somit das nationalstaatliche Recht – erst geprüft werden, wenn festgestellt wurde, dass keine Norm des Unionsrecht anwendbar ist.⁹²³

Dabei stehen die argumentvernichtenden Lösungsansätze keineswegs in einem Exklusivitätsverhältnis, sondern können auch nebeneinander vorkommen. Beispielsweise wurde in den prominenten und vieldiskutierten

920 Das Bundesverfassungsgericht differenziert zwei Fallgruppen: Kollidiert Landesverfassungsrecht mit Bundesrecht, hat Art. 31 GG aufgrund der Verfassungsautonomie der Länder nicht die Nichtigkeit des Landesrechts zur Folge, sondern führt nur dazu, dass das Landesrecht nicht angewendet wird (BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 1974 – 2 BvN 1/69; BVerfG, Beschluss vom 15. Oktober 1997 – 2 BvN 1/95). Ist das kollidierende Landesrecht aber einfaches Landesrecht, wird die landesrechtliche Norm angesichts der bundesrechtlichen Norm nichtig – das Bundesverfassungsgericht hat dies lange Zeit explizit offen gelassen, zuletzt aber beiläufig angenommen, BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08.

921 Nach Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 1074 wird der Begründungszusammenhang im Ausnahmefall „widerlegt“ – das ist aber streng genommen nie der Fall, da der Begründungszusammenhang besteht, oder *ex tunc* gelegnet wird.

922 EuGH, Urteil vom 18. September 2003 – C 416/00.

923 Kritisch zum „Anwendungsvorrang“ Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 595: „Der ‚Anwendungsvorrang‘ im Europarecht ist ein Euphemismus. Er beschönigt die Dinge, um nationale Gefühle zu schonen. Man kann es nicht leugnen: Europarecht bricht deutsches Recht.“

Mauerschützenurteilen die Strafbarkeit der Schützen, die tödliche Schüsse auf Republikflüchtlinge an der Grenze der ehemaligen DDR abgegeben hatten, begründet, das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 1 GG sei gar nicht tangiert, weil die Abgabe der Schüsse auch nach dem damaligen DDR-Recht strafbar gewesen wäre.⁹²⁴ Art. 103 Abs. 1 GG sei deshalb gar nicht anwendbar. Für die Strafbarkeit nach dem DDR-Recht hingegen wird damit argumentiert, dass der Rechtfertigungsgrund des § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht „*bei der Rechtsanwendung nicht zu beachten*“⁹²⁵ ist – das heißt, dass der Rechtfertigungsgrund nicht gelte.

Als wohl einflussreichste Befürworter der argumentvernichtenden Lösung des Anwendungsproblems dürfte Alexy gelten. Wenn Regeln miteinander in Konflikt treten, gibt es für Alexy zwei Möglichkeiten, wie der Konflikt aufzulösen ist: Entweder ist eine den Konflikt beseitigende Ausnahmeklausel in die Regel einzufügen, oder eine der Regeln muss für ungültig erklärt „*und damit aus der Rechtsordnung verabschiedet werden*“⁹²⁶. Dem Fall, dass zwei regelbasierte Argumente zwei unterschiedliche rechtliche Bewertungen begründen, (und damit dem Anwendungsproblem) ist folglich so zu begegnen, dass entweder eine der begründenden Relationen in ihrer Geltung zurückzuweisen ist,⁹²⁷ oder dass die Relation um eine Ausnahme aufgrund eines Prinzips erweitert wird.⁹²⁸ Eine dritte Möglichkeit zur Lösung der Kollision von Regeln gibt es – obgleich Alexy in seinen späteren Werken der Analogie als Methode neben der Subsumtion und der Abwägung einen bedeutenden Stellenwert einräumte –⁹²⁹ nicht, denn für Alexy bedeutet, wenn „*eine Regel gilt und auf einen Fall anwendbar ist, [...] dass ihre Rechtsfolge gilt.*“⁹³⁰ Hintergrund ist, dass Alexy die Rechtsnorm als logisch gültige Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge begreift.

In der Rechtsanwendung kollidieren jedoch nicht nur Regeln, sondern auch Prinzipien. Der qualitative Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien besteht für Alexy darin, dass Prinzipien als Optimierungsgebote

924 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 36.

925 BGH, Urteil vom 03. November 1992 – 5 StR 370/92.

926 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 77.

927 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 78.

928 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 88.

929 Alexy, *Two or Three?*, S. 9; Alexy, Arthur Kaufmanns *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 47 ff.

930 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 78.

„gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird.“⁹³¹ Prinzipien können deshalb „in unterschiedlichen Graden erfüllt werden“⁹³², wohingegen Regeln „stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“⁹³³. Den Unterschied zwischen Regeln- und Prinzipienkollisionen fasst Alexy zusammen: „Regelkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prinzipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt.“⁹³⁴ Die Kollision von Prinzipien wird dementsprechend weder durch das Einfügen einer Ausnahmeklausel noch durch die Nicht-Geltung eines Prinzips gelöst, sondern es „muss eines der beiden Prinzipien zurücktreten.“⁹³⁵ Zur Beschreibung der logischen Struktur der Abwägung hat Alexy eine viel beachtete Gewichtungsformel (weight formula) vorgeschlagen.⁹³⁶ Dabei ist es von den konkreten Einzelfallumständen abhängig, welches Prinzip hinter ein anderes zurücktritt.⁹³⁷ Deshalb haben Prinzipien einen *prima facie Charakter*: Sie gebieten, dass etwas „relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maße realisiert wird.“⁹³⁸ Aus der Einschlägigkeit des Prinzips alleine könne noch nicht gefolgert werden, dass das, was das Prinzip fordert, am Ende wirklich gesollt ist.⁹³⁹ Der *prima facie Charakter* von Regeln, den diese durch die Möglichkeit des Einfügens von Ausnahmeklauseln erhalten, ist dabei „von grundsätzlich anderer Art“ als der der Prinzipien, da beim Abweichen von Regeln aufgrund sog. formeller Prinzipien eine höhere Hürde genommen werden muss als beim Abwägen von Prinzipien.⁹⁴⁰

Hier von ausgehend zu behaupten, Alexy würde neben den beiden argumentvernichtenden Lösungen des Anwendungsproblems noch eine dritte Lösungsmöglichkeit konstatieren, würde allerdings Alexys Trennung von Regeln und Prinzipien übergehen. Denn so, wie Prinzipienkollisionen zu

931 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S 75.

932 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 76.

933 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 76.

934 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 78 f.

935 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 79; Wang, *Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?*, S. 39.

936 Alexy, *Two or Three?*, S. 11.

937 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 78 f.

938 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 87 ff.

939 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 88.

940 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 89.

lösen sind, sind Regelkollisionen ja gerade nicht zu lösen. Prinzipien stehen auf einer höheren Ebene als Regeln. Beispielsweise kann der Vorrang eines Prinzips vor einem anderen Prinzip nach dem sog. *Kollisionsgesetz* in einer Regel münden: „Die Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht, bilden den Tatbestand einer Regel, die die Rechtsfolge des vorgehenden Prinzips ausspricht.“⁹⁴¹

Zur Begründung juristischer Entscheidungen im Rahmen der internen Rechtfertigung ist für Alexy eine Regel immer erforderlich. Entsprechend dieser Forderung werden Prinzipien zwar abgewogen, am Ende dadurch aber immer Regeln begründet: „Als Ergebnis jeder richtigen grundrechtlichen Abwägung lässt sich eine zugeordnete Grundrechtsnorm mit Regelcharakter formulieren, unter die der Fall subsumiert werden kann.“⁹⁴² Und wenn auch Prinzipien Gründe für konkrete Sollensurteile sein können,⁹⁴³ so sind doch Regeln als *definitive Gründe* zur Begründung einer juristischen Entscheidung zentral.⁹⁴⁴

Für den Umgang mit dem Anwendungsproblem bedeutet das, dass Alexy bei den Lösungen über die Geltungs- und Anwendbarkeitsebene bleibt. Dies ist insoweit konsequent, wenn man sich wie Alexy von der zwingenden Natur rechtlicher Regel als binäre Konditionalstruktur, welche über keine Dimension des Gewichts verfügt, nicht lösen will. Alexy ist jedoch zuzugestehen, dass er – ganz richtig – ausführt, dass zwischen kollidierenden Argumenten auch über eine Dimension des Gewichts entschieden werden kann, und dies ein maßgeblicher Teil juristischen Argumentierens ausmacht: „Die Frage der Stärke der Gründe ist Gegenstand der grundrechtlichen Argumentation.“⁹⁴⁵ Und im Ausnahmefall kann diese Dimension des Gewichts auch ausschlaggebend sein, um die Regelebene zu überwinden – so gilt für Alexy die „Vorrangregel, dass die Regelebene der Prinzipienebene vorgeht, es sei denn, die Gründe für andere Festsetzungen als die auf der Regelebene getroffenen sind so stark, dass sie auch das Prinzip der Bindung an den Wortlaut der Verfassung zurückdrängen“⁹⁴⁶.

Alexy ist zuzustimmen, dass das Anwendungsproblem nicht nur darüber zu lösen ist, dass die Geltung verneint oder eine Ausnahme eingefügt wird, sondern dass es auch eine dritte Dimension, nämlich die des Gewichts,

941 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 84.

942 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 87.

943 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 91.

944 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 91.

945 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 122.

946 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 122.

geben muss. Da der Begriff der begründenden Relation nicht nur strenge, binäre Regeln umfasst, sondern auch Relationen, die graduierbar erfüllt sein können, ist bei der Argumentation mit Prinzipien ebenso wie mit Regeln sowohl die Geltungs- als auch die Anwendbarkeitsfrage zu beantworten. Mittels zweier Prinzipien können so zwei einander widersprechende Urteile begründet werden. Das Anwendungsproblem wird dann aber weder über die Geltungs- noch über die Anwendbarkeitsebene gelöst, und bedarf deshalb einer genaueren Untersuchung.

Im Anschluss an Alexy löst Bäcker Kollisionen unter dem Topos der *Defeasibility* vorrangig auf der Geltungsebene. In Hinblick darauf, dass Bäcker das Konzept der Anfechtbarkeit einsetzt, um das syllogistische Modell zu verteidigen, ist dies konsequent: Da die Geltung der Norm im Ausnahmefall entfällt, verschwindet die Norm auch in der syllogistischen Rekonstruktion und widerspricht nicht dem durch die Ausnahme gebotenen anderslautenden Ergebnis.

Dagegen einzuwenden ist allerdings, dass kodifizierte Ausnahmen zwar als Geltungsfragen begriffen werden können, insbesondere bei Ausnahmen aus überrechtlichen oder nichtrechtlichen normativen Ordnungen (sog. *echte defeasibility*)⁹⁴⁷ dies aber ungleich schwerer fällt. Auch Bäcker gesteht ein, dass „*eine umfassende Relativierung im Geltungsanspruch der Regeln [...] dem Steuerungsgedanken des Rechts nicht adäquat*“⁹⁴⁸ wäre. Und auch lässt er die Frage offen, ob Ausnahmen, die sich zwar aus dem Recht ergeben (sog. *unechte defeasibility*)⁹⁴⁹, aber noch nicht rechtlich geregelt sind, den Geltungsanspruch ohne weiteres im Ausnahmefall reduzieren können.⁹⁵⁰ Derartige Fragen, die auf der Anwendbarkeits- und Anwendungsebene diskutiert werden, können nicht ohne weiteres als Geltungsfragen gelesen werden – unter anderem auch deshalb, weil insbesondere die außerrechtlichen Maßstäbe (z. B. aus einer anderen Rechtsordnung) gar nicht darauf abzielen, die Geltung einer Norm im Einzelfall zu bestreiten.

Bäcker greift auf Anfechtbarkeit aber nicht nur im Kontext der Syllogismusverteidigung zurück. Anfechtbarkeit dient ihm auch als Unterscheidungskriterium zwischen Regeln und Prinzipien in der Prinzipientheo-

947 Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, S. 310.

948 Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, S. 311.

949 Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, S. 310.

950 Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, Fn. 541.

rie:⁹⁵¹ „ein Prinzip muss nie revidiert werden“⁹⁵², weil „Prinzipien [...] keine Ausnahmen haben“⁹⁵³ können. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass Bäcker zwischen dem Prinzip und dem Prinzipiensatz unterscheidet, wobei letzterer immer nur eine Möglichkeit beschreibt, ein Prinzip auszudrücken.⁹⁵⁴ Diese Unterscheidung ist notwendig, um daran festhalten zu können, Prinzipien seien nicht defeasible, weil dadurch zugestanden werden kann, dass die Formulierung eines Prinzips in einem Prinzipiensatz durchaus defeasible ist.

(ii) Die argumenthindernde Lösung des Anwendungsproblems

Die Erforderlichkeit der Auslegung einer Rechtsnorm ist die Reaktion auf die Anfechtbarkeit juristischen Begründens: Normen können Ausnahmen haben, die den Normen *prima facie* so nicht zu entnehmen sind. Die Möglichkeit der Auslegung von Normen bzw. der Anpassung der Prämissen (*adapting the premises*) ist unverzichtbar, wenn auf dem Konzept syllogistischer Rechtsanwendung beharrt werden soll, da nur so die Vernichtung eines Arguments noch möglich ist.⁹⁵⁵ Soll eine unbegrenzte Auslegung der Normen verhindert werden – also sollen die Normen im Wesentlichen so begriffen werden, wie sie sich *prima facie* präsentieren –, ist zwangsläufig eine Abstandnahme vom Konzept syllogistischer Rechtsanwendung erforderlich.⁹⁵⁶

Pollock differenziert diesbezüglich zwischen zwei verschiedenen Arten von Argumenten, welche gegen eine These vorgebracht werden können: Argumente, welche sich gegen die Begründungswirkung eines Arguments richten (*undercutting defeaters*) – genauer: die Geltung oder Anwendbarkeit angreifen –⁹⁵⁷ und Argumente, welche eine gegensätzliche These be-

951 Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (94 f.).

952 Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (90).

953 Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (91).

954 Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81–95 (95).

955 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic* S. 1, 6.

956 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 6: „I will assume that rules usually are as they seem to be, that many exceptions must be handled by the logic rather than by the rule conditions, and that as a consequence the logical form of rule application is more complex than Modus Ponens.“

957 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 166.

gründen (*rebutting defeaters*).⁹⁵⁸ Die argumentvernichtenden Lösungen sind also nicht der einzige mögliche Umgang mit dem Anwendungsproblem. Statt die Geltung der begründenden Relation oder die Anwendbarkeit derselben zurückzuweisen, ist es auch möglich, direkt die begründete These zurückzuweisen, indem dem Anwendungsimperativ mit anderen Gründen begegnet wird.⁹⁵⁹ Weil dabei das Argument, dessen Anwendung die zurückzuweisende These begründet, nicht vernichtet, sondern nur in seiner Anwendung gehindert wird, soll diese Lösung des Anwendungsproblems die *argumenthindernde Lösung* genannt werden.

Hintergrund der argumenthindernden Lösung steht die Vorstellung, dass die begründende Relation eine *begründende* und keine logisch zwingende Relation ist, und dass deshalb bei Bestehenbleiben des widersprechenden Arguments über die Geltungs- und Anwendbarkeitsebene hinweg kein logischer Widerspruch entsteht, der ausgeräumt werden müsste. Es entsteht ein Begründungswiderspruch, der darüber zu lösen ist, dass aufgezeigt wird, welcher Anwendungsimperativ stärker und demnach welche These besser begründet ist.⁹⁶⁰ Trotz Anwendbarkeit einer Norm kann der Rechtsanwender entscheiden, ob er die Regel am Ende auch anwendet oder nicht.⁹⁶¹ Die Erörterung dieser Frage ist Gegenstand der Anwendungsebene.

Im Rahmen der juristischen Argumentation bleibt dann zu diskutieren, welche der anwendbaren Regeln den Fall *angemessen*⁹⁶² beurteilt, und

958 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 167; Unterscheidung ursprünglich bei Pollock, *Defeasible Reasoning*, S. 484; Koons, *Defeasible Reasoning*.

959 Zum agonophilen Charakter juristischen Argumentierens siehe Brewer, *Agonophobia (Fear of Contest) in the Theory of Argument*, S. 2317 ff., Brewer, *Logocratic Agony and the Dream of Theo-Logic: A Comment on Dieter Krimphove's A Historical Overview of the Development of Legal Logic*, S. 265.

960 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 140: "To decide on the basis of reasons which conclusion is to be drawn, explicit weighing-knowledge is needed. This weighing-knowledge indicates which set of reasons outweighs which other set."

961 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 9: „The issue whether a rule is to be applied to a particular case is not completely determined by the rule's applicability.“

962 Zum Anwendungskurs Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 60; im Anschluss an Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 53–125, Habermas, *Diskursethik*, passim; kritisch zu Anwendungsdiskursen Kettner, *Warum es Anwendungsfragen, aber keine "Anwendungsdiskurse" gibt*, S. 365 ff. Da die Kritik Kettners sich gegen Anwendungsdiskurse richtet, nicht aber dagegen argumentiert, dass es Anwendungsfragen gebe, kann die Kontroverse vorliegend unbeachtet bleiben.

nicht, welche anwendbar ist oder nicht:⁹⁶³ Anwendbarkeit bedeutet, dass die Regel herangezogen werden darf, um die Konklusion zu stützen oder ihr zu widersprechen – gerade dies steht jedoch nicht in Frage. Regeln sind anwendbar, sobald die Antezedensvoraussetzungen erfüllt sind, diskutiert wird vielmehr, ob eine Regel vorrangig vor allen anderen Regeln die Konklusion stützen soll und somit *angewendet werden soll*.⁹⁶⁴ Das Vorbringen einer Ausnahme ist deshalb auch nicht eine *Einschränkung* der Anwendbarkeit einer Regel, sondern als ein *Einwand* gegen die Anwendung einer Regel zu verstehen. Die Ausnahme vernichtet die Regel nicht, sondern übertrifft sie lediglich in ihrer Argumentationskraft.⁹⁶⁵ Notwendig ist bei einem derartigen Regel-Ausnahme-Verständnis stets eine Kollisionsnorm oder eine Abwägung.

Dabei wendet sich die Ausnahme nicht gegen die Anwendbarkeit der Regel, sondern lediglich gegen die durch die Regel gerechtfertigte Schlussfolgerung: Denn während der Wortlaut der Regel des § 212 Abs. 1 StGB auch bei einer gerechtfertigten Tötung eine Freiheitsstrafe fordert, wendet die Ausnahmeregel des § 32 Abs. 1 StGB dagegen ein, eine Freiheitsstrafe sei aufgrund der Rechtfertigung ausgeschlossen, gleichwohl § 212 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe fordere. Ziel der juristischen Argumentation ist nicht aufzuzeigen, dass § 212 Abs. 1 StGB in Fällen gerechtfertigter Tötung nicht anwendbar ist, sondern dass und warum § 32 Abs. 1 StGB vorrangig zur Anwendung kommt. Für die Rekonstruktion von Regel-Ausnahme-Strukturen bedeutet dies, dass die Regel-Ausnahme-Struktur zunächst eine Relation zweier anwendbarer Regeln⁹⁶⁶ R₁ und R₂⁹⁶⁷ ist, die in *Konkurrenz*

963 Eine Trennung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs ist notwendig, weil ein idealer Begründungsdiskurs, in dem alle Anwendungssituationen durchgesprochen werden, unmöglich ist und deshalb in einem Anwendungsdiskurs über die Angemessenheit der Normanwendung im konkreten Fall (neu) verhandelt werden muss. Vgl. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 65 ff.

964 Dabei bedeutet Unanwendbarkeit immer auch Nicht-Anwendung der Regel, während eine Regel nicht-angewendet werden kann, wenngleich sie anwendbar ist.

965 In Bezug auf Gründe so beispielsweise Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 29, S. 44.

966 Dass vorliegend auch die Ausnahme als Regel bezeichnet wird, ist eine konzeptionelle Notwendigkeit. Das Rechtssystem darf aus Gleichheitsgründen keinen Einzelfall von der rechtlichen Bewertung durch eine Regel ausnehmen, weshalb eine Ausnahme stets nicht nur auf einen, sondern auf alle ähnlich gelagerten Fälle anwendbar sein muss.

967 R₁ und R₂ sind nicht zwangsläufig mit den Normen im Gesetz identisch. So enthalten Normen im Gesetz teilweise eine Regel und eine Ausnahmeregel, so ist bspw. nach § 248a StGB beim Diebstahl oder der Unterschlagung geringwertiger Sachen ein

zueinander treten, wobei R₂ eine Ausnahme genau dann ist, wenn sie in ihrer Konsequenz von R₁ abweicht und nicht unter normalen, sondern nur unter außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommt.⁹⁶⁸ Da sich die Regel-Ausnahme-Struktur auf relationalen Eigenschaften der Regeln untereinander bezieht, ist eine Regel-Ausnahme-Struktur erst retrospektiv als Relation der zur Argumentation herangezogenen Normen zu identifizieren: Eine Regel kann nie eindeutig als „Ausnahme“ klassifiziert werden, sie gewinnt den Ausnahmeharakter erst im Zusammentreffen mit der kollidierenden Regel. Eine Ausnahmeregel kann in einem Fall eine Ausnahme begründen, im anderen Fall eine Regel darstellen, von der selbst eine Ausnahme gemacht wird. So kann mithilfe von § 34 S. 1 StGB eine Ausnahme von der Bestrafung trotz Erfüllung des Tatbestandes des § 223 Abs. 1 StGB begründet werden. Hingegen wird § 34 S. 1 StGB als die Regel gelesen, von der eine Ausnahme gemacht wird, wenn die zu rechtfertigende Handlung nach § 34 S. 2 StGB nicht angemessen ist – beispielsweise, wenn die Blutentnahme zum Zwecke einer lebensrettenden Transfusion erzwungen wird.⁹⁶⁹

b) Die Anwendungsebene

Im Rahmen der juristischen Argumentation bleibt dann zu diskutieren, welche der anwendbaren Regeln den Fall *angemessen* beurteilt, das heißt, welche Regel vorrangig vor allen anderen Regeln *angewendet werden soll*.

Auf der Anwendungsebene wird begründet, welcher Anwendungsimperativ vorrangig und damit welche These begründet ist. Der Anwendungsimperativ ist ein *contributory reason* und damit in den meisten Fällen ein hinreichender Grund für die Regelanwendung.⁹⁷⁰ Aber erst mit der Anwendungsebene wird die Begründung einer These vollständig, indem bewusst entschieden und begründet wird, welchem Anwendungsimperativ

Strafantrag erforderlich (Regel R₁), außer wenn „die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält“ (Ausnahmeregel R₂).

968 Vgl von Savigny, *Die Phausnahme und die Phregel, oder Was die Logik im Recht nicht leisten will*, S. 231 (238); grundlegend Wittgenstein, *Über Gewissheit*, § 27; die statistische Häufigkeit hingegen trägt nicht zur Unterscheidung zwischen Regeln und Ausnahme bei, so Blöser / Janvid, u.a., *Introduction*, S. 4 f.

969 Neumann, § 34 StGB, § 34 Rn. 118.

970 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 10.

der Vorrang zuzusprechen ist. So ist es möglich, dass eine anwendbare Regel nicht angewendet wird – und auch, dass eine nicht-anwendbare Regel angewendet wird, wenn dies aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage und einer planwidrigen Regelungslücke begründet wird.⁹⁷¹ Und erst nach der Argumentation auf der Anwendungsebene kann ein Richtigkeitsanspruch erhoben werden – nämlich bezüglich der These, bezüglich derer ein unangefochtener Anwendungsimperativ besteht. Die Anwendungsebene beruht auf dem Gedanken, dass es noch weitere Argumente für die Anwendung einer Norm neben ihrer Anwendbarkeit gibt.⁹⁷² Dabei geht es bei der Anwendung der Norm nicht nur darum, die Merkmale der Situation zu berücksichtigen, welche die Anwendung der Norm voraussetzt, sondern auch die Merkmale, die bei der abstrakten Begründung der Norm nicht als relevant erachtet wurden, es aber gute Gründe gibt, sie in der konkreten Handlungssituation als relevant zu erachten.⁹⁷³ Hintergrund der Anwendungsebene ist, dass weder die Geltungsbegründung noch die Anwendbarkeitsbegründung Bezug auf außerhalb des Arguments liegende Normen und Tatsachen nimmt⁹⁷⁴ – die aber beispielsweise Gegenargumente begründen können. Weder auf der Geltungsebene noch auf der Anwendbarkeitsebene ist deshalb eine Bezugnahme auf Gegenargumente möglich.

971 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 86–124; Hage, *Studies in Legal Logic*, S. 87–95; Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 9.

972 Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, S. 189.

973 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 12 f.: „Die Anwendung von Normen [erscheint] dagegen als ein kognitiver Prozess, in dem ebenfalls Gründe eine Rolle spielen, die aber von denjenigen Gründen, die sich für die Geltung einer Norm anführen lassen, verschieden sind. Diese Gründe betreffen den Akt der Auswahl relevanter Situationsmerkmale in einer Handlungssituation. Wenn wir einen wesentlichen Aspekt der Situation übersehen oder nicht angemessen berücksichtigen, kann dies erhebliche moralische Folgen haben. [...] Auch die auf den ersten Blick naheliegende Prüfung, ob die für die Anwendung der Norm vorauszusetzenden Bedingungen in der Situation gegeben sind, hilft nicht weiter. Zwar lässt sich nur dann von einer richtigen Befolgung einer Norm sprechen, wenn die von der Norm semantisch vorausgesetzten Tatsachen vorliegen. Doch haben wir dann nur diejenigen Tatsachen als relevante Momente berücksichtigt, die zur semantischen Extension dieser einen Norm gehören.“

974 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 14: „Von da aus kommen wir nicht zur angemessenen Berücksichtigung der übrigen Tatsachen und nicht zu möglichen anderen Normen, deren semantische Extension diese Merkmale umfasst.“

Das theoretische Konzept hinter der Vorrangigkeit eines Arguments soll als *Begründungsgrad* eines Arguments bezeichnet werden: Der Begründungsgrad ist eine Funktion des Anwendungsimperatives. Je höher der Begründungsgrad ist, desto stärker ist die Anwendung des Arguments geboten. Die Anwendbarkeit ist ein begründendes, nicht aber ein zwingendes Argument für die Akzeptanz der These.

Toulmin stellte heraus, dass die wenigsten begründenden Relationen eine zwingende, d. h. beweisende Verknüpfung zwischen Aussage und These herstellen, sondern häufig nur eine plausibilisierende, d. h. begründende.⁹⁷⁵ Dieser Grad der Verbindlichkeit der Verknüpfung zwischen Antezedensbedingungen und Konsequenz hat weder auf der Geltungsebene noch auf der Anwendbarkeitsebene eine Rolle gespielt. Eine Bedeutung erlangt er erst an dieser Stelle auf der Anwendungsebene, wenn es darum geht, den Begründungsgrad zu bestimmen. Übertragen auf Argumente bedeutet das: Es muss möglich sein, auf Argumente nicht nur mit „Das überzeugt mich!“ und „Das überzeugt mich nicht!“ zu reagieren, sondern insbesondere auch mit „Das überzeugt mich nur teilweise.“

Ein Beispiel für die argumentenhindernde Lösung und damit für eine Argumentation auf der Anwendungsebene ist dem internationalen Privatrecht zu entnehmen: Wenn die Bewertung eines Falles nach dem ausländischen Recht mit wesentlichen Grundzügen des eigenen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, kann auf die Anwendung des ausländischen Rechts verzichtet werden (sog. negative Funktion des *ordre public*).⁹⁷⁶ Dabei wird nicht die Norm als solche, sondern nur ihre Anwendung im konkreten Fall zurückgewiesen,⁹⁷⁷ wenn „das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es [...] für untragbar gehalten wird“⁹⁷⁸. Dies kommt beispielsweise regelmäßig im Familien- und Erbrecht vor.⁹⁷⁹

Dagegen könnte man einwenden, die ausländische Norm sei eben nur unter dem Vorbehalt, nicht gegen wesentliche Grundsätze des inländischen Rechts zu verstößen, anwendbar – und der Konflikt sei über eine argu-

975 Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, S. 92.

976 Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, S. 317; Junker, *Internationales Privatrecht*, Rn. 1 f.; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 242 f.

977 Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 243.

978 BGH, Beschluss vom 17. September 1968 – IV ZB 501/68.

979 z. B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2008 – I 3 Wx 51/08; OLG Hamm, Urteil vom 28. Februar 2005 – 15 W 117/04.

mentvernichtende Lösung zu lösen. Dabei wird jedoch übersehen, dass im Falle der Korrektur über den *ordre public* die Anwendbarkeit der ausländischen Norm geprüft und bejaht wird, bevor die Anwendung verneint wird. Dies ist insofern konsequent: Bei der Anwendung und Auslegung ausländischen Rechts müssen die Rechtsnormen „aus dem Zusammenhang und Geist der fremden Rechtsordnung ausgelegt“⁹⁸⁰ werden. Die sonstige – zur argumentvernichtenden Lösung führende – Strategie, über die Auslegung Tatbestandsmerkmale zu konstruieren, die nicht einschlägig sind, um so die Anwendbarkeit zu verneinen, versagt im internationalen Kontext plötzlich. Und auch die Erklärung, die ausländische Norm gelte nicht, ist kein gangbarer Weg, wenn man anderen Staaten gegenüber nicht offen aussprechen will, ihr „Recht“ sei kein geltendes Recht. Im Internationalen Privatrecht gilt der „Grundsatz der Gleichrangigkeit der Rechtsordnungen“⁹⁸¹. Deshalb spricht auch Art. 6 S. 1 EGBG explizit von der „Anwendung“ der ausländischen Norm.

Die im Kontext der *ordre public*-Kontrolle getätigte Feststellung, „ein Rechtsanwendungsbefehl [sei] eben noch kein Rechtsanwendungsergebnis“⁹⁸², ist auf alle Rechtsanwendungskontexte übertragbar. Die Frage, ob Korrekturen über die Ablehnung der Anwendung einer Norm auch im nationalen Recht erfolgen dürfen, ist eine rechtsdogmatische, moralische oder politische, keine argumentationstheoretische Frage. Die argumentationstheoretische Eigenschaft der begründenden Relation eines juristischen Arguments, im Einzelfall trotz Geltung und Anwendbarkeit nicht zur Anwendung zu kommen, begrenzt sich nicht auf internationale Kontexte.

Weitere Beispiele für Anwendungsfragen in der Rechtspraxis gibt es zahlreich, wenngleich diese selten als „Anwendungsfragen“ bezeichnet werden.⁹⁸³ Stehen – mit der Terminologie der Methodenlehre – juristische Fiktionen, Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen, teleologische Reduktion oder Analogie im Raum, werden dabei oft Anwendungsfragen thematisiert.⁹⁸⁴ Auch Abwägungsfragen können als Anwendungsfragen einzustufen sein: Bei der Abwägung müssen verschiedene Gebote oder Interessen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden, um anschließend zu begründen, was vorgeht und was zurücktritt. Beispielsweise hat das BVerfG

980 Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 210.

981 Junker, *Internationales Privatrecht*, Rn. 1.

982 von Bar / Mankowski, *Internationales Privatrecht*, § 7 Rn. 276.

983 Siehe dazu auch unten ab S. 243.

984 Zur rechtsfortbildenden Eigenschaft dieser Figuren siehe Fischer, *Analogie und Argument*, S. 23 f. mwN.

zwar bejaht, dass das Streikverbot für Beamte diese in ihrem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG beeinträchtige, gleichzeitig aber ausgeführt, dass das Streikverbot ein Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG darstelle. Den Konflikt zwischen Koalitionsfreiheit und Streikverbot entscheidet das BVerfG zugunsten des Streikverbots, da ein Streikrecht „eine Kettenreaktion in Bezug auf die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses auslösen und wesentliche beamtenrechtliche Grundsätze und damit zusammenhängende Institute in Mitleidenschaft ziehen“ würde. Dabei verneint das BVerfG nicht, dass Art. 9 Abs. 3 GG gelte oder verletzt sei, sondern löst die Kollision auf der Anwendungsebene.

Auch im Zivilrecht finden sich Beispiele für Anwendungsfragen: Im Falle der fahrlässigen Zugangsvereitelung – d. h. in Fällen, in denen eine Willenserklärung auf Grund besonderer Umstände beim Erklärungsempfänger nicht oder nicht rechtzeitig zugeht –⁹⁸⁵ gilt die Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB als nicht zugegangen. Korrigiert wird dieses Ergebnis nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB, wonach sich der Erklärungsempfänger so behandeln lassen muss, als ob die Erklärung ihm zugegangen wäre, sofern der Erklärende unverzüglich einen erneuten Zustellungsversuch unternimmt.⁹⁸⁶ Dabei wird weder die Geltung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB bestritten noch der Tatbestand modifiziert, sondern lediglich die Rechtsfolge abgewandelt.

(i) Abgrenzung von der Geltungsebene

Anwendungsfragen müssen von Geltungsfragen klar unterschieden werden. Es ist zwischen der *Begründung der begründenden Relation* (im Folgenden die „*Geltungsfrage*“) und der *Begründung des Begründungsgrads* (im Folgenden die „*Anwendungsfrage*“) zu differenzieren. In der juristischen Argumentation ist die begründende Relation einerseits Subjekt, andererseits Objekt der Begründung: Auf der Geltungsebene wird die Relation selbst begründet, auf der Anwendungsebene hingegen wird mit der begründenden Relation argumentiert. Im Rahmen der Begründung zum Vorrang der Relation wird die Relation zum Gegenstand der Begründung. Es werden Eigenschaften und Umstände der begründenden Relation angeführt, um den Vorrang zu begründen, wie beispielsweise die systematische Stellung,

985 Lange, *Die Willenserklärung - Teil 2*, S. 769.

986 BGH, Urteil vom 26. November 1997 – VIII ZR 22/97.

die Entstehungshistorie, der Wortlaut usw. Die Geltung hingegen spielt keine Rolle – diese muss an anderer Stelle bereits begründet sein, bevor über die Anwendung diskutiert werden kann. Und für die Geltung einer Norm ist die Nicht-Anwendung auch unschädlich: Nur weil für die Anwendung der Norm gute Gründe angeführt werden, bedeutet das nicht, dass keine besseren dagegensprechen. Der Anwendungsimperativ als Grund ist übertreffbar. Zudem spielt es für die Geltung einer Norm keine Rolle, ob diese immer oder nur selten angewandt wird. Denn Geltung wurde an früherer Stelle als abstrakte Begründetheit der begründenden Relation definiert. Eine geltende Norm kann die Anwendung eines Arguments und damit ihre Befolgung befehlen, exklusiv ist dieser Befehl aber nur gegenüber Gründen, die bei der Setzung beachtet wurden.

Die Trennung zwischen Geltungs- und Anwendungsfragen kann an dieser Stelle insoweit klar vorgenommen werden: Geltungsfragen dienen der Begründung der Verknüpfung von Antezedensbedingungen und Konsequenz, d. h. der Begründung der Relation. Gegenstand der Anwendungsfragen hingegen ist die Begründung der Vorrangigkeit oder Nachrangigkeit eines Arguments, beispielsweise unter Bezugnahme auf Umstände und Inhalte der begründenden Relation, die auf der Geltungsebene keine Bedeutung haben. Kollisionsfragen sind Gegenstand der Anwendungsebene.⁹⁸⁷

Die Begründetheit der begründenden Relation (Geltung) ist unabhängig von der Begründungswirkung der Relation (Anwendung): Beispielsweise kann eine rechtliche Norm formell und materiell einwandfrei begründet sein, dennoch aber von einer anderen Norm übertrumpft werden, weil letztere Norm höherrangig ist. Die Höherrangigkeit ist unabhängig von der Begründung der begründenden Relation, aber maßgeblich für den Begründungsgrad.

Ein weiteres Distinktionskriterium ist im Anschluss an Günthers Unterscheidung „zwischen der Begründung und der Anwendung moralischer Nor-

987 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 267: „Es ist also der Anwendungsdiskurs, in dem wir auf das Kollisionsproblem treffen. Normen, die unter gleichbleibenden Umständen gültig sind, können unter Berücksichtigung aller Umstände einer Situation miteinander kollidieren. Im Begründungsdiskurs stellen wir lediglich fest, dass es unter gleichbleibenden Umständen keine Normen gibt, die mit der begründungsbedürftigen Norm kollidieren. Die Kollision wäre dann ein Problem der Angemessenheit und nicht der Geltung von Normen.“

men“⁹⁸⁸ herauszuarbeiten: Geltungsfragen werden ohne Bezug auf einen konkreten Sachverhalt situationsunabhängig beantwortet, die Begründung der begründenden Relation erfolgt allgemein und mit einem universalen Geltungsanspruch. Demgegenüber stellen sich Anwendungsfragen immer erst aus der konkreten Argumentationssituation heraus und werden für jeden Einzelfall gesondert beantwortet.⁹⁸⁹ Denn mit der Feststellung, die Norm sei von allen akzeptiert, ist nichts zu der Frage gesagt, „ob die vorgeschlagene Norm angesichts aller Tatsachen der besonderen Situation auch angemessen war.“⁹⁹⁰ Günther betont, dass die Anwendungsfragen nicht auf – in der hier verwendeten Terminologie – Geltungsfragen und Anwendbarkeitsfragen reduziert werden können: „Sie lassen sich nicht dadurch verhindern, dass wir die in Betracht gezogenen Tatsachen auf ihre Wahrheit und die vorgeschlagene Norm auf ihre Richtigkeit hin überprüfen“⁹⁹¹.

Damit einher geht auch ein drittes Distinktionskriterium, das in der Person des Entscheiders liegt: Über Geltungsfragen – also die Existenz oder Nichtexistenz von Normen – darf der Rechtsanwender gewöhnlich nicht disponieren, da die Verwerfungskompetenz dem BVerfG obliegt. Ausnahmen auf der Anwendungsebene können hingegen von jedem Rechtsanwender begründet werden.⁹⁹² Die Wirkung dieser Begründung ist jedoch auf den konkreten Einzelfall eingeschränkt: Eine Ausnahme auf der Anwendungsebene ist – anders als Ausnahmen auf der Geltungsebene – nicht auf andere Anwendungssituationen pauschal übertragbar.

988 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 21.

989 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 257.

990 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 13.

991 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 12.

992 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 266: „Wir können daher sagen, dass sich die Geltung einer Norm stets nur auf die allgemeine Zustimmung zu ihrer Anwendbarkeit unter gleichbleibenden Umständen bezieht. Die implizite Voraussetzung, die wir mit dieser ceteris paribus-Klausel in Begründungsdiskursen vornehmen, entfaltet in Anwendungsdiskursen erst ihre eigentliche Wirkung. In Begründungsdiskursen dient sie dazu, die Berücksichtigung verschiedener Anwendungssituationen künstlich auszuschließen. An Anwendungsdiskursen lässt sich diese Fiktion jedoch nicht länger aufrechterhalten. Ob nämlich die Umstände der Anwendungssituation die gleichen wie bei der Begründung vorausgesetzten sind, wissen wir erst, nachdem wir alle Merkmale der Situation berücksichtigt und d. h. einen Anwendungsdiskurs durchgeführt haben.“

Bezüglich der anfechtbaren Geltung von Normen hat Searle das Problem aufgeworfen, dass bei *prima-facie*-Normen im Ausnahmefall nicht mehr unterschieden werden kann, ob es die Norm niemals gegeben habe, oder ob es sie gab und diese bloß ihre Geltung verloren habe.⁹⁹³ Durch die Interpretation von Rechtsnormen als generischen Aussagen und die damit einhergehende Differenzierung zwischen abstraktem Anwendungsbefehl und konkreter Anwendung der Relation stellt sich dieses Problem nicht, da im Ausnahmefall nicht die Geltung, sondern nur die Befolgung des Anwendungsbefehls ausfällt.⁹⁹⁴

(ii) Abgrenzung von der Anwendbarkeitsebene

An die Begründung von Ausnahmen auf der Anwendbarkeitsebene werden andere Anforderungen als an die Begründung von Ausnahmen auf der Anwendungsebene gestellt. Da die Ausnahme auf der Anwendbarkeitsebene den Anwendbarkeitsbereich der Norm einschränkt, genauer: das Antezedens der begründenden Relation beschneidet, ist die Begründung der Ausnahme Teil der Begründung der Anwendbarkeit der begründenden Relation.⁹⁹⁵ Anders bei der Begründung einer Ausnahme auf der Anwendungsebene: Die begründende Relation wird weder in Frage gestellt noch zurückgewiesen, sondern es wird begründet, dass eine entgegenstehende begründende Relation vorrangig ist. Vereinfachend gesagt ist Gegenstand der Anwendbarkeitsebene die Feststellung, ob ein Fall den von der Norm umfassten paradigmatischen Fällen hinreichend ähnlich ist, während Gegenstand der Anwendungsfrage die Beurteilung ist, ob der Fall auch wie die paradigmatischen Fälle behandelt werden soll.

993 Searle, *Prima Facie Obligations*, S. 81 ff.

994 Dazu ausführlich Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 263, 265.

995 Dem Einwand, bei einer Ausnahme auf der Geltungsbegründung würde es darauf hinauslaufen, dass die Regel nicht „anwendbar“ sei, und dass dies dann doch eher eine Anwendbarkeitsfrage ist, ist entgegenzuhalten, dass die tatbestandliche Nicht-anwendbarkeit daraus resultiert, dass Antezedenvoraussetzungen auf der Geltungsebene begründet wurden, die nicht vorliegen. Auf der Anwendbarkeitsebene wird lediglich das (Nicht)Vorliegen von Antezedenvoraussetzungen begründet, welche Antezedenvoraussetzungen aber überhaupt erfüllt sein müssen, ist eine Frage der Geltungsebene.

Anwendungsfragen sind also von Anwendbarkeitsfragen abzugrenzen.⁹⁹⁶ Anders als Geltungsfragen stellen sich Anwendbarkeitsfragen genauso wie Anwendungsfragen erst in der konkreten Argumentationssituation. Sie werden auch nicht universell, sondern nur in Bezug auf den konkreten Sachverhalt erörtert. Wie oben bereits erörtert, beschränkt sich die Anwendbarkeitsebene nicht auf ein reines In-Deckung-Bringen von Lebenstatsachen und begründender Relation, denn daneben ist eine umfassende Auslegung von Lebenssachverhalt und begründender Relation erforderlich, um festzustellen, ob die Antezedensvoraussetzungen tatsächlich gegeben sind.

Es gibt Fälle, in denen ein Begründungsergebnis durch eine bestimmte Auslegung des Tatbestands ebenso vermieden werden kann wie durch eine Zurückweisung des Ergebnisses auf der Anwendungsebene. Zum Beispiel: Nach dem Durchleiden eines jahrelangen Martyriums erschießt die Ehefrau ihren Ehemann und Peiniger, während dieser schläft. Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe in derartigen Haustyrrannenfällen kann einerseits verhindert werden, indem das für die Heimtücke erforderliche Ausnutzungsbewusstsein im Rahmen der Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale des § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB auf der Anwendbarkeitsebene ausgeschlossen wird.⁹⁹⁷ Andererseits kann auf eine zeitige Freiheitsstrafe verurteilt werden, indem zwar das Vorliegen eines heimtückischen Mordes i.S.d. § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB bejaht wird, bei der Bemessung des Strafrahmens analog § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein geringerer Strafrahmen gerechtfertigt wird und die Forderung nach der Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 211 Abs. 1 StGB als nachrangig zurückgewiesen wird.⁹⁹⁸ So dargestellt erscheint die erste Begründung als eine Lösung auf der Anwendbarkeitsebene, die letztere als Lösung auf der Anwendungsebene. Die Zuordnung muss jedoch nicht zwangsläufig so erfolgen. So könnte gegen die Zuordnung der ersten Begründung auf die Anwendbarkeitsebene eingewendet werden, das Ausnutzungsbewusstsein sei kein Tatbestandsmerkmal des § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB, sondern eine zusätzliche Wertung, die

996 Die Unterscheidung von Anwendbarkeit und Anwendung vertritt bezüglich Regelkonflikte im internationalen Kontext auch Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 9, Hage / Waltermann, u.a., *Exceptions in International Law*.

997 Dass das Ausnutzungsbewusstsein bei starker affektiver Erregung ausgeschlossen sein kann siehe BGH, Urteil vom 22. September 1983 – 4 StR 369/83 und BGH, Urteil vom 09. Februar 2000 – 3 StR 392/99. Zum Problem einer Lösung auf der Tatbestandsebene siehe Haverkamp, *Zur Tötung von Haustyrrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht*, S. 586 ff.

998 Erstmals BGH, Beschluss vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

eingefügt wird, um die Forderung nach einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe zu entkräften. Damit handle es sich um keine Frage der Tatbestandsmäßigkeit, sondern vielmehr um die Frage nach der Vorrangigkeit von Wertungen, und damit um eine Anwendungsfrage. Ebenso kann die zweite Begründung auf die Anwendbarkeitsebene gezogen werden: Denn der Strafrahmen der lebenslangen Freiheitsstrafe sei dadurch bereits ausgeschlossen, dass § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB analog angewendet werde, und die Vorrangigkeit von § 49 StGB bedürfe keiner gesonderten Begründung auf der Anwendungsebene, weil dies auf der Geltungsebene bereits bei der Begründung des § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB berücksichtigt wurde.

Ungeachtet der tatsächlichen Formulierung der Begründung ist zwischen Anwendungsebene und Anwendbarkeitsebene folgendermaßen zu differenzieren: Beruht die Argumentation auf Wertungen, deren Geltung im Rahmen der Argumentation nicht begründet werden muss, weil die Geltung bspw. auf einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beruht und die Argumente aus dem Text und der Geltungsbegründung klar zu entnehmen sind, und zielt die Argumentation auf die Begründung des Vorliegens des Tatbestandes einer Norm ab, findet die Argumentation auf der Anwendbarkeitsebene statt. Zielt die Argumentation hingegen darauf ab, Wertungen zurückzuweisen, die gelten und anwendbar sind, sind an die Argumentation die strengerer Regeln der Anwendungsebene zu stellen. Kurz gesagt: Das Nachvollziehen und Anwenden vorgegebener Wertungen ist Gegenstand der Anwendbarkeitsebene, während das einzelfallbezogene Ins-Verhältnis-Setzen vorgegebener Werte Gegenstand der Anwendungsebene ist.

Dabei soll nicht behauptet werden, es gäbe keine Auslegungsfragen, bei denen auf der Anwendbarkeitsebene auch Wertungen stattfinden. Auslegung ist unverzichtbar, um die Anwendbarkeit der Norm zu begründen.⁹⁹⁹ Werden im Rahmen der Auslegung normative Grundsätze erarbeitet, die im Gesetzgebungsprozess und damit von der Geltungsbegründung umfasst sind, dürfen sie auf der Anwendbarkeitsebene erfolgen, da sie lediglich das wiedergeben, was auf der Geltungsebene bereits begründet wurde. Werden aber normative Erwägungen angestellt, die im Rahmen der Geltungsbegründung keine Rolle gespielt haben, und die generelle Geltung der Norm nicht angreifen, ist dies keine Frage der Anwendbarkeit der Norm, sondern eine Frage der Anwendungsebene und bedarf einer gesonderten Begründung. An die Argumentation von Anwendungsfragen werden weit-

999 Zum argumentationstheoretischen Verständnis von Auslegung siehe oben ab S. 78.

aus höhere Anforderungen gestellt, da sich auf der Anwendungsebene dem Anwendungsimperativ der geltenden Norm widersetzt wird.

Ein weiterer Unterschied besteht zwischen Anwendungsebene und Anwendbarkeitsebene: Auf der Anwendbarkeitsebene muss der Rechtsanwender bestimmen, welche argumentationssituationsspezifischen Aussagen die Antezedensbedingungen der begründenden Relation erfüllen. Diejenigen Aussagen, die für das Antezedens keine Rolle spielen, werden auch nicht betrachtet. Anders auf der Anwendungsebene: Für die Bestimmung der Vorrangigkeit oder Nachrangigkeit eines Arguments ist eine umfassende Würdigung des Sachverhalts erforderlich. Es werden damit auch Tatsachen betrachtet, die für die Anwendbarkeit der Norm keine Rolle spielen. Die Betrachtung des Sachverhalts auf der Anwendbarkeitsebene erfolgt immer durch die Brille der begründenden Relation, während auf der Anwendungsebene alles betrachtet und berücksichtigt werden muss. Deshalb sind auf der Anwendbarkeitsebene nur norminterne Maßstäbe zur Beurteilung maßgeblich, auf der Anwendungsebene auch normexterne. Gerade deshalb aber erscheint eine Grenzziehung oft schwierig, da in der praktischen Argumentation Anwendbarkeits- und Anwendungsfragen eng nebeneinander beantwortet werden. Die Frage, was ausgehend von der Norm geboten ist, und die Frage, was unter Betrachtung aller Umstände geboten ist, sind aber in der juristischen Argumentation strikt voneinander zu trennen.

c) Das legitimatorische Problem der Anwendungsebene

Die Legitimation einer auf Anwendungserwägungen gestützten Entscheidung lässt sich nicht über die pauschale Behauptung, durch das Subsummieren sei über die Anwendbarkeitsebene die Gesetzesbindung garantiert, rechtfertigen.¹⁰⁰⁰ Anders gesagt: Eine Ausnahme auf der Anwendungsebene tritt dem klaren Befehl der Norm entgegen, wodurch sich die Frage aufdrängt, ob der Rechtsanwender sich dadurch nicht zur Legislative erhebt und die eigenen Kompetenzen überschreitet. Damit steht hinter der Frage der Legitimation einer Betätigung auf der Anwendungsebene oder der Reichweite der Legitimation die alte, aus rechtsstaatlichen Bedenken motivierte Frage nach der Zulässigkeit des Einbringens einer eigenen Wertungstätigkeit durch den Rechtsanwender: Prima facie kollidiert das Konzept

1000 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 241.

wertender Tätigkeit des Rechtsanwenders mit dem Gebot der Gewaltenteilung, vor allem dem Verhältnis von Legislative und Judikative.¹⁰⁰¹ Zuvor zu beantworten wäre zudem die Frage nach der Grenzziehung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung, die nicht klar vorgenommen werden kann.¹⁰⁰²

Dass das Einbringen von Wertungen durch den Rechtsanwender legitim sein kann, ergibt sich aus der anfangs dargelegten Grundauffassung der Rechtsanwendung. Wer die Rechtsanwendung nicht nur auf die syllogistische Subsumtion reduziert, sondern ein dezisionistisches Element integriert, muss dem Rechtsanwender eigenständige Wertungsspielräume einräumen. Diese können zwar über eine extensive Theorie der Auslegung auf die Anwendbarkeitsebene gezogen werden,¹⁰⁰³ wodurch allerdings der Aussagegehalt der Anwendbarkeitsebene – nämlich das Nachvollziehen der ursprünglichen gesetzlichen Wertung – verschleiert wird. Zudem setzen beispielsweise § 132 Abs. 4 GVG und §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 Nr. 2, 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ein gewisses Maß an richterlicher Rechtsfortbildung durch die Gerichte voraus.¹⁰⁰⁴ Das Einräumen einer Anwendungsebene steht der Bindung der Judikative an Gesetz und Recht nicht entgegen, sondern ist vielmehr Ausfluss des Gesetzesbindungspostulats (s.o.) und damit Teil der rechtsstaatlichen Prinzipien, da die Gesetzesbindung dazu verpflichtet, Wertungsspielräume zu nutzen, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Das Gesetzesbindungspostulat nur im Sinne der Normgerechtigkeit zu verstehen und das Bedürfnis nach Sachgerechtigkeit völlig außer Acht zu lassen, wäre deshalb zu kurz gedacht.¹⁰⁰⁵ Ziel der Gesetzgebung ist es, durch Normsetzung die Grundlage für juristisches Argumentieren zu schaffen, nicht aber dem Normanwender die Normanwendung um jeden Preis zu befehlen. Durch die Verpflichtung des Rechtsanwenders, bei der Rechtsanwendung nicht nur erkennend, sondern auch wertend tätig zu werden, wird erst ermöglicht, Fehler oder Lücken im Recht im Einzelfall

1001 Klatt, *Juristische Hermeneutik*, S. 224.

1002 Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 636.

1003 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre* Rn. 822.

1004 Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 636.

1005 Eine Trennung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs ist notwendig, weil ein idealer Begründungsdiskurs, in dem alle Anwendungssituationen durchgesprochen werden, unmöglich ist und deshalb in einem Anwendungsdiskurs über die Angemessenheit der Normanwendung im konkreten Fall (neu) verhandelt werden müssen. Vgl. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 65 ff.

zu korrigieren. Auch dem Universalisierbarkeitsprinzip nach Hare widerspricht es nicht, wenn die Anwendung einer Norm im Einzelfall hinter eine andere zurücktritt.¹⁰⁰⁶ Hinzu kommt, dass auch beim Zurücktreten einer Norm auf der Anwendungsebene diese nicht gänzlich außer Acht gelassen wird, sondern weiterhin einen Grund für die Verhängung der Rechtsfolge darstellt. Durch eine Ausnahme auf der Anwendungsebene stellt der Rechtsanwender deshalb nicht die Geltung der Norm an sich oder den mit der Norm generell ausgesprochenen Anwendungsbefehl in Frage.

Das Bekenntnis zu explizit geäußerten und diskutierten Anwendungsfragen ist mithin nur eine neue strukturelle Einordnung eines lang bekannten und viel diskutierten Problems. Während wertende Rechtsanwendung dem syllogistischen Rechtsdenken per se fremd ist, kann sie durch eine Abkehr vom syllogistischen Denken strukturell verortet werden und so explizit adressiert und thematisiert werden. Dem Bekenntnis zur Anwendungsebene zu unterstellen, sie würde dem Rechtsanwender ermöglichen, sich aus gleich welchen Gründen über jede gesetzliche Norm hinwegsetzen zu können, wäre praxisfern. In den meisten Fällen werden die Gründe, welche der Rechtsanwender gegen die Anwendung der Norm vorbringen könnte, bereits im Setzungsprozess der Norm berücksichtigt worden wären – diese darf der Rechtsanwender nicht ohne weiteres neu gewichten, da er an die gesetzliche Gewichtung gebunden ist – oder unzulässig sein. Dass ein Rechtsanwender Gründe gegen die Normanwendung vorbringen kann, wird praktisch in der Regel nur in den Fällen vorkommen, in welchen ein fehlerhaftes Gesetz geschaffen wurde oder in denen die Anwendungssituation sich aufgrund massiver sozialer Veränderungen anders gestaltet als die Anwendungssituationen, welche der Gesetzgeber vor Augen hatte. Legitimatorisch dürfte das Bekenntnis zur Anwendungsebene deshalb nicht problematischer sein als das Bekenntnis zur wertenden Tätigkeit des Rechtsanwenders, da die Anwendungsebene die wertenden Tätigkeiten nicht etwa ausweitet, sondern lediglich eine Struktur bietet, um bereits stattfindende Wertungen einordnen und auf ihre Begründetheit hinreichend prüfen zu können.

1006 Siehe oben ab S. 128.

d) Irreduzibilität der Anwendungsebene

Gegen die Anwendungsebene könnte eingewandt werden, sie sei lediglich eine Verlegenheitslösung als Reaktion auf ein unvollständiges und widersprüchliches Rechtssystem, darüber hinaus aber nicht erforderlich. Obgleich eine eindeutige Zuordnung zur Anwendbarkeitsebene oder zur Anwendungsebene in vielen Fällen diskutabel ist, wäre die Anwendungsebene aber auch in einem vollständigen und widerspruchsfreien Rechtssystem indispensabel.

Dies soll anhand eines Beispiels deutlich gemacht werden:

Wenn A den Angriff eines bissigen Hundes mit dem Regenschirm seines Nachbarn B abwehrt, der dabei zu Bruch geht, ist A im Ergebnis nicht wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB zu bestrafen, da sein Handeln gemäß § 228 S. 1 BGB gerechtfertigt war. Bezüglich der Begründung dieses Ergebnisses sind – die Geltungslösung außer Acht gelassen – zwei Möglichkeiten denkbar. Zunächst könnte die Straffreiheit damit begründet werden, dass der Tatbestand der Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB auch voraussetze, dass die Handlung nicht gerechtfertigt sei und die Handlung des A deshalb gar nicht tatbestandlich war. Andererseits könnte die Straffreiheit damit begründet werden, dass der Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB zwar erfüllt sei, gegen eine Bestrafung jedoch die Regelung des § 228 S. 1 BGB spreche, die vorrangig sei.

Im ersten Fall ist die Ausnahme ein Teil der begründenden Relation, der Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB umfasst also auch die negativen Tatbestandsmerkmale der Rechtfertigungsgründe, wie beispielsweise § 228 S. 1 BGB. Begründet werden auf der Geltungsebene neben den Antezedenzvoraussetzungen der Regel damit die Antezedenzvoraussetzungen der Ausnahme, die Teil des Antezedenz der Regel werden. Die Ausnahme des § 228 S. 1 BGB erweitert das Antezedenz des § 303 Abs. 1 StGB, sodass die Konsequenz der Strafe nur unter der Einschränkung, dass der Täter nicht gemäß § 228 S. 1 BGB gerechtfertigt war, gefordert werden kann.¹⁰⁰⁷ Im Rahmen der Rechtsanwendung muss auf der Anwendbarkeitsebene dann nicht nur geprüft werden, ob die Antezedenzvoraussetzungen der Regel vorliegen, sondern auch die Antezedenzvoraussetzungen der Ausnahme, die Teil des Antezedenz der Regel sind. Wird das Vorliegen letzterer bejaht,

1007 So die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale, Darstellung bei Minas-von Savigny, *Negative Tatbestandsmerkmale: Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, S. 19 ff.

ist keine weitere Begründung erforderlich, warum die Regel hinter die Ausnahme zurücktritt, da auf der Anwendbarkeitsebene schon begründet wurde, dass die Regel nur unter der Voraussetzung des Nichtvorliegens der Ausnahme anwendbar ist. Die Ausnahme kann also als *Einschränkung* des Regelungsbereichs der Regel verstanden werden. Im Rahmen der juristischen Argumentation würde das Argument des § 303 Abs. 1 StGB für die Strafbarkeit durch das Argument, das sich auf § 228 S. 1 BGB stützt.

Anders und in der Praxis der juristischen Argumentation wesentlich komplizierter sind Fälle, in denen die Ausnahmen einer Regel nicht bereits bei der Anwendbarkeitsbegründung der Norm mitgedacht wurden.¹⁰⁰⁸ Dann müsste im obigen Beispiel zunächst festgestellt werden, dass der Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB ebenso erfüllt sei wie der Tatbestand des § 228 S. 1 BGB, und dass § 228 S. 1 BGB gegen die Strafandrohung des § 303 Abs. 1 StGB einwende, dass die strafbare Handlung gerechtfertigt sei. Ziel der juristischen Argumentation ist dann nicht aufzuzeigen, dass § 303 Abs. 1 StGB in Fällen gerechtfertigter Sachbeschädigung nicht anwendbar ist, sondern dass und warum § 228 S. 1 BGB vorrangig zur Anwendung kommt. Der Vorrang des § 228 S. 1 BGB könnte mit dem Argument begründet werden, § 228 S. 1 BGB sei vorrangig vor § 303 Abs. 1 StGB, weil eine Strafe nur bei rechtswidrigen Taten verhängt werde und die Vorschriften über die Rechtswidrigkeit einer Handlung immer Vorrang vor den Vorschriften über die Strafbarkeit einer Handlung haben. Eine Ausnahme auf der Anwendungsebene bedeutet, dass die Regel in ihrer abstrakten Geltung akzeptiert wird, im Einzelfall in ihrer Konsequenz aber zurückgewiesen wird. Das Vorbringen einer Ausnahme ist dann nicht als Einschränkung der Anwendbarkeit einer Regel, sondern als *Einwand* gegen die Anwendung einer Regel zu verstehen. Die Ausnahme vernichtet die Regel nicht, sondern übertrifft sie lediglich in ihrer Argumentationskraft.¹⁰⁰⁹ Dabei wendet sich die Ausnahme nicht gegen die Anwendbarkeit der Regel, sondern lediglich gegen die durch die Regel gerechtfertigte Schlussfolgerung. In der juristischen Argumentation würde das auf § 228 S. 1 BGB gründende Argument das strafbarkeitsbefürwortende Argument des § 303 Abs. 1 StGB nicht vernichten, aber in seiner Anwendung hindern, indem es übertroffen wird.

1008 Indizien dafür können beispielsweise sein, wenn Regel und Ausnahmeregel nicht vom selben Gesetzgeber gesetzt wurden oder wenn die Ausnahme deutlich jünger als die Regel ist.

1009 In Bezug auf Gründe so beispielsweise Raz, *Praktische Gründe und Normen*, S. 29, S. 44.

Angesichts beider Lösungswege stellt sich die Frage, ob – wie im Einwandsatz vorgebracht – die argumentvernichtende Lösung den Vorrang vor der argumenthindernden haben sollte. Für die argumentvernichtenden Lösungen spricht, dass sich die juristische Entscheidung am Ende tatsächlich nicht auf den Argumenten gründet, die abgelehnt wurden. Wird ein Angeklagter, der einen Gegenstand in einer Notstandssituation zerstört hat, freigesprochen, wird zwar § 303 Abs. 1 StGB in der Urteilsbegründung geprüft und erwähnt, stützt jedoch nicht den Freispruch, sondern steht diesem entgegen sodass der Freispruch sich weniger auf den § 303 Abs. 1 StGB als auf § 228 S. 1 BGB stützt. Es ist normlogisch konsequent, dass – wie bei den argumentvernichtenden Lösungen – im Konfliktfall nur die begründende Relation eines Arguments anwendbar ist, da ansonsten widersprüchliche Thesen gelten würden.¹⁰¹⁰

Der argumenthindernde Lösung scheint zudem entgegenzustehen, dass sich ein Rechtssystem, das sich zu seiner eigenen Widerspruchshaftigkeit bekennt, angreifbar macht. Damit allerdings die Notwendigkeit der Interpretation der Ausnahme als Einschränkung zu begründen, wäre vorschnell: Auch wenn die Ausnahme als Einwand gegen die Regel verstanden wird und Widersprüche im Recht akzeptiert werden, bedeutet dies nicht, dass Recht im Ergebnis widersprüchlich ist – die Ausnahme als Einwand gegen die Regel steht einer einheitlichen und konsistenten Rechtsanwendung nicht entgegen. Die Interpretation der Ausnahme als Einwand basiert vielmehr auf dem Gedanken, dass juristische Argumentation nicht widerspruchslos sein muss. Denn wird Argumentation als widerspruchslos rekonstruiert, wird dabei nicht die Realität des tatsächlichen Begründens, sondern das Ideal eines geradlinigen, konkretisierenden Argumentierens rekonstruiert. Anders gesprochen: Die Interpretation der Ausnahme als Einschränkung der Anwendbarkeit der Regel bleibt unfreiwillig auf einer normtheoretischen Ebene stehen. Die argumentative Realität des Vorbringers von Argumenten und Gegenargumenten, die einander widerstreiten, fasst sie nicht ins Auge.

Darüber hinaus kann die argumenthindernde Lösung einem entscheidenden Punkt Rechnung tragen: Nur mit der argumenthindernden Lö-

1010 Vgl. Neumann, *Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale*, S. 417 (420 ff.).

Die Darstellung von Kollisionen, die durch Abwägung gelöst werden, ist in nicht-monotoner Logik nicht möglich, so Sieckmann, *Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments*, S. 211 ff.

sung kann der Unterschied zwischen dem Fall, in dem die Relation nicht anwendbar ist, und dem Fall, in dem die Relation nicht angewendet wird, bedacht werden. In der Rechtsdogmatik wirkt sich die Unterscheidung von argumenthindernder und argumentvernichtender Lösung im Streit um die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale aus.¹⁰¹¹ Die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale versteht die Ausnahme als Einschränkung des Regelungsbereichs der Regel: Demnach enthält ein Tatbestand Tatbestandsmerkmale, „*deren Nichtvorliegen zum gesetzlichen Tatbestand gehört (negative Tatbestandsmerkmale)*“¹⁰¹². Das Nichtvorliegen des § 228 S. 1 BGB ist somit beispielsweise ein negatives Tatbestandsmerkmal des § 303 Abs. 1 StGB, sodass die Strafandrohung nur unter der Bedingung erfolgt, dass die negativen Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt sind. Das negative Tatbestandsmerkmal der Rechtfertigung durch Notwehr vernichtet somit bei Vorliegen das Argument des § 303 Abs. 1 StGB.

Gegen die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale wandte Welzel ein, die Tötung eines Menschen in Notwehr sei für die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale „*rechtlich nichts anderes als die Tötung einer Mücke*“¹⁰¹³. Ist eine Tat nämlich gerechtfertigt und so aufgrund der Erfüllung der negativen Tatbestandsmerkmale eine Bestrafung von vornherein ausgeschlossen, wäre das gerechtfertigte Töten eines Menschen kein rechtlich relevantes Verhalten.¹⁰¹⁴

Welzel ist zuzustimmen: Begründungstheoretisch kann die durch eine Ausnahme außer Kraft gesetzte Regel aber durchaus noch als Argument eine Rolle spielen. So ist der § 303 Abs. 1 StGB auch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ein Grund für eine Bestrafung des Täters, der sich nur deshalb nicht durchsetzt, weil er durch den stärkeren Grund wegen § 228 S. 1 BGB von einer Bestrafung abzusehen, übertroffen wird.¹⁰¹⁵ So erkennt Welzel richtig, dass die Interpretation der Rechtfertigung als Tatbestandsmerkmal der tatsächlichen argumentativen Struktur nicht gerecht wird. Die Ausnahme des § 228 S. 1 BGB kann demnach die Anwendbarkeit

1011 Dass die Befürwortung der Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale aus einem bestimmten Rechtsverständnis heraus erfolgt, ist auch These von Minas-von Savigny, *Negative Tatbestandsmerkmale: Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, S. 7.

1012 Merkel, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, S. 106, 193.

1013 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, S. 74 f.

1014 Neumann, *Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale*, S. 417 (420 ff.).

1015 Neumann, *Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale*, S. 417 (420 ff.).

des Tatbestandes des § 303 Abs. 1 StGB nicht einschränken, sondern lediglich gegen dessen Anwendung argumentieren: Wird die Rechtfertigung als Ausnahme als Einwand gegen die Regel verstanden, kann die Regel – so wie bei Welzel – weiterhin als Argument im Prozess herangezogen werden.

Auch der Einwand, Regeln würden keinen absoluten Anwendbarkeitsanspruch erheben – so beanspruche § 303 Abs. 1 StGB nicht, dass jeder, der eine Sache beschädige, bestraft werde – ist zurückzuweisen. Dass § 303 Abs. 1 StGB nicht beansprucht, dass wer gerechtfertigt eine Sache beschädigt, bestraft wird, bedeutet nicht, dass zwangsläufig die Anwendbarkeit des § 303 Abs. 1 StGB normintern eingeschränkt werden muss. Tatsächlich wird § 303 Abs. 1 StGB durch § 228 S. 1 BGB nicht auf Tatbestandsebene eingeschränkt, sondern auf der Rechtfertigungsebene: Dass § 303 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung kommt, liegt demnach nicht an einer fehlenden Anwendbarkeit, sondern an einer Nicht-Anwendung, die durch die Systematik des Gesetzes begründet ist.

Hervorzuheben ist, dass die Unterscheidung zwischen Anwendbarkeit und Anwendung keine empirisch-analytische, sondern eine normative ist.¹⁰¹⁶ Durch die Differenzierung wird deutlich gemacht, dass Anwendungsfragen einen erheblich höheren Begründungsaufwand bedeuten als Anwendbarkeitsfragen. Argumente, die lediglich der rechtlichen Wertung entstammen (z. B. Gesetzesbegründung, Präjudiz), sind stets der Anwendbarkeitsebene zuzuordnen, während Argumente zur Begründung einer eigenen Wertung der Anwendungsebene angehören (z. B. Behauptung des Vorrangs einer Auslegungsmethode). So fordert die Differenzierung ein klares Bekenntnis zu Unklarheiten, Unschärfen oder Lücken im Recht, die oftmals unter dem Deckmantel der Methodik behandelt werden, gleichwohl ihre Behandlung eine eigene – und damit explizit zu begründende – Entscheidung des Juristen erfordert.

Die argumentvernichtende Lösung ist bei strikter Beachtung des Postulats der Widerspruchslosigkeit des Rechtssystems normtheoretisch die einzige denkbare Lösung. Begründungstheoretisch erscheint hingegen die argumenthindernde Lösung deutlich plausibler: Die Regel ist kein starrer Korpus mit einem festgelegten Anwendbarkeitsbereich, sondern Teil eines Arguments, das hinter das stärkere Argument der Ausnahme zurücktritt. Die Wahrheit liegt irgendwo dazwischen: Weder der normtheoretische

1016 Gegründet werden kann die Differenzierung auf die zahlreichen Untersuchungen zur Defeasibility des Rechts, eine ähnliche Trennung unternimmt d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 3, 5.

noch der begründungstheoretische Ansatz können vollends überzeugen. In der juristischen Begründungsrealität gibt es Argumente, die nur schwerlich auf die Ebene des argumentenhindernden Arguments heruntergebrochen werden, und ebenso gibt es Ausnahmen, die nur künstlich auf ein argumentvernichtendes Argument hochstilisiert werden können. Und es gibt Fälle, in denen eine Lösung sowohl über ein argumentvernichtendes als auch über ein argumentenhinderndes Argument möglich ist. Für die juristische Begründung ist festzuhalten, dass beide Ausnahmekonzepte in einer juristischen Argumentationstheorie in ihrer Unterschiedlichkeit widergespiegelt werden müssen. Dabei nicht zu übersehen ist jedoch die sichere Gefahr von Scheinbegründungen – „*Argumentationen, in denen die ‚wirklichen‘ Entscheidungsmotive nicht zum Ausdruck kommen bzw. in denen Argumente Verwendung finden, die der Argumentierende selbst nicht akzeptiert.*“¹⁰¹⁷ – bei einem Verbleiben auf der Anwendbarkeitsebene.

Zuletzt ist aus rechtsphilosophischer Perspektive zu berücksichtigen, dass juristische Entscheidungen nicht nur am Maßstab des Gesetzes, sondern auch an den Anforderungen gerechten und vernünftigen Entscheidens zu messen sind.¹⁰¹⁸ Dabei hat der Rechtsanwender den Konflikt zwischen Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit im Einzelfall jeweils gesondert aufzulösen. Jedes Gesetz hat Fehler. Wird die Fehlerkorrektur im konkreten Einzelfall dem Richter versagt, weil er nur das Recht erkennt, wie es da ist, würden die Fehler des Gesetzes auf den Bürger abgewälzt werden. Das kann nur aus der Position der unbedingten Rechtssicherheit verlangt werden. Allerdings bedeutet „Fehler“ häufig, dass gleiche Fälle vom Recht ungleich oder ungleiche Fälle gleichbehandelt werden.

IV. Die Unterscheidung zum Umgang mit pluralem Recht

Angesichts transnationalen Rechts halten manche Rechtstheoretiker ein neues Rechtskonzept für erforderlich: Die Rechtstheorien des 20. Jahrhunderts fassten ausschließlich staatliches Recht ins Auge, weil aber transnationales Recht nicht in staatlichen Grenzen gedacht werde,¹⁰¹⁹ sei die Zukunftsfähigkeit des Konzepts, das nur staatliches und internationales („zwi-

1017 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 5.

1018 Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 6.

1019 So bereits Kelsen über Völkerrecht: „Die durch diese [das Völkerrecht] konstituierende überstaatliche Gemeinschaft kann so wie die vorstaatliche Rechtsgemeinschaft

schen-staatliches“) Recht kenne, zu bezweifeln.¹⁰²⁰ Die Forderung nach einem völlig neuen Rechtskonzept ist aber unbegründet: Zwar fasst die Großzahl der Rechtstheorien des 20. Jahrhunderts staatliches Recht ins Auge,¹⁰²¹ sie stellen aber nicht in Abrede, dass es nicht-staatliches Recht gibt.¹⁰²² Sogar Kelsen, der Recht und Staat scheinbar völlig ineinander aufgehen lässt (Identitätsthese),¹⁰²³ hält eine vorstaatliche Rechtsgemeinschaft für möglich, die erst zum Staat wird, wenn „sich als Ergebnis des Prozesses sozialer Arbeitsteilung zentrale Organe [bilden]; bezeichnenderweise viel früher Gerichts- und Exekutionsorgane als Gesetzgebungsorgane. [...] Staat heißt die Rechtsordnung, wenn sie einen gewissen Grad von Zentralisation erreicht hat.“¹⁰²⁴ Kelsen vertritt zwar die *These von der Identität von Staat und Recht*¹⁰²⁵, dies geht aber über eine faktische Identität nicht hinaus: Dass Recht und Staat identisch sind, meint nicht, dass Recht und Staat auch identisch sein *sollen*.¹⁰²⁶ Insofern ist nicht zu begründen, warum transnationales Recht ein völlig neues Rechtskonzept erfordere – zumindest auf Geltungsebene können die Rechtstheorien des 20. Jahrhunderts durchaus den Anforderungen transnationalen Rechts standhalten.¹⁰²⁷ Anders aber auf Anwendungs- und Anwendbarkeitsebene: Da sich die Rechtstheorien des 20. Jahrhunderts beinahe ausschließlich mit staatlichem Recht auseinandersetzen, stellen sie keine Antworten auf die Frage bereit, *wie* nicht-staatliches Recht anzuwenden ist und wie es sich in seiner Anwendung zum staatlichen Recht verhält – dies ist aber ein Anwendbarkeits- und Anwendungsproblem.

Ausgehend von der Unterscheidung der Geltungs-, der Anwendbarkeits- und der Anwendungsebene kann in Fällen der Rechtsanwendung im internationalen Kontext unter Zugrundelegung verschiedener Rechtsordnungen

mangels hinreichender Zentralisation nicht als Staat angesprochen werden.“ Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* S. 119.

1020 Jovanović, 'Global/Transnational Law' Challenges to Theorizing About Law S. 3, Fn. 9, 10, 11 und 12 mWn.

1021 Avbelj, *Transnational law between modernity and post-modernity* S. 9.

1022 Dies allerdings behauptend bspw. Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 54.

1023 Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, S. 159.

1024 Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* S. 118.

1025 Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* S. 127.

1026 Anders Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, S. 159.

1027 Jovanović, 'Global/Transnational Law' Challenges to Theorizing About Law S. 3.

jede Rechtsordnung ausreichend berücksichtigt, ohne die unumstößlichen materiellen Grundprinzipien einer Rechtsordnung verwerfen zu müssen und ohne eine Rechtsordnung in allen Teilen zur ersten Ordnung zu erheben und so den Pluralismus zu reduzieren. Werden allerdings Anwendungsfragen auf Anwendbarkeitsfragen reduziert, geht dies mit einer Reduktion des Pluralismus auf den Monismus einher. Darin liegt ein weiteres gewichtiges Argument für die Unterscheidung von Anwendbarkeits- und Anwendungsfragen.

Während es im nationalstaatlichen Recht aufgrund der Geschlossenheit des Rechtssystems zumeist gleichsam möglich ist, eine Ausnahme intern (*Anwendbarkeitsebene*) oder extern (*Anwendungsebene*) zu begreifen, da beide demselben System entstammen, hat eine Vermischung der Ebenen im Kontext internationalen Rechts weitreichende Konsequenzen: Wird das Problem konkurrierender Normen auf der Anwendbarkeitsebene gelöst oder gar auf der Geltungsebene, handelt sich der Rechtsanwender schnell und nicht zu Unrecht den Vorwurf ein, er würde die konkurrierende Rechtsordnung nicht ernst nehmen.

Bei der juristischen Argumentation unter Bezugnahme auf Rechtsnormen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen stellt sich das Problem, dass jede Norm rechtsordnungsintern ein ausschließender Grund, rechtsordnungsübergreifend aber nur ein einfacher Grund ist. Allerdings ist es – nimmt man den Rechtspluralismus als normative Grundhaltung ernst – keine gangbare Lösung, eine Rechtsordnung als die herrschende zu begreifen, um ihre Normen als ausschließende Gründe betrachten zu können und alle Rechtsnormen anderer Rechtsordnungen wie einfache Gründe zu behandeln. Ebenso wenig können alle Rechtsnormen nur noch als Gründe erster Ordnung betrachtet werden, ohne einen für die Argumentation entscheidenden Charakter von Rechtsnormen zu missachten. Anzudenken ist deshalb, ob – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen – auch bei Rechtsordnungskollisionen, die in Regel-Ausnahme-Strukturen aufgelöst werden müssen, Rechtsordnungen als ausschließende, aber anfechtbare Gründe betrachtet werden können. Wird Rechtspluralismus – aus der Perspektive des Praktikers – als Begründungsproblem begriffen, kann dem Juristen Rechtspluralismus auf drei verschiedenen Problemebenen begeg-

nen: als *Geltungspluralismus*, als *Anwendbarkeitspluralismus* und als *Anwendungpluralismus*.¹⁰²⁸

1. Geltungspluralismus

Geltungspluralismus liegt vor, wenn verschiedene staatliche Rechtsordnungen nebeneinander für die Regelung eines Falls Geltung beanspruchen. Auch in den Problemkreis des Geltungspluralismus dürften Fälle gehören, in denen das Recht mit der Moral kollidiert: Dabei ist die rechtsähnliche Geltung der Moral notwendige Bedingung für ihre Anwendbarkeit und Anwendung. Die Lösung der rechtspluralismusbedingten Spannungen kann bereits auf der Geltungsebene im Argument erfolgen. Die Zurückweisung der Geltung wird dabei zwar auf einen Einzelfall gestützt, die Geltung der Relation wird aber für eine Vielzahl von Fällen zurückgewiesen: Die Begründung, warum die Relation für den Einzelfall nicht besteht, erfolgt darüber, dass die Regel generell abgelehnt wird. So könnten zahlreiche Normkollisionen von vornherein durch geltungseinschränkende Prämissen vermieden werden, wie beispielsweise, dass Normen nur innerhalb des Nationalstaates, der sie erlassen hat, gelten.¹⁰²⁹ Allerdings klärt dies bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht zweifelsfrei, welches Recht herangezogen wird. Und spätestens angesichts transnationalen Rechts greift diese Lösung nicht mehr, da dieses nicht an die territorialen Logiken gebunden ist.¹⁰³⁰ Seitens der Rechtsprechung sind Lösungen über die Geltungseinschränkung von Regeln zudem häufig nicht durchführbar: Der Rechtsanwender kann die Geltung einer Norm über die konkrete Normenkontrolle anzweifeln, über die Geltung der Norm aber nicht disponieren. Lediglich das Bundesverfassungsgericht kann nach Art. 100 GG verfassungswidrige Normen als nichtgeltend verwerfen. In der Rechtspraxis sind Lösungen über die Geltungsebene mithin naturgemäß selten. Denkbar sind sie aber im Privatrecht: Aufgrund der Privatautonomie ist grundsätzlich jede Vereinbarung unter Privaten zulässig, diese werden aber nur unter

1028 Jovanović, '*Global/Transnational Law*' Challenges to Theorizing About Law S. 4. Unterscheidet nur zwischen einer Setzungs- (d. h. Geltungs-) und einer Anwendungsebene.

1029 Dies ablehnend bereits Huber, De conflictu legum, so Junker, *Internationales Privatrecht* § 4 Rn. 14.

1030 Jovanović, '*Global/Transnational Law*' Challenges to Theorizing About Law.

bestimmten Voraussetzungen (z. B. Form) rechtlich wirksam, sodass daraus Rechtsfolgen erwachsen. Zwar können sich zwei Parteien mündlich über die Übereignung eines Grundstücks einigen, anerkannt wird diese normative Verpflichtung beider Parteien durch das Recht aber nicht, da nicht die gesetzlichen Vorgaben der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch eingehalten wurden. Die Rechtsordnung als erste Ordnung entscheidet demnach darüber, inwiefern anderen normativen Verpflichtungen rechtliche Verbindlichkeit zukommt oder nicht. Dies entspräche der Konzeption eines *weak legal pluralism*: Demnach stünde die Geltung jedes Rechts unter dem Vorbehalt staatlicher Anerkennung.¹⁰³¹ Der Rechtsanwender müsste bei der Argumentation nur die Rechtsordnungen beachten, die der Staat anerkannt hat.

Das Problem dieses Anerkennungsvorbehalts ist, dass immer eine Ordnung als die erste, eigene Ordnung die alleinige Entscheidung über die Geltung der anderen Ordnungen trifft. Kollidieren gleichgeordnete Rechtsordnungen, ist diese Lösung ungeeignet: Zwar könnte bei Kollision des deutschen mit dem englischen Rechts das deutsche Gericht das deutsche Recht als vorrangig betrachten, dem würde aber die ungeschriebene Kollisionsregel zugrunde liegen, ein jedes Gericht wende seine *lex fori* vorrangig an.¹⁰³² Der normative Anspruch des „Rechtspluralismus“ bedeutet mit Blick auf die Geltungsebene, dass mehrere Rechtsordnungen Geltung nebeneinander beanspruchen können sollen und auch transnationales Recht nicht auf staatliches Recht reduziert werden darf.¹⁰³³ Der argumentationstheoretische Geltungspluralismus soll insofern dem Konzept des *strong legal pluralism*¹⁰³⁴ entsprechen, da er das Problem pluraler Rechtsordnungen nicht perspektivisch aus einer Ordnung begreift und so allen Rechtsordnungen in der Argumentation grundsätzlich dasselbe Gewicht zukommen kann. Der Rechtsanwender muss dann bei der Argumentation auch geltende Rechtsordnungen beachten, die der Staat (noch) nicht anerkannt hat.

1031 Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, S. 1 ff.

1032 Zum „fakultativen Kollisionsrecht“ überblicksartig Junker, *Internationales Privatrecht* § 3 Rn. 19.

1033 Jovanović, *'Global/Transnational Law' Challenges to Theorizing About Law* S. 11 f.; einen Rechtskonzeptspluralismus hingegen Tamanaha, *Law*, S. 3 ff.

1034 Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, S. 1 ff.

2. Anwendbarkeitspluralismus

Rechtspluralismus fordert den Juristen nicht nur auf der Geltungsebene heraus. Ist einmal die Geltung der Rechtsordnungen neben dem Staat begründet und wird ein *strong legal pluralism* vertreten, der die Geltung des Rechts nicht von staatlicher Anerkennung abhängig macht und eine Ordnung als „erste Ordnung“ als ausschlaggebend begreift,¹⁰³⁵ stellt sich die – in der Praxis weitaus schwierigere – Frage der Anwendbarkeit der kollidierenden Rechtsordnungen. Mit Anwendbarkeitspluralismus¹⁰³⁶ wird das Phänomen bezeichnet, dass mehrere Normen nebeneinander tatbestandlich anwendbar sind. Dabei kann der Anwendbarkeitspluralismus aus dem Geltungspluralismus resultieren: Wenn ein Fall mit einem internationalen Sachverhalt beispielsweise durch das deutsche und polnische Recht gelöst werden kann, sind sachlich prinzipiell die deutschen und die polnischen Regeln anwendbar. Im Zivilrecht ist in diesem Fall nach Art. 3 EGBGB unter Zuziehung der Vorschriften des internationalen Privatrechts zu bestimmen, welches Sachrecht zur Beurteilung des Falls zur Anwendung kommt.¹⁰³⁷ Art. 4 Abs. 1 lit. b) der *Verordnung 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I-VO“)* sieht für Dienstleistungsverträge beispielsweise vor, dass diese dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

3. Anwendungspluralismus

Schließlich meint Anwendungspluralismus das Phänomen, dass mehrere Normen oder verschiedene Interpretationen derselben Norm den Anspruch erheben, angewendet zu werden (*begründeter Anwendungsimperativ*).¹⁰³⁸ Dabei können verschiedene Interpretationen derselben Norm,

1035 Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, S. 1ff.

1036 Sog. „Kollisionslücke“ nach Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre* Rn. 845; vgl. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, S. 236 ff.

1037 Rauscher, *Internationales Privatrecht. Mit internationalem Verfahrensrecht*, Rn. 1; IPR als „Rechtsanwendungsrecht“ Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 1; Kegel / Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, S. 4.

1038 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 3: „Rules may be said to conflict if they are all applicable to one and the same case, while the legal consequences that would result from their application are incompatible.“

verschiedene Normen derselben Ordnung oder Normen verschiedener Rechtsordnung nebeneinanderstehen. Stehen die grammatische Auslegung und die (einschränkende) systematische Auslegung des § 323 Abs.1 BGB einander gegenüber,¹⁰³⁹ tritt die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 3 BGB dem Willen des Gesetzgebers bei der Normsetzung entgegen¹⁰⁴⁰ oder wird ein Regelungsergebnis des internationalen Privatrechts über den *ordre public* entgegen dem Wortlaut der Vorschriften korrigiert,¹⁰⁴¹ liegt Anwendungpluralismus vor.

Die Anwendungsebene ist notwendig, um Rechtspluralismus angemessen begegnen zu können. Denn bei Pluralismus spielt etwas außerhalb des Rechts eine Rolle, und um das in das Recht zu integrieren, braucht es die Anwendungsebene. Bedeutsam ist die Behandlung von Anwendungpluralismus als Anwendungsfragen, da bei einer mangelhaften Trennung der Ebenen die Gefahr entsteht, dass politische Entscheidungen unter dem Deckmantel des Juristischen entschieden werden – beispielsweise Fragen der Anwendung oder Geltung durch die Konstruktion von Kollisionsregeln auf der Ebene der Anwendbarkeit.¹⁰⁴² Beispielsweise hatte im Dezember 2017 der EuGH zu beurteilen, ob private Ehescheidungen vor syrischen Scharia-Gerichten nach der *Verordnung 1259/2010 des Rates zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts vom 20. Dezember 2010* („Rom III-VO“) in Deutschland anzuerkennen sind. Entschieden wurde dies auf der Anwendbarkeitsebene, indem der EuGH den Anwendungsbereich der Rom III-Verordnung als nicht eröffnet betrachtete.¹⁰⁴³ Zur Begründung des EuGH ist anzumerken, dass die Kollision nur *prima facie* auf der Anwendbarkeitsebene gelöst wird – die Feststellung, die Rom III-Verordnung sei nicht anwendbar, beruht auf der (angreifbaren!) Entscheidung des Gerichts für eine systematische Auslegung der Rom III-Verordnung. Ebenso wäre es möglich gewesen, die Anwendbarkeit unter Bezugnahme auf den Wortlaut zu befähnen – das Gericht weist die-

¹⁰³⁹ Temming, *Zur Reform des § 323 BGB durch die Verbraucherrechterichtlinie*, S. 1ff.

¹⁰⁴⁰ BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 32.

¹⁰⁴¹ Martiny, *Art. 21 Rom I-VO*, Rn. 2.

¹⁰⁴² Es droht ein Rückfall in die Feudalgesellschaft („Re-Feudalisierung“), wenn Pluralismus nicht ernst genommen oder unterdrückt wird – vgl. dazu auch Kadelbach / Günther, *Recht ohne Staat?*, S. 40, insb. Fn. 123.

¹⁰⁴³ EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017 – C 372/16, Rn. 49.

ses Argument nicht zurück.¹⁰⁴⁴ Der Fehler, der dem Gericht unterläuft, ist der, dass geltend gemacht wird, es werde nur herausgearbeitet, was die Rom III-Verordnung regle, statt sich dazu zu bekennen, dass entschieden wird, wie die Rom III-Verordnung ausgelegt werden soll. Würde das Gericht letzteres deutlich machen, würde klar erkenntlich werden, dass das Abstellen nur auf die Systematik mit anderen EU-Verordnungen nur ein Argument, nicht aber ein Erkenntnismoment ist. Der Generalanwalt führte argumentativ weitaus überzeugender in seinem Schlussantrag aus, das syrische Recht sei diskriminierend, da es der Ehefrau nicht dieselben Zugangsvoraussetzungen zur Ehescheidung gewähre wie dem Ehemann, und deshalb nicht anwendbar.¹⁰⁴⁵ Deutlich wird hier, dass die (politische) Entscheidung, die Scharia aufgrund ihres diskriminierenden Inhalts nicht anwenden zu wollen, durch eine rein juristische, aber schlecht begründete Entscheidung verdeckt wird.

Es drängt sich also die Frage auf, ob Kollisionsregeln ein Anwendbarkeits- oder ein Anwendungsphänomen sind. Sind sie der Anwendbarkeitebene zuzurechnen, sind Kollisionsregeln als Argumente gegen die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes zu verstehen, sind also ähnlich zu prüfen wie negative Tatbestandsmerkmale. So wird beispielsweise gefordert, dass jeder Prüfung einer Sachnorm die Prüfung der Normen des internationalen Privatrechts vorausgehen muss. Sind Kollisionsregeln hingegen der Anwendungsebene zuzurechnen, sind auf der Anwendbarkeitsebene zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen aller anwendbaren Normen zu prüfen, während erst auf der Anwendungsebene die anzuwendende Norm

1044 Zudem waren es nach dem Gericht „zur Zeit des Erlasses dieser Verordnung nur öffentliche Organe, die in den Rechtsordnungen der an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaaten in diesem Bereich Entscheidungen mit rechtlicher Bedeutung erlassen konnten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass dieser Verordnung nur die Situationen vor Auge hatte, in denen die Ehescheidung entweder von einem staatlichen Gericht oder von einer öffentlichen Behörde bzw. unter deren Kontrolle ausgesprochen wird, und es daher nicht seine Absicht war, dass diese Verordnung auf andere Arten von Entscheidungen wie diejenige angewandt wird, die – wie im vorliegenden Fall – auf einer vor einem geistlich Gericht abgegebenen „einseitigen Willenserklärung“ beruhen.“ Dies ist reine Spekulation – allein daraus, dass der Gesetzgeber einen Fall nicht bedacht haben konnte, lässt sich nicht herleiten, dass er diesen Fall auch nicht mitregeln wollte.

1045 Schlussantrag vom 20. Dezember 2017, Sahyouni, C-372/16, EU:C:2017:686, Nr. 67, 89; nur die Anwendbarkeit ablehnend, ohne auf die Frage des diskriminierenden Charakters der Scharia einzugehen siehe Urteil vom 20. Dezember 2017 – C 372/16, Rn. 49.

ausgewählt wird. So beispielsweise bei strafrechtlichen Konkurrenzen: Diese machen die vorhergehende Prüfung auch der zurücktretenden Delikte nicht entbehrlich. Kollisionsregeln können argumentativ somit nicht eindeutig der Anwendbarkeits- oder Anwendungsebene zugerechnet werden. Sind die Kollisionsregeln gesetzlich geregelt, handelt es sich bei der Argumentation mit einer Kollisionsnorm um juristische Argumentation, die auf allen Ebenen zulässig ist. Sind die Kollisionsregeln allerdings nicht gesetzlich (eindeutig) geregelt, ist die Argumentation mit der Kollisionsregel keine (rein) juristische Argumentation, die nur auf der Anwendungsebene erfolgen darf. Problematisch ist bei ungeschriebenen Kollisionsregeln wie den Durchbrechungen der Normenhierarchie von Bundes- und Landesrecht oder der Sitztheorie zur Bestimmung des auf Gesellschaften anwendbaren Rechts im internationalen Privatrecht¹⁰⁴⁶, dass diese als Teil der Dogmatik hinreichend institutionalisiert sind, um auf der Anwendbarkeitsebene anwendbar zu sein. Dementgegen kann von keiner „Regel“ gesprochen werden, bis ein gewisser Grad der Institutionalisierung, d. h. Selbständigkeit vom Einzelfall erreicht wurde. Kollisionsregeln, die erst auf der Anwendungsebene anzuwenden sind, sind dementsprechend selten. Als Faustregel kann hier gelten, dass die Kollisionsregeln auf der Anwendungsebene anzuwenden sind, die zu ihrer Anwendung eine gesonderte Argumentation und keine reine Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen erfordern.

Das zentrale Problem beim argumentativen Umgang mit Pluralismus liegt somit auf der Anwendungsebene. Die Frage, die auf der Anwendungsebene gestellt wird, ist einfach: Welche der Normen, die anwendbar sind, soll angewandt – also welche Rechtsfolge soll verhängt werden? Gestellt wird diese Frage, sobald unterschiedliche Normen anwendbar sind, und ihre Beantwortung ist umso schwerer, je verschiedener die normativen Ordnungen, auf denen der Anwendungsimperativ beruht, sind. Zudem ist der Rechtsanwender zunächst völlig frei bei der Entscheidungsfindung: von gesetzlich gewollten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit bis zu krassem Abweichen von der Norm zugunsten der Sachgerechtigkeit, gar die Nichtanwendung der Norm wegen „brauchbarer Illegalität“¹⁰⁴⁷ ist alles möglich. Deshalb bleibt herauszuarbeiten, welche Anforderungen an die Argumentation auf der Anwendungsebene zu stellen sind.

1046 Kritisch zur Sitztheorie Ruiner / Richter / Kußmaul, *Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient*, DB 2008, S. 451 ff.

1047 Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation: mit einem Epilog*, S. 305 ff.

E. Materiellrechtliche Auswirkungen

Die Anwendung der vorstehenden Strukturüberlegungen auf rechtliche Argumentationssituationen bzw. Anwendungssituationen eröffnet den Raum, juristische Meinungsdivergenzen anders aufzuschlüsseln, als es ausgehend von der klassischen Vorstellung von Rechtsanwendung möglich wäre. Dass zu einer Rechtsfrage unterschiedliche Ansichten vertreten werden, muss nicht auf tatsächlich unterschiedlichen Rechtsauffassungen basieren, sondern kann auch daran liegen, dass dasselbe Problem von den einen über die Anwendbarkeitsebene, von den anderen über die Anwendungsebene gelöst wird. Die Frage, ob eine Lösung auf der Anwendbarkeits- oder der Anwendungsebene vorzugswürdig ist, ist keine rein dogmatische, sondern auch eine rechtstheoretische Frage, die an der Rechtsgrundauffassung hängt. Hinzu kommt, dass durch eine unsaubere Trennung häufig Argumente für bzw. gegen die Anwendbarkeit bzw. Anwendung vorgebracht werden, die an der Stelle keinen Mehrwert bringen und für die Gegenansicht deshalb auch nicht zugänglich sind. Aufgezeigt werden soll der Erkenntnisgewinn in der Klarheit der Argumentation durch eine Unterscheidung von Anwendbarkeits- und Anwendungsebene an zwei Beispielen aus dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht.

I. Rechtsfolgenlösung oder Typenkorrektur?

Das wohl bekannteste Beispiel für einen Streit zwischen der Lösung auf der Anwendungsebene und der Anwendbarkeitsebene dürfte die Beantwortung der Frage sein, wie eine verhältnismäßige Anwendung des § 211 Abs. 2 Alt. 5 StGB – des heimtückischen Mordes – sichergestellt werden soll.

Der BGH hat erst jüngst – im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe –¹⁰⁴⁸ seine als „Rechtsfolgenlösung“ bekannte Auffassung bestätigt, dass bei einer heimtückischen Tötung trotz Schulterspruch wegen Mordes nicht auf lebenslange Freiheitsstrafe anzuerkennen sei, sondern die Strafe § 49 Abs. 1 StGB

¹⁰⁴⁸ BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20 mit Verweis auf BVerfG, Urteil vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76.

analog zu mildern, wenn „außergewöhnliche mildernde Umstände“ vorliegen.¹⁰⁴⁹ Denn eine „verfassungskonforme Rechtsanwendung gebiete die Ersatzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen für Strafzumessungswägungen offenen Strafrahmen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehnungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentreffe, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer mildereren Strafdrohung führten, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erschiene.“¹⁰⁵⁰

In der Literatur hat die Rechtsfolgenlösung mehrfach und umfassend Kritik erfahren. In Abrede gestellt wird dabei nicht das verfassungsrechtliche Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Bestrafung. Vorgeworfen wird dem BGH einerseits, das „Wertungsgefüge der Tötungsdelikte“ zu verzerren –¹⁰⁵¹ denn eine Milderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB sehe eine Mindeststrafandrohung von lediglich drei Jahren vor, was noch unterhalb der des Totschlags (5 Jahre) liege, und wodurch das Vorliegen des Mordmerkmals überkompenziert werde, ohne dass auf die Privilegierung des § 213 StGB zurückgegriffen wird.¹⁰⁵² Problematisiert wird darüber hinaus aber andererseits insbesondere, dass die „Gesetzestreue auf der Tatbestandsseite mit einer Missachtung des Gesetzes auf der Rechtsfolgenseite erkauft“ werde.¹⁰⁵³ Denn die Lösung des BGH über die analoge Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB stellt eine Rechtsfortbildung dar, die die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet.¹⁰⁵⁴ Durch die Eliminierung der Todesstrafe aus dem StGB sei zwar eine zuvor vorgesehene Milderungsmöglichkeit beim Mord entfallen,¹⁰⁵⁵ dennoch fehle es aber an einer planwidrigen Regelungslücke, „weil bereits die Tatbestandsebene die Möglichkeit zur Berücksichtigung außergewöhnlicher schuldmindernder Umstände biete“¹⁰⁵⁶. Dementsprechend korrigiert ein wesentli-

1049 Jüngst BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20 mit Verweis auf BGH, Beschluss vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

1050 BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20, Rn. 14.

1051 Eser / Sternberg-Lieben, § 211 StGB, Rn. 10b.

1052 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 162; Schneider, § 211 StGB, Rn. 42 mwN.

1053 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 162.

1054 Schneider, § 211 StGB, Rn. 40 mwN; Eser / Sternberg-Lieben, § 211 StGB, Rn. 10b mwN.

1055 Schneider, § 211 StGB, Rn. 40.

1056 Schneider, § 211 StGB, Rn. 41; so bspw. Günther, *Lebenslang für "heimtückischen Mord"? Das Mordmerkmal "Heimtücke" nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen*, S. 353 (357).

cher Teil des Schrifttums unbillige Ergebnisse aufgrund des Vorliegens eines Mordmerkmals auf der Tatbestandsseite mittels einer Typenkorrektur.¹⁰⁵⁷ Bejaht wird die Feststellung des Vorliegens eines Mordmerkmals nur, wenn die Tat sich als besonders verwerflich charakterisiert (positive Typenkorrektur), bzw. verneint wird das Vorliegen eines Mordmerkmals, wenn die Tat aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise nicht besonders verwerflich erscheint (negative Typenkorrektur).¹⁰⁵⁸

Der Lösungsweg, den die Rechtsprechung einschlägt, ist eine Korrektur auf der Anwendungsebene: § 211 StGB wird weder in seiner Geltung noch in seinem tatbestandlichen Anwendungsbereich verändert, eingegriffen wird lediglich in den Zusammenhang zwischen Vorliegen des Tatbestandes und Eintritt der Rechtsfolge, weil trotz Vorliegens des Tatbestandes die Rechtsfolge – die lebenslange Freiheitsstrafe – nicht verhängt wird. Die Literatur löst das Problem hingegen größtenteils über die Anwendbarkeitsebene: Durch die Typenkorrektur wird ein weiteres positives bzw. negatives Tatbestandsmerkmal eingeführt, das verhindert, dass bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf eine lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden müsste.

Demzufolge ist es aus der Sicht der Literatur folgerichtig, gegen die Ansicht des BGH damit zu argumentieren, dass es keine planwidrige Regelungslücke gebe, da dieses Argument die Argumentation des BGH zur analogen Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB untergräbt. Anders, wenn die Rechtsfolgenlösung allein mit der Argumentation zurückgewiesen wird, die Rechtsfolgenlösung führe aufgrund des Anknüpfungsmoments an nicht näher bestimmte „außergewöhnliche Umstände“ zur Rechtsunsicherheit: Denn dadurch wird nicht die Begründung des BGH zur analogen Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB, sondern nur das Ergebnis angegriffen. Dies hieße aber, die Rechtsfolgenlösung in der Sache zu akzeptieren und lediglich ihre Anwendung zurückzuweisen. Die Kritik unter Bezugnahme auf die Rechtsunsicherheit ist damit zwar sachlich ein Argument gegen die Rechtsfolgenlösung, leistet aber nichts zur Begründung der Typenkorrektur, zumal sich bei einer Lösung über die Typenkorrektur die Rechtsunsicherheit auf die Tatbestandsebene verlagert.

Hinter den Streitigkeiten um die Rechtsfolgenlösung steht kein dogmatisch komplexes strafrechtliches Problem, sondern zunächst allein die Frage, ob dem Rechtsanwender ein Abweichen von dem gesetzlich eindeutigen Befehl zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gestattet werden

1057 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 160.

1058 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 160 mwN.

soll. Erst wenn diese beantwortet ist, schließen sich weitere Fragen an – ob beispielsweise § 49 Abs. 1 StGB das Vorliegen eines Mordmerkmals überkompensiert oder ob ein Anknüpfen an „außergewöhnliche Umstände“ zu unbestimmt ist. Das sind aber Diskussionen, die die Befürworter oder Kritiker der Rechtsfolgenlösung getrennt voneinander und unter sich ausmachen müssten.

II. Streit über die Zulässigkeit von Anwendungsfragen: Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen

In den letzten Jahren wurde in der verwaltungsrechtlichen Literatur vermehrt die Frage der verhältnismäßigen Anwendung von Normen, die eine gebundene Entscheidung vorsehen, diskutiert. Eine gebundene Entscheidung ist eine Verwaltungsentscheiden, bei der die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten zwingend verpflichtet ist und keinen Entscheidungsspielraum hat, also kein Ermessen ausüben kann.

Auch diese Diskussion über die Zulässigkeit einer gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Überprüfung der gebundenen Entscheidung beruht auf der Uneinigkeit darüber, ob eine Korrektur des Rechtsanwendungsergebnisses auf der Anwendungsebene erfolgen darf. Ausgangspunkt des Problems ist, dass gebundene Entscheidungen grundsätzlich keinen Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen, da diese nur vorgesehen ist, wenn ein behördlicher Ermessensspielraum vorliegt.¹⁰⁵⁹ Allerdings kann die Anwendung von Ermächtigungsgrundlagen, die keinen Raum für ein Ermessen lassen, zu unbilligen Ergebnissen führen, sodass das Bedürfnis nach einer Korrekturmöglichkeit entsteht. Dafür soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angestellt werden, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Relativierungsklausel“ dient dem Zweck, Fehler des Gesetzgebers auszubügeln und in allen Fällen eine grundrechtskonforme Rechtsanwendung sicherzustellen.¹⁰⁶⁰

Die Literatur hat hierfür verschiedene, allesamt auf der Anwendbarkeitebene angesiedelte Lösungsmöglichkeiten entwickelt: Ist keine Verhältnismäßigkeitsprüfung gesetzlich vorgesehen (wie bspw. in § 7 Abs. 2 PassG, in dem das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Tatbestandsvoraussetzung zu

1059 Überblick Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (97 f.).

1060 Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 186 ff.

verstehen ist), propagiert ein Teil der Literatur zur Verhinderung unverhältnismäßiger Ergebnisse eine verfassungskonforme Auslegung.¹⁰⁶¹ Da hier jedoch die bei gebundenen Entscheidungen häufig eindeutige Wortlautgrenze einer Interpretation im Sinne des Rechtsanwenders entgegen steht,¹⁰⁶² ziehen sich andere Teile der Literatur darauf zurück, die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Teil der teleologischen Auslegung zu begreifen und die Norm mit Blick auf den Zweck, ein verhältnismäßiges Ergebnis begründen zu können, dementsprechend auszulegen.¹⁰⁶³ Noch unbestimmter verhalten sich weitere Teile der Literatur, die eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dann für zulässig halten, wenn der Gesetzgeber die Prüfungskompetenz „mitgemeint“ hat,¹⁰⁶⁴ die Norm den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also „inkorporiert“.¹⁰⁶⁵ Gegen diese Lösung spricht aber, dass der Gesetzgeber, will er für einzelne Fälle eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglichen, auf eine Soll-Regelung zurückgreifen kann.¹⁰⁶⁶

Die Rechtsprechung löst das Problem in der Praxis auf der Anwendungsebene und verlangt auch bei gebundenen Ermächtigungsgrundlagen eine an die Tatbestandsmäßigkeit anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall, um Verletzungen der betroffenen Grundrechte zu vermeiden.¹⁰⁶⁷ So hat beispielsweise das BVerwG im Jahr 2009 zur Pflicht zur Tragung der Kosten einer Geiselbefreiung abweichend von § 5 Abs. 5 S. 1 KonsG, der eindeutig eine vollständige Kostentragungspflicht begründet, entschieden, dass eine Kostenaufferlegung nur insoweit erfolgen

1061 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (98) mwN; Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (545) mwN.

1062 Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, S. 131; Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (98).

1063 Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, S. 138; das klingt an bei BVerwG, Urteil vom 21. März 2012 – 6 C 19/11, Rn. 33.

1064 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101 ff.).

1065 Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 101; Schnapp, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, S. 854, stellt darauf ab, ob „eine Norm gestaltungs offen ist“.

1066 Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (544, 547 f.).

1067 Überblick bei Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96–104.

E. Materiellrechtliche Auswirkungen

kann, als dies verhältnismäßig ist.¹⁰⁶⁸ Explizit, dass auch bei gebundenen Entscheidungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat, äußerte sich das OVG Münster in einem Beschluss aus dem Jahr 2008:

„Auch bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen ist aber zu prüfen, ob die vorgesehene Rechtsfolge den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls gerecht wird. Dies gilt insbesondere bei Regelungen, die aufgrund ihrer typisierenden Betrachtung zwangsläufig nicht jeden im Einzelfall erheblichen Aspekt mit dem ihm gebührenden Gewicht erfassen können. In diesen Fällen würde die schematische Anwendung der Regelungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößen.“¹⁰⁶⁹

Dieses Vorgehen der Rechtsprechung bleibt seitens der Literatur nicht ohne Kritik, die der Rechtsprechung vorwirft, ihre Kompetenzen zu überschreiten, da sie sich durch eine klar dem Gesetzeswortlaut widersprechende Rechtsanwendung selbst zum Gesetzgeber aufschwingen.¹⁰⁷⁰ Hinzu kommt, dass die Korrektur über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von den Gerichten lediglich darüber begründet wird, dass ein Rechtsanwendungsergebnis verhältnismäßig sein müsse – eine klassische *petitio principii*.¹⁰⁷¹

Schwere Bedenken mit Blick auf das Verhältnis von Gesetzgeber, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit zueinander müssen angesichts des Vorgehens der Gerichte aber nicht auftreten –¹⁰⁷² zumindest nicht, soweit seitens der Literatur eine entsprechende Norminterpretation befürwortet wird, welche auf der Anwendbarkeitsebene das versucht, was die Gerichte auf der Anwendungsebene umsetzen. Ob eine Korrektur, wie sie durch die Gerichte erfolgt, zulässig ist, ist zudem keine verwaltungsrechtsdogmatische Frage, sondern geht auf die grundsätzliche Frage der Reichweite der richterlichen Rechtsetzungskompetenz zurück.

1068 BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2009 – 7 C 13/08.

1069 OVG Münster, Beschluss vom 18. Juni 2008 – 19 B 870/08.

1070 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101); Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (548).

1071 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101); Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (544).

1072 So aber Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (548).

F. Fazit

Die herrschende, von der klassischen Methodenlehre geprägte Vorstellung juristischen Argumentierens bietet dem Rechtsanwender keine ausreichende Anleitung, wie er Regel-Ausnahme-Strukturen argumentativ begegnen soll. Versuche, Anwendungsfragen als Anwendbarkeitsfragen zu behandeln, führen nicht nur zur Verwirrung und verkomplizieren Rechtsstreitigkeiten, sondern auch zu gravierenden Mängeln in der juristischen Argumentation. Mit dieser Arbeit wurde deshalb der Versuch unternommen, die Syllogismusbasierte Vorstellung juristischen Argumentierens zu hinterfragen und ein alternatives Konzept der Grundlagen der juristischen Argumentation vorzustellen, das den Juristen zu mehr Klarheit und saubererem Arbeiten bei der Rechtsanwendung, insbesondere im Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen, befähigen soll. Gleichzeitig soll diese Arbeit als Appell an den Rechtsanwender dienen, sich dazu bekennen, wenn er eigene Wertungen vornimmt, und dazu argumentativ Stellung beziehen, um diese der Überprüfbarkeit zugänglich zu machen. Angesichts der rechtsstaatlichen Dimension der zulässigen Ausübung eines Entscheidungsspielraums bei Anwendungsfragen ist eine entsprechende Begründung des Anwendungsergebnisses dringend geboten und erfährt in Kontexten pluralen Rechts zudem eine erhebliche integrative Rolle. Schließlich soll dies den Rechtsanwender auch zukünftig ermutigen, „Rechtsanwendungsergebnisse“ durch diverse Legal-Tech-Tools oder KI stets zu hinterfragen, da eine scheinbar logisch zwingende Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand juristisches Begründen nicht entbehrlich machen kann.

Die Grundlagen einer juristischen Argumentationstheorie, die nicht auf der Vorstellung syllogistischer Rechtsanwendung aufbaut, konnten in dieser Arbeit jedoch nur skizziert werden. Insbesondere, wie sich die nicht-syllogistische Auffassung juristischer Argumentation zu den Auslegungsmethoden verhält und welche konkreten Anforderungen an die Argumentation zur Begründung auf der Anwendungsebene gestellt werden müssen, konnte allenfalls angerissen werden und bedarf weiterer Überlegungen. Ebenso bleibt es weiteren Untersuchungen vorbehalten, wie weitreichend die Folgen der geänderten Vorstellung juristischen Argumentierens für den Umgang mit konkreten materiellrechtlichen Problemen sind. Denkbar ist, dass zahlreiche weitere dogmatische Streitigkeiten bei einer sauberen Untersuchung der darin vorgebrachten Argumente an Heftigkeit und Kom-

F. Fazit

plexität verlieren würden, da die Streitfragen auf Rechtsanwendungsfragen zurückgeführt werden können.

Literaturverzeichnis

- Abaelard, *Dialectica*, Van Gorcum: Assen 1956.
- Adomeit, Klaus, *Juristische Methode und Sicherheit des Ergebnisses*, JZ 1980 (35), S. 343-347.
- Adomeit, Klaus, *Gustav Radbruch - zum 50. Todestag*, NJW 1999, 3465-3469.
- Adrian, Axel, *Der Richterautomat ist möglich - Semantik ist nur eine Illusion*, Rechts-theorie 2017 (48), S. 77-121.
- Alchourrón, Carlos E., *Detachmend and Defeasibility in Deontic Logic*, Studia Logica 1996 (57), S. 5-18.
- Alchourrón, Carlos E., *On Law and Logic*, Ratio Juris 1996 (9), S. 331-348.
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 2. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt am Main 1994.
- Alexy, Robert, *Die logische Analyse juristischer Entscheidung*, in: Robert Alexy (Hrsg.): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1995, S. 13-51.
- Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1995.
- Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2001.
- Alexy, Robert, *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, Verantwortetes Recht 2005, S. 47-66.
- Alexy, Robert, *Two or Three?*, in: Martin Borowski (Hrsg.): *The Nature of Principles*, Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2010, S. 9-18.
- Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber: Freiburg 2016.
- Amado, Juan Antonio Garcia, *Abwägung versus normative Auslegung*, Rechtstheorie 2009 (40), S. 1-41.
- Aquin, Thomas von, *Quaestiones disputatae de veritate*, Library of Latin Texts: Turn-hout 2010.
- Araujo Kurth, Michel de, *Selected Thematic Bibliography of Work on Defeasibility in Philosophy and Related Disciplines*, in: Claudia Blöser (Hrsg.): *Defeasibility in Philosophy: Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law*, Editions Rodopi: Ams-terdam 2013, S. 217-257.
- Araujo Kurth, Michel de, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, Nomos: Baden-Baden 2022.
- Aristoteles, *Categories, On Interpretation, Prior Analytics*, Harvard University Press: Cambridge 1938.
- Aristoteles, *Posterior analytics, Topica*, Harvard University Press: Cambridge 1960.
- Aristoteles, *Aristoteles. Rhetorik. Übersetzung, Einleitung und Kommentar*, Akademie Verlag: Berlin 2002.

- Arnold, Stefan, *Schuldrecht BT: Abgasskandal und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*, JuS 2020, S. 684-697.
- Asher, Nicolas / Pelletier, F. J., *Generics and Defaults*, in: J. van Bentham / A. Meulen (Hrsg.): *Handbook of Logic and Language*, Elsevier: Amsterdam 1997, S. 1125-1178.
- Ashley, Kevin, *Arguing by Analogy in Law: A Case-Based Model*, in: David Helman (Hrsg.): *Analogical Reasoning. Perspectives of Artificial Intelligence, Cognitive Science, and Philosophy*, Springer: Dordrecht 1988, S. 205-224.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weidenfeld and Nicolson: London 1954.
- Avbelj, Matej, *Transnational law between modernity and post-modernity*, Transnational Legal Theory 2016 (7), S. 406-428.
- Bäcker, Carsten, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, Rechtstheorie 2009 (40), S. 404-424.
- Bäcker, Regeln, *Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 8 (2022), S. 81-95 (95).
- Bäcker, Carsten, *Begründen und Entscheiden*, Nomos: Baden-Baden 2012.
- Bäcker, Carsten, *Juristisches Begründen*, JuS 2019, S. 321-327.
- Baker, Gordon, *Defeasibility and Meaning*, in: Peter Michael Stephan Hacker / Joseph Raz (Hrsg.): *Law, Morality and Society*, Oxford University Press: Oxford 1977, S. 26-57.
- Baumann, *Generative KI und Urheberrecht - Urheber und Anwender im Spannungsfeld*, NJW 2023, 3673 ff.
- Bayón, Juan Carlos, *Derrotabilidad indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, Isonomía 2000 (13), S. 87-117.
- Bayón, Juan Carlos, *Why is Legal Reasoning Defeasible?*, Diritto e questioni pubbliche 2002 (2), S. 1-18.
- Beaucamp, Guy, *Typische Fehler in Klausuren, wie sie entstehen und wie man sie vermeidet*, JA 2018, S. 757-760.
- Beck, Lukas, *Gesetzesauslegung aus methodentheoretischer Sicht*, JURA 2018, S. 330-338.
- Becker, Christian, *Transparenz in Mauschelhausen? - Die strafprozessuale Verständigung seit der Entscheidung BVerfGE 133, 168*, JA 2017, S. 641-647.
- Behrendt, Svenja, *Rechtsstaatliche Strafverfahren und Ressourcenschonung - Widerspruch oder lösbares Problem?*, NJOZ 2019, S. 881-885.
- Beltrán, Jordi Ferrer / Ratti, Giovanni Battista, *Defeasibility und Legality: A Survey*, in: Jordi Ferrer Beltrán / Giovanni Battista Ratti (Hrsg.): *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press: Oxford 2012, S. 11-38.
- Beltrán, Jordi Ferrer / Ratti, Giovanni Battista, *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press: Oxford 2012.
- Benda-Beckmann, Franz von, *Legal pluralism in Malawi : historical development 1858-1970 and emerging issues*: Kachere Series 2007.
- Benda-Beckmann, Franz von, *Political and legal transformations of an Indonesian polity : the Nagari from colonisation to decentralisation*, Cambridge University Press: Cambridge 2013.

- Benda-Beckmann, Franz von / Benda-Beckmann, Keebet von, *State, religion and legal pluralism : changing constellations in West Sumatra (Minangkabau) and comparative issues*, Max Planck Institute for Social Anthropology: Halle/Saale 2001.
- Benda-Beckmann, Franz von / Benda-Beckmann, Keebet von, *Gesellschaftliche Wirkung von Recht: Rechtsethnologische Perspektiven*, Dietrich Reimer: Berlin 2007.
- Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, Athlone Press: London 1970.
- Bertram, Georg, *Rhetorik und Argumentation in der Philosophie*, in: Andreas Hetzel / Gerald Posselt (Hrsg.): *Handbuch Rhetorik und Philosophie*, De Gruyter: Berlin 2017, S. 451-472.
- Beyerbach, Hannes, *Gutachten, Hilfgutachten und Gutachtenstil - Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung*, JA 2014, S. 813-819.
- Bialluch, Martin / Wernert, Lukas, *Grundlagenwissen: Gesetzesbezogene Fallbearbeitung*, JuS 2018, S. 326-330.
- Blöser, Claudia / Janvid, Mikael / Matthiessen, Hannes Ole / Willaschek, Marcus, *Introduction*, in: Claudia Blöser / Mikael Janvid / Hannes Ole Matthiessen / Marcus Willaschek (Hrsg.): *Defeasibility in Philosophy. Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law*, Rodopi B.V.: Amsterdam 2013, S. 1-8.
- Borges, Georg, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, NJW 2018, 977 ff.
- Brandom, Robert, *Pragmatistische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1999 (47), S. 355-381.
- Braun, Johann, *Deduktion und Invention. Gesetzesauslegung im Widerstreit von Gehorsamskunst, Rechtsgefühl und Wahrheitssuche*, Mohr Siebeck: Tübingen 2016.
- Breidenbach, Stephan, *Landkarten des Rechts - von den Chancen industrieller Rechtsdienstleistungen*, in: Jochen Schneider (Hrsg.): *Der moderne Anwalt: Festschrift für Benno Heussen zum 65. Geburtstag*, Schmidt: Köln 2009, S. 39-49.
- Brewer, Scott, *First Among Equals: Abduction in Legal Argument from a Logocratic Point of View*, in: Mark McBride / James Penner: *New Essays on the Nature of Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2022. 281-340.
- Brewer, Scott, *Interactive virtue and vice in systems of arguments: a logocratic analysis*, Artificial Intelligence and Law (2020) 28: 161-179.
- Brewer, Scott, *Indefeasible analogical argument*, In: Hendrik Kaptein / Bastiaan van der Velden, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, pp. 33-48.
- Brewer, Scott, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review, Vol. 109, No. 5 (Mar., 1996), pp. 923-1028.
- Brewer, Scott, *Logocratic Agony and the Dream of Theo-Logic: A Comment on Dieter Krimphove's A Historical Overview of the Development of Legal Logic*, in: Lentner / Lüke, *Kernfragen des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Recht, Ökonomie und Theorie*, S. 257 ff.

- Brewka, Gerhard, *Adding priorities and specificity to default logic*, in: C. MacNish (Hrsg.): Logics in Artificial Intelligence: Proceedings of the JELIA '94 Workshop, Springer: Berlin 1994, S. 247-260.
- Buchholtz, Gabriele, *Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung*, JuS 2017, S. 955-960.
- Buchwald, Delf, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*, ARSP 1993 (79), S. 32-47.
- Buck-Heeb, Petra, *Juristische Methodenlehre*, WM 2018, S. 2258-2259.
- Bürkle, Jürgen, *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts*, Mohr: Tübingen 1984.
- Bydlinski, Peter / Bydlinski, Frank, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, facultas: Wien 2018.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung*, Kienreich: Graz 1993.
- Chanos, Antonis, *Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit*, Böhlau Verlag: Köln 1994.
- Chatziathanasiou, Konstantin, *Der hungrige, ein härterer Richter? Zur heiklen Rezeption einer vielzitierten Studie*, JZ 2019 (74), S. 455-458.
- Chiassoni, Pierluigi, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, in: Jordi Ferrer Beltrán / Giovanni Battista Ratti (Hrsg.): *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press: Oxford 2012, S. 151-181.
- Christensen, Ralph / Kudlich, Hans, *Theorie richterlichen Begründens*, Duncker & Humblot: Berlin 2001.
- Cicero, Marcus Tullius, *On the Orator*, Harvard University Press: Cambridge 1942.
- Cicero, Marcus Tullius, *Topik*, Meiner: Hamburg 1983.
- Cicero, Marcus Tullius, *De inventione*, Harvard University Press: Cambridge 2014.
- Coleman, Doriane Lambelet, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, Columbia Law Review 1996 (96), S. 1093.
- Conrad, Hermann, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*: Graz 1971.
- Czerny, Olivia / Frieling, Tino, *Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung*, JuS 2012, S. 877-883.
- d'Almeida, Luís Duarte, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford Legal Philosophy: Oxford 2015.
- d'Almeida, Luís Duarte, *On the Legal Syllogism*, in: David Plunkett / Scott Shapiro / Kevin Toh (Hrsg.): *Dimensions of Normativity*, Oxford University Press: Oxford 2019, S. 335-364.
- Dahlman, Christian / Feteris, Eveline, *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer: Dordrecht 2013.
- Danziger, Shai / Levav, Jonathan / Avnaim-Pesso, Liora, *Extraneous factors in judicial decisions*, PNAS 2011 (108), S. 6889-6892.
- Daßbach, Christopher, *Gefälligkeitsverhältnisse in der Fallbearbeitung*, JA 2018, S. 575-581.

- Davies, Margaret, *Legal Pluralism*, in: Peter Cane / Herbert Kritzer (Hrsg.): The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, Oxford University Press: Oxford 2010, S. 805-827.
- de Paula, André Ferreira Leite, *Herausforderungen rechtlicher Begründungstätigkeit unter den Bedingungen skeptischer Epistemologie*, in: Markus Abraham / Till Zimmermann / Sabrina Zucca-Soest (Hrsg.): Vorbedingungen des Rechts, Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2016, S. 155-170.
- Dechsling, Rainer, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Vahlen: München 1989.
- Deckert, Martina R., *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*, ARSP 1996 (82), S. 43-54.
- Detter, Klaus, *Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht*, NStZ 2006, S. 146-151.
- Diemer, Herbert, § 250 StPO, in: Rolf Hannich (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage, C.H. Beck: München 2019.
- Duarte, Gabriel Alejandro Encinas, *Is Argumentation Theory Applicable for Legal Pluralism?*, in: André Ferreira Leite De Paula / Andrés Santacoloma Santacoloma (Hrsg.): Law and Morals, ARSP: 2019, S. 129-144.
- Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, in: Ronald Dworkin (Hrsg.): Taking Rights Seriously, New impression with a reply to critics, 5. impression, Duckworth: London 1987, S. 81-130.
- Dworkin, Ronald, *Model of Rules I*, in: Ronald Dworkin (Hrsg.): Taking Rights Seriously, New impression with a reply to critics, 5. impression, Duckworth: London 1987, S. 14-45.
- Dworkin, Ronald, *Model of Rules II*, in: Ronald Dworkin (Hrsg.): Taking Rights Seriously, New impression with a reply to critics, 5. impression, Duckworth: London 1987, S. 46-80.
- Eardley, Peter, *Rhetoric and Philosophy in the Middle Ages*, in: Andreas Hetzel / Gerald Posselt (Hrsg.): Handbuch Rhetorik und Philosophie, De Gruyter: Berlin 2017, S. 81-96.
- Ege, Gian / Edem, Elinor, "Rien ne va plus"?, sui generis 2021, S. 157-166.
- Eggs, Ekkehard, *Argumentation*, in: Gert Ueding (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1992.
- Ehrlich, Eugen, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, CL Hirschfeld: Leipzig 1903.
- Ehrlich, Eugen, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Scientia Verlag: Aalen 1973.
- Einsele, Dorothee, § 130 BGB, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limpert (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck: München 2018.
- Eisenhardt, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, C. H. Beck: München 2013.
- Elzer, Oliver, § 313 ZPO, in: Volkert Vorwerk / Christian Wolf (Hrsg.): BeckOK ZPO, 36, C.H. Beck: München 2020.

- Elzer, Oliver, § 313a ZPO, in: Volkert Vorwerk / Christian Wolf (Hrsg.): BeckOK ZPO, 36, C.H. Beck: München 2020.
- Elzer, Oliver, § 313b ZPO, in: Volkert Vorwerk / Christian Wolf (Hrsg.): BeckOK ZPO, 36, C.H. Beck: München 2020.
- Engel, Martin, *Erwiderung. Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe*, JZ 2014 (69), S. 1096-1100.
- Engisch, Karl, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Max Hueber Verlag: München 1963.
- Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, W. Kohlhammer: Stuttgart 1968.
- Engländer, Armin, *Verständigung im Strafverfahren*, in: Boris Paal / Dörte Poelzig (Hrsg.): Effizienz durch Verständigung, Nomos: Baden-Baden 2015, S. 23-37.
- Eser, Albin / Sternberg-Lieben, Detlev, § 211 StGB, in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 30. Auflage, C.H. Beck: München 2019.
- Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag: Frankfurt am Main 1972.
- Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts : rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4. unveränderte Auflage, Mohr: Tübingen 1990.
- Feddersen, Klaus, § 136 SGB VII, in: Anne Körner / Bernd Mutschler / Stephan Leitheyer / Christian Rolfs (Hrsg.): Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, II4. Ergänzungslieferung, C.H. Beck: München 2021.
- Feteris, Eveline, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer: Dordrecht 2017.
- Feteris, Eveline / Kloosterhuis, Harm, *The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory*, Studies in Logic, Grammar and Rhetoric 2009 (16), S. 307-331.
- Fischer, Jens, *Analogie und Argument. Eine rechtstheoretische Untersuchung zur Struktur juristischer Begründungen*, Recht und Rhetorik 7, Peter Lang Verlag 2022.
- Fischer, Thomas, *Der Einfluss des Berichterstattens auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren*, NStZ 2013, S. 425-432.
- Fölsch, Peter, *Neuerungen im Zivilprozess - Entfristung, Spezialisierung, Effizienz*, NJW 2020, S. 801-807.
- Fowler, Robert, *Mythos and Logos*, Journal of Hellenic Studies 2011 (131), S. 45-66.
- Freeman, Michael D. A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell: London 2008.
- Frieling, Tino, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, Mohr Siebeck: Tübingen 2017.
- Fries, Martin, *Automatische Rechtspflege*, RW 2018, S. 414-430.
- Früh, Andreas, *Juristisch auslegen, argumentieren und überzeugen*, JuS 2021, S. 905 - 913.
- Fuhrmann, André, *Philosophische Logik*: 2016.
- Gabriel, Gottfried, *Präzision und Prägnanz. Logische, rhetorische, ästhetische und literarische Erkenntnisformen*, mentis: Paderborn 2019.

- Gadamer, Hans-Georg, *Gesammelte Werke. Hermenutik I, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr: Tübingen 2010.
- Gander, Hans-Helmuth, *Erhebung der Geschichtlichkeit des Verstehens zum hermeneutischen Prinzip*, in: Günter Figal (Hrsg.): Hans-Georg Gadamer: Wahrheit und Methode, De Gruyter: Berlin 2011, S. 93-111.
- Gardner, John, *The Legality of Law*, Ratio Juris 2004 (17), S. 168-181.
- Gast, Wolfgang, *Juristische Rhetorik*, C.F.Müller: Heidelberg 2015.
- Gemmeren, Gerhard van, § 64 StGB, in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, C. H. Beck: München 2016.
- Gerlach, Jens, *Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägung im Kartellvergaberecht*, Nomos: Baden-Baden 2018.
- Gerstner-Heck, Brigitte, § 10 VwVfG, in: Johann Bader / Michael Ronellenfitsch (Hrsg.): Beck OK VwVfG mit VwVG und VwZG, 46. Auflage, C.H. Beck: München 2020.
- Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press: Oxford 2014.
- Gödel, Kurt, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, Monatshefte für Mathematik und Physik 1931 (38), S. 173-198.
- Goldman, Alvin, *Epistemics: The regulative Theory of Cognition*, Journal of Philosophy 1978 (75), S. 509-523.
- Gottwald, Peter, § 322 ZPO, in: Wolfgang Krüger / Thomas Rauscher (Hrsg.): Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage, C.H. Beck: München 2020.
- Governatori, Guido / Rotolo, Antonino / Olivieri, Francesco / Scannapieco, Simone, *Legal Contractions: A Logical Analysis*, in: Enrico Francesconi / Bart Verheij (Hrsg.): Proceedings of the 14th International Conference on Artificial Intelligence and Law, ACM: New York 2013, S. 63-72.
- Grabowski, Andrzej, *Sonderfallthese - its critique and interpretation*, Rechtstheorie 2003 (34), S. 371-392.
- Gräfin von Schlieffen, Katharina, *Recht rhetorisch gesehen*, JA 2013, S. 1-7.
- Gräwe, Svenja Lena, *Die Entstehung der Rechtsinformatik : wissenschaftsgeschichtliche und -theoretische Analyse einer Querschnittsdisziplin*: Hamburg 2011.
- Griffiths, John, *What is Legal Pluralism?*, The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1986 (18), S. 1-55.
- Grothe, Stefan, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg“: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2. Unveränderte Auflage, Nomos: Baden-Baden 2008.
- Grzeszick, Bernd, *Art. 20 GG*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, C. H. Beck: München 2018.
- Guastini, Riccardo, *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*, in: Jordi Ferrer Beltrán / Giovanni Battista Ratti (Hrsg.): The Logic of Legal Requirements, Oxford University Press: Oxford 2012, S. 182-192.

- Günther, Hans-Ludwig, *Lebenslang für "heimtückischen Mord"? Das Mordmerkmal "Heimtücke" nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen*, NJW 1982, S. 353-358.
- Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1988.
- Günther, Klaus, *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, in: Lutz Wingert / Klaus Günther (Hrsg.): *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit- Festschrift für Jürgen Habermas*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2001, S. 539-567.
- Habermas, Jürgen, *Wahrheitstheorien*, in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.): *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske: Pfullingen 1973, S. 211-266.
- Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationali-tät und gesellschaftliche Rationalisierung*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1981.
- Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp: Frank-furt am Main 1983.
- Habermas, Jürgen, *Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen*, Wahrheit und Rechtfertigung, Suhrkamp Verlag: Frankfurt am Main 1999, S. 271-319.
- Habermas, Jürgen, *Diskursethik*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2009.
- Hage, Jaap, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Kluwer Academic Publishers: Dordrecht 1997.
- Hage, Jaap, *Law and Defeasibility*, Artificial Intelligence and Law 2003 (11), S. 221-243.
- Hage, Jaap, *Studies in Legal Logic*, Kluwer Academic Publishers: Dordrecht 2005.
- Hage, Jaap, *Logical Tools for Legal Pluralism*, in: H. Patrick Glenn / Lionel D. Smith (Hrsg.): *Law and the New Logics*, Cambridge University Press: Cambridge 2017, S. 89-108.
- Hage, Jaap / Waltermann, Antonia / Arosemena, Gustavo, *Exceptions in International Law*: 2020.
- Hamm, Rainer / Krehl, Christoph, *Vier oder zehn Augen bei der strafprozessualen Revi-sionsverwerfung durch Beschluss? - Worum es wirklich geht*, NJW 2014, S. 903-905.
- Hardy, Jörg / Schamberger, Christoph, *Gibt es eine universale philosophische Methode?*, DZPhil 2015 (63), S. 644-696.
- Hardy, Jörg / Schamberger, Christoph, *Logik der Philosophie*, Vandenhoeck & Ru-precht: Göttingen 2018.
- Hare, Richard Mervyn, *Universalisability*, Proceedings of the Aristotelian Society 1954 (55), S. 295-312.
- Hare, Richard Mervyn, *Freedom and Reason*, Oxford University Press: Oxford 1972.
- Hare, Richard Mervyn, *Freiheit und Vernunft*, Patmos Verlag: Düsseldorf 1973.
- Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review 1958 (71), S. 593-629.
- Hart, H. L. A., *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, Georgia Law Review 1977 (11), S. 696-716.

- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Ascription of Responsibility and Rights*, Proceedings of the Aristotelian Society 1949 (49), S. 171-194.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford University Press: Oxford 2001, S. 21-48.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Oxford University Press: Oxford 2012.
- Hassemer, Winfried, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, S. 467-480.
- Hassemer, Winfried, *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in: Winfried Hassemer (Hrsg.): Stafen im Rechtsstaat, Nomos: Baden-Baden 2000, S. 13-33.
- Hassemer, Winfried, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, ZRP 2007 (40), S. 213-219.
- Hassemer, Winfried, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, in: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.): Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Nomos: Baden-Baden 2007, S. 231-259.
- Hassemer, Winfried, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, Rechtstheorie 2008 (39), S. 1-22.
- Hassemer, Winfried / Kargl, Walter, § 1 StGB *Keine Strafe ohne Gesetz*, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2017.
- Hauptmann, Markus, *Innovationen im Rechtsberatungsmarkt*, in: Thomas Wegerich (Hrsg.): Der Rechtsmarkt in Deutschland: Überblick, Analysen, Erkenntnisse, Frankfurter Allgemeine Buch: Frankfurt 2014, S. 184-199.
- Haverkamp, Rita, *Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht*, GA 2006, S. 586-604.
- Heck, Philipp, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, Deutsche Juristen-Zeitung 1905 (10), S. 1140-1142.
- Heck, Philipp, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, Deutsche Juristen-Zeitung 1909 (14), S. 1457-1461.
- Heck, Philipp, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Das Problem der Rechtsgewinnung*, AcP 1912 (112), S. 1-318.
- Heck, Philipp, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Mohr: Tübingen 1932.
- Heck, Philipp, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, in: Günter Ellscheid (Hrsg.): Interessenjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1974, S. 88-108.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, Felix Meiner Verlag: Hamburg 2019.
- Hellermann, Johannes, *Art. 31 GG*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, C. H. Beck: München 2021.
- Herberger, Maximilian / Simon, Dieter, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Alfred Metzner Verlag: Frankfurt am Main 1980.
- Hettenbach, Christoph, § 72 OWiG, in: Jürgen Graf (Hrsg.): BeckOK OWiG, 25, C.H. Beck: München 2020.

- Hidehiko, Adachi, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Nomos: Baden-Baden 2006.
- Hiebaum, Christian, *Die Politik des Rechts: Eine Analyse juristischer Rationalität*, Walter de Gruyter: Berlin 2004.
- Hilgendorf, Eric, *Argumentation in der Jurisprudenz : zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot: Berlin 1991.
- Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Schwartz: Göttingen 1981.
- Hispanus, Petrus, *Summulae Logicales*: Assen 1972.
- Hitchcock, David, *On Reasoning and Argument*, Springer: Dordrecht 2017.
- Hoenen, Maarten, *Analogie*, in: Gert Ueding (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1992.
- Hoffmann, Birgit, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG*, Duncker & Humblot: Berlin 2003.
- Hoffmann, Thomas, *Das Gute*, de Gruyter: Berlin 2014.
- Hofmann, Hasso, *Ausnahme*, in: Joachim Ritter (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1971.
- Holmes, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, Harvard Law Review 1897 (10), S. 457-478.
- Honsell, Heinrich, *Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung*, ZfPW 2016, S. 106-128.
- Huber, Peter, *Art. 31 GG*, in: Michael Sachs (Hrsg.): Grundgesetz, 9. Auflage, C.H. Beck: München 2021.
- Hullen, Nils, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools. Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech*, Nomos: Baden-Baden 2019.
- Hume, David, *Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand*, Philosophische Bibliothek 648, 2. Auflage, Felix Meiner Verlag: Hamburg 2022.
- Hunter, Dan, *Teaching and Using Analogy in Law*, Journal of the Association of Legal Writing Directors 2004, S. 151-168.
- Ilg, Klaus M., *Das topisch-dialektische System der Sprache : R. Agricola: De inventione dialectica. Liber I. Interpretation und Uebersetzung*, LMU München: München 1984.
- Jakobs, Horst Heinrich, *Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, JZ 2006 (61), S. 1115-1118.
- Jakobs, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, DVBl 1985, S. 97-102.
- Jarass, Hans, *Art. 31 GG*, in: Hans Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage, C.H. Beck: München 2020.
- Jauß, Steffen Michael, *Quo vadis, Juristen(ausbildung)?*, KritV 2017 (100), S. 101-120.
- Jauß, Steffen Michael, *Shall assessment drive learning? Vom Sinn und Unsinn eines „constructive alignment“ des universitären Rechtsunterrichts*, ZDRW Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft 2018 (5), S. 189-207.

- Jhering, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz : eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1964.
- Jhering, Rudolf von, *Theorie der juristischen Technik*, in: Werner Krawietz (Hrsg.): Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1976, S. 11-82.
- John, David, *Zur Sachqualität und Eigentumsfähigkeit von Kryptotoken - eine dogmatische Neubetrachtung*, BKRT, 2020, 76 ff.
- Jost, Fritz, *Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, Duncker & Humblot: Berlin 1979.
- Jovanović, Miodrag, 'Global/Transnational Law' Challenges to Theorizing About Law, Faculty of Law, University of Belgrade: 2017.
- Junker, Abbo, *Internationales Privatrecht*, C. H. Beck: München 2017.
- Kadelbach, Stefan / Günther, Klaus, *Recht ohne Staat?*, in: Stefan Kadelbach / Klaus Günther (Hrsg.): Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung, Campus Verlag: Frankfurt am Main 2011, S. 9-48.
- Kahnemann, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books: London 2012.
- Kambartel, Friedrich / Jantschek, Thorsten, *Regel*, in: Jürgen Mittelstraß (Hrsg.): Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 2., neu bearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, Metzler: Stuttgart 2018.
- Kant, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, Felix Meiner Verlag: Hamburg 1998.
- Kantorowicz, Hermann, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung: Heidelberg 1906.
- Kantorowicz, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie : ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Müller: Karlsruhe 1962.
- Kaufmann, Arthur, *Gesetz und Recht*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.): Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, Athenäum Verlag: Frankfurt am Main 1962, S. 135-171.
- Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.): Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, Athenäum Verlag: Frankfurt am Main 1965, S. 272-320.
- Kaufmann, Arthur, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Decker & Müller: Heidelberg 1982.
- Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, C. H. Beck: München 1999.
- Kaufmann, Arthur, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann (Hrsg.): Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Auflage, C. F. Müller: Heidelberg 2004, S. 26-147.
- Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, C.H. Beck: München 2004.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Mohr Siebeck: Tübingen 2008.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich: Wien 2009.

Literaturverzeichnis

- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, Mohr Siebeck: Tübingen 2017.
- Kettner, Matthias, *Warum es Anwendungsfragen, aber keine "Anwendungsdiskurse" gibt*, in: Sharon Bryd (Hrsg.): *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Duncker & Humblot: Berlin 1993, S. 365-378.
- Kible, Brigitte / Pieper, Annemarie / Hoffmann-Riedinger, Monika / Lorenz, Kuno / Conte, Amadeo, *Regel*, in: Joachim Ritter / Karlfried Gründer / Gottfried Gabriel (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie online*, Schwabe Verlag: Basel 2020.
- Kienpointner, Manfred, *Argument*, in: Gert Ueding (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1992.
- Kilian, Matthias, *Die Zukunft der Juristen. Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer - und entbehrlicher?*, NJW 2017, S. 3043-3050.
- Kilian, Wolfgang, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung: methodenorientierte Vorstudie*, Toeche-Mittler: Darmstadt 1974.
- Kirsch, Florian Alexander, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*: Berlin 2014.
- Kischel, Uwe, *Rechtsvergleichung*, C. H. Beck: München 2015.
- Klatt, Matthias, *Juristische Hermeneutik*, in: Eric Hilgendorf / Jan C. Joerden (Hrsg.): *Handbuch Rechtsphiloosophie*, J. B. Metzler: Stuttgart 2017, S. 224-230.
- Klug, Ulrich, *Juristische Logik*, Springer: Berlin 1982.
- Koch, Hans Joachim, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, in: Hans Joachim Koch (Hrsg.): *Methoden zum Recht*, Nomos: Baden-Baden 2010, S. 11-37.
- Koch, Hans Joachim / Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München 1982.
- Koch, Hans Joachim / Rüßmann, Helmut, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, in: Robert Alexy (Hrsg.): *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute: Beiträge*, Steiner: Stuttgart 1991, S. 186-200.
- Koch, Hans Joachim / Trapp, Rainer, *Richterliche Innovation - Begriff und Begründbarkeit*, in: Jan Harenburg (Hrsg.): *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*: Darmstadt 1980, S. 83-121.
- Kondakow, Nikolai Iwanowitsch, *Wörterbuch der Logik*, verlag das europäische buch: Berlin 1978.
- Koons, Robert, *Defeasible Reasoning*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, substantive revision 01.05.2017: 2005.
- Kopp, Ferdinand, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, Beck: München 1971.
- Koskenniemi, Martti / Leino, Päivi, *Fragmentation of International Law?*, Leiden Journal of International Law 2002 (15), S. 553-579.
- Kotsoglou, Kyriakos, *Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung*, JZ 2014 (69), S. 451-457.

- Krawietz, Werner, *Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft*, in: Werner Krawietz (Hrsg.): Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1976, S. 1-10.
- Krey, Volker, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht : eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Schriften zum Strafrecht: Berlin 1977.
- Kroitsch, Hermann, *Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der Bundesrepublik*, NJW 1994, S. 1032-1035.
- Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen 2006.
- Krüger, Elmar, *Die Bedeutung der Rechtstheorie*, JuS 2012, S. 873-877.
- Krumm, Carsten, § 77b OWiG, in: Heribert Blum / Kathi Gassner / Sebastian Seith (Hrsg.): *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Nomos: Baden-Baden 2016.
- Kudlich, Hans, *Heimtückemord an einem Schlafenden*, JA 2007, S. 901-902.
- Kuhn, Tomas, *Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis*, JuS 2016, S. 104-109.
- Küper, Wilfried, "Heimtücke" als Mordmerkmal - Probleme und Strukturen, JuS 2000, S. 740-747.
- Lange, Sonja, *Die Willenserklärung - Teil 2*, JA 2007, S. 766-772.
- Lange, Richard, *Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Süddeutsche Juristenzeitung 1948, Sp. 655-661.
- Langenbucher, Katja, *Argument by Analogy in European Law*, Cambridge Law Journal 1998 (57), S. 481-520.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag: Berlin 1991.
- Lege, Joachim, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, in: Winfried Brugger / Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.): *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2008, S. 207-232.
- Leiter, Brian, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, American Journal of Jurisprudence 2003 (48), S. 17-51.
- Leiter, Brian, *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?*, Legal Theory 2010 (16), S. 111-133.
- Lepsius, Oliver, *Gesetzesstruktur im Wandel: Strukturmerkmale delegierter Rechtserzeugung*, JuS 2019, S. 123-128.
- Lesser, Ralf, *Die Einwilligung des Patienten. Zur rechtsgeschäftigen Natur der Einwilligung in medizinische Maßnahmen und zur Bedeutung des Patientenrechtegesetzes*, Lit Verlag: Wien 2017.
- Levesque, Hector J., *All I Know: A Study in Autoepistemic Logic*, Artificial Intelligence 1990 (42), S. 263-309.
- Lieder, Jan, § 1118 BGB, in: Reinhard Gaier (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München 2020.
- Liptow, Jasper, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Velbrück Wissenschaft: Weilerswist 2004.
- Llewellyn, Karl Nickerson, *Some Realism About Realism*, Harvard Law Review 1962 (44), S. 1222-1264.

- Lorenz, Kuno, *Analogieschluß*, in: Jürgen Mittelstraß (Hrsg.): Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 2., neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, J. B. Metzler: Stuttgart 2005.
- Lucas, John Randolph, *Minds, Machines and Gödel*, Philosophy 1961 (36), S. 112-127.
- Lücke, Jörg, *Begründungszwang und Verfassung: zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*, Mohr: Tübingen 1987.
- Luhmann, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation: mit einem Epilog*, Duncker & Humblot: Berlin 1999.
- Łukasiewicz, Jan, *Zur Geschichte der Aussagenlogik*, Erkenntnis 1935, S. 111-131.
- Łukasiewicz, Jan, *Aristotle's syllogistic from the standpoint of modern formal logic*, Clarendon: Oxford 1951.
- Lumer, Christoph, *Praktische Argumentationstheorie: theoretische Grundlagen, praktische Begründung und Regeln wichtiger Argumentationsarten*, Vieweg: Braunschweig 1990.
- Lumer, Christoph, *Argumentation / Argumentationstheorie*, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.): Encyclopädie Philosophie A-N, Felix Meiner Verlag: Hamburg 1999.
- MacCormick, Neil, *Legal Deduction, Legal Predicates, and Expert Systems*, International Journal for the Semiotics of Law 1982 (5), S. 181-202.
- MacCormick, Neil, *Defeasibility in Law and Logic*, in: Zenon Bankowski / Ian White / Ulrike Hahn (Hrsg.): Informatics and the Foundations of Legal Reasoning, Springer-Science+Business Media, B.V.: Dordrecht 1995, S. 99-117.
- Makinson, David, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*, King's College Publication: London 2005.
- Marín, Rafael Hernández, *Defeasible Properties*, in: Jordi Ferrer Beltrán / Giovanni Battista Ratti (Hrsg.): The Logic of Legal Requirements, Oxford University Press: Oxford 2012, S. 137-150.
- Marmor, Andrei, *The Language of Law*, Oxford University Press: Oxford 2014.
- Martens, Sebastian, *Juristische Methodenlehre*, ZEuP 2018, S. 724-726.
- Martiny, Dieter, *Art. 21 Rom I-VO*, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limpert (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck: München 2021.
- McCarthy, John, *Application of Circumscription to Formalizing Common-Sense Knowledge*, Artificial Intelligence 1986 (28), S. 89-111.
- McCarthy, John, *Circumscription - A Form of Non-Monotonic Reasoning*, in: Matthew Ginsberg (Hrsg.): Readings in Nonmonotonic Reasoning, Morgan Kaufmann: Los Altos 1987, S. 145-152.
- McDermott, Drew / Doyle, Jon, *Non-monotonic logic I*, Artificial Intelligence 1980 (13), S. 41-72.
- Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Böhlau Verlag: Köln 2017.
- Mehde, Veith, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, DÖV 2014, S. 541-548.
- Melissaris, Emmanuel, *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, Farnham and Burlington: Ashgate 2009.

- Merkel, Adolf, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, in: Moritz Liepmann (Hrsg.): Nachdr. d. Ausg. Stuttgart, Enke, 1912, Keip: Frankfurt/Main 1987.
- Merkt, Hanno, *Juristische Methodenlehre*, NZG 2018, S. 779-780.
- Meyer, Gerhard, *Unterbringung bei Spielsucht*, ZRP 2013, S. 140-143.
- Meyer, Gerhard / Althoff, Martina / Stadler, Michael, *Glücksspiel und Delinquenz: eine empirische Untersuchung*, Lang: Frankfurt am Main 1998.
- Mill, John Stuart, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive Part I*, in: John Robson (Hrsg.): *The Collected Works of John Stuart Mill*, University of Toronto Press: Toronto 2006.
- Minas-von Savigny, Jutta, *Negative Tatbestandsmerkmale: Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, Heymanns: Köln 1972.
- Möllers, Thomas M. J., *Wie Juristen denken und arbeiten - Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung*, ZfPW 2019, S. 94-121.
- Möllers, Thomas M. J., *Juristische Methodenlehre*, C. H. Beck: München 2020.
- Möslein, Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht, ZHR 183 (2019), 254 ff.
- Moore, George Edward, *Principia ethica*, Reclam: Stuttgart 1970.
- Moore, Robert C., *Autoepistemic Logic*, in: Philippe Smets (Hrsg.): *Non-standard Logics for Automated Reasoning*, Academic Press: London 1988, S. 105-136.
- Moore, Robert C., *Autoepistemic logic revisited*, Artificial Intelligence 1993 (59), S. 27-30.
- Morgenthaler, Gerd, *Art. 97 GG*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.): *BeckOK Grundgesetz*, 47. Edition: 2021.
- Muskens, Louis Frédéric, *Gesetzesbindung und Willensfreiheit des Richters - warum wir Montesquieu missverstanden haben*, RphZ 2017, S. 285-300.
- Naumann, Kolja, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, DÖV 2011, S. 96-105.
- Nestle, Wilhelm, *Vom Mythos zum Logos*, Kröner: Stuttgart 1975.
- Neumann, Ulfrid, *Rechtsontologie und juristische Argumentation: zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, v. Decker: Heidelberg 1979.
- Neumann, Ulfrid, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1986.
- Neumann, Ulfrid, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, Rechtstheorie 2001 (32), S. 139-257.
- Neumann, Ulfrid, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos Verlag: Baden-Baden 2004.
- Neumann, Ulfrid, *Richtigkeitsanspruch und Überprüfbarkeit rechtlicher Entscheidungen*, in: Ulfrid Neumann / Felix Herzog (Hrsg.): *Festschrift für Winfried Hassemer, C. F. Müller*: Heidelberg 2010, S. 143-158.
- Neumann, Ulfrid, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann (Hrsg.): *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Auflage, C.F. Müller: Heidelberg 2011, S. 333-347.

- Neumann, Ulfrid, *Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale*, in: Piotr Kardas (Hrsg.): Panstwo prawa i prawo karne: Festschrift für Andrzeja Zolla zum 70. Geburtstag, Lex: Warschau 2012, S. 417-432.
- Neumann, Ulfrid, *Juristische Logik*, in: Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann / Frank Saliger (Hrsg.): Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller: Heidelberg 2016, S. 272-290.
- Neumann, Ulfrid, § 34 StGB, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2017.
- Neumann, Ulfrid, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2017.
- Neupert, Michael, *Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?*, JuS 2016, S. 489-494.
- Neupert, Michael, *Argumentative Sachverhaltsdarstellung. Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners*, JuS 2018, S. 1257-1261.
- Nimtz, Christian, *analytisch / synthetisch*, in: Christian Nimtz / Stefan Jordan (Hrsg.): Lexikon Philosophie: hundert Grundbegriffe, Reclam: Stuttgart 2009, S. 24-26.
- Okin, Susan Moller / Nussbaum, Martha C. / Al-Hibri, Azizah / An-Na'Im, Abdullahi / Bhabha, Homi K. / Gilman, Sander L. / Halley, Janet E. / Honig, Bonnie / Kymlicka, Will / Parekh, Bhikhu / Pollitt, Katha / Post, Robert / Raz, Joseph / Sassen, Saskia / Sunstein, Cass R. / Tamir, Yael, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press: Princeton 1999.
- Ottmers, Clemens, *Epicheirem*, in: Peter Prechtl / Franz-Peter Burkard (Hrsg.): Metzler Lexikon Philosophie: Begriffe und Definitionen, Springer Verlag: Berlin 2015.
- Paal, Boris, § 342b HGB, in: Karten Schmidt / Werner Ebke (Hrsg.): Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C.H. Beck: München 2020.
- Paeffgen, Hans-Ullrich / Böse, Martin, § 223 StGB, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2017.
- Papier, Hans-Jürgen / Möller, Johannes, *Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989*, NJW 1999, S. 3289-3297.
- Patzig, Günther, *Die aristotelische Syllogistik: logisch-philologische Untersuchungen über das Buch A der "Ersten analytiken"*, Vandenhoeck & Ruprecht: Göttingen 1969.
- Pavčnik, Marijan, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, Springer: Wien 1993.
- Peak, Ira, *Dworkin and Hart on 'The Law': A Polanyian Reconsideration*, Tradition & Discovery 1991 (18), S. 22-32.
- Peglau, Jens, § 267 StPO, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.): Beck online Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, C.H. Beck: München 2020.
- Peirce, Charles Sanders, *The Fixation of Belief*, Popular Science Monthly 1877 (12), S. 1-15.
- Perelman, Chaim, *Über die Gerechtigkeit*, Beck: München 1967.

- Perelman, Chaim, *The New Rhetoric*, in: Yehoshua Bar-Hillel (Hrsg.): *Pragmatics of Natural Languages*, D. Reidel Publishing Company: Dordrecht-Holland 1971, S. 145-149.
- Perelman, Chaim, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Alber: Freiburg 1979.
- Perelman, Chaim, *Das Reich der Rhetorik. Rhetorik und Argumentation*, C. H. Beck: München 1980.
- Perelman, Chaim / Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle Rhétorique*, Presses universitaires de France: Paris 1958.
- Pfister, Jonas, *Werkzeuge des Philosophierens*, Philipp Reclam jun.: Ditzingen 2015.
- Philippi, Klaus Jürgen, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Heymann: Köln 1971.
- Pollähne, Helmut, § 64 StGB, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2017.
- Pollock, John L., *Defeasible Reasoning*, Cognitive Science 1987 (11), S. 481-518.
- Popper, Karl, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Springer: Wien 1935.
- Poscher, Ralf, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*, ARSP 2003 (89), S. 200-215.
- Prakken, Henry / Sartor, Giovanni, *The Three Faces of Defeasibility in the Law*, Ratio Juris 2004 (17), S. 118-139.
- Prechtl, Peter, *Argument*, in: Peter Prechtl / Franz-Peter Burkard (Hrsg.): *Metzler Lexikon Philosophie: Begriffe und Definitionen*, Springer Verlag: Berlin 2015.
- Priester, Jens-Michael, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie 1976, S. 155-185.
- Puppe, Ingeborg, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, in: Gerhard Dornseifer (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns: Köln 1989, S. 15-34.
- Quine, *Two Dogmas of Empiricism*, The Philosophical Review 60 (1951), S. 20-43.
- Quintilian, *The Orator's Education*, Harvard University Press: Cambridge 2002.
- Raabe, Oliver / Wacker, Richard / Oberle, Daniel / Baumann, Christian / Funk, Christian, *Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste*, Springer: Berlin 2012.
- Radbruch, Gustav, *Arten der Interpretation*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.): *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, C. F. Müller: Heidelberg 1935, S. 23-28.
- Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Süddeutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1 Nr. 5 (August 1956), S. 105-108.
- Radbruch, Gustav, *Das Reichsgericht und die Politik*, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1949 (4), S. 433-434.
- Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, C. F. Müller Verlag: Heidelberg 2003.
- Ratschow, Eckart, *Rechtswissenschaft und Formale Logik*, Nomos: Baden-Baden 1998.

- Rauscher, Thomas, *Internationales Privatrecht. Mit internationalem Verfahrensrecht*, C.F. Müller: Heidelberg 2012.
- Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press: Oxford 1999.
- Raz, Joseph, *Praktische Gründe und Normen*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2006.
- Raz, Joseph, *Why The State*, King's College London Legal Studies Research Paper Series 2014 (2014), S. 1-23.
- Rees, W. J., *Moral rules and the Analysis of "Ought"*, The Philosophical Review 1953 (62), S. 23-40.
- Reimer, Franz, *Juristische Methodenlehre*, Nomos: Baden-Baden 2020.
- Reisch, Heiko, *Kleine Geschichte der Philosophie*, Springer Fachmedien: Wiesbaden 2018.
- Reisinger, Leo, *Rechtsinformatik*, De Gruyter: Berlin 2016.
- Reiter, Ray, *A Logic for Default Reasoning*, Artificial Intelligence 1980 (13), S. 81-132.
- Reiter, Raymond / Etherington, David W., *On Inheritance Hierarchies With Exceptions*, AAAI Proceedings 1983, S. 104-108.
- Rödig, Jürgen, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Springer Verlag: Berlin 1969.
- Rödig, Jürgen, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerechtlichen Prozesses*, Springer: Berlin 1973.
- Rödig, Jürgen, *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Springer: Berlin 1976.
- Rödig, Jürgen, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1980, S. 185-207.
- Rodríguez, Jorge / Sucar, Germán, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: Alicante 2005.
- Röhrl, Klaus F. / Röhrl, Hans Christian, *Allgemeine Rechtslehre*, Carl Heymanns Verlag: Köln 2008.
- Rosenkranz, Frank, *Die Auslegung von "Ausnahmeverordnungen"*, JURA 2015 (37), S. 783-788.
- Ross, David, *The Right and the Good*, Oxford University Press: Oxford 1930.
- Rottleuthner, Hubert, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Fischer-Taschenbuch-Verlag: Frankfurt 1973.
- Rückert, Joachim, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, Rechtsgeschichte 2004 (5), S. 128-149.
- Rückert, Joachim, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, Rechtsgeschichte 2005 (6), S. 122-142.
- Rückert, Joachim, *Die Schlachtruhe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, in: Joachim Rückert (Hrsg.): Abschiede vom Unrecht, Mohr Siebeck: Tübingen 2015, S. 320-377.
- Rückert, Joachim, *Die Schlachtruhe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, in: Joachim Rückert / Ralf Seinecke (Hrsg.): Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner, Nomos Verlag: Baden-Baden 2017, S. 541-608.

- Rückert, Joachim / Seinecke, Ralf, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf - ein historischer Überblick*, Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner, 2, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2012, S. 501-550.
- Rückert, Joachim / Seinecke, Ralf, *Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall*, JURA 2012, S. 775-781.
- Ruiner, Christoph / Richter, Lutz / Kußmaul, Heinz, *Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient! - Zugleich Anmerkungen zum Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, DB 2008, Heft 9, S. 451-457.
- Russell, Bertrand / Whitehead, Alfred North, *Principia Mathematica*, Cambridge University Press: Cambridge 1910.
- Rüthers, Bernd, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, JZ 2006 (61), S. 53-60.
- Rüthers, Bernd, *Wozu noch Methodenlehre? Die Grundlagenlücken im Jurastudium*, JuS 2011 (2011), S. 865-870.
- Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr Siebeck: Tübingen 2017.
- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, C. H. Beck: München 2018.
- Rüthers, Bernd / Höpfner, Clemens, *Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode*, JZ 2005, S. 21-25.
- Saenger, Ingo, § 313b ZPO, in: Ingo Saenger (Hrsg.): *Zivilprozessordnung*, Nomos: Baden-Baden 2019.
- Saliger, Frank, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, C.F. Müller: Heidelberg 1995.
- Sandkühler, Hans Jörg, *Pluralismus*, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.): *Enzyklopädie Philosophie*, 2, Felix Meiner Verlag: Hamburg 1999.
- Sartor, Giovanni, *Defeasibility in Legal Reasoning*, Rechtstheorie 1993 (24), S. 281-316.
- Sartor, Giovanni, *Defeasibility in Legal Reasoning*, in: Jordi Ferrer Beltrán / Giovanni Battista Ratti (Hrsg.): *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press: Oxford 2012, S. 108-136.
- Saurer, Johannes, *Hart-Dworkin-Debatte als Grundlagenkontroverse der angloamerikanischen Rechtsphilosophie*, ARSP 2012 (2), S. 214-232.
- Savigny, Eike von, *Die Phausnahme und die Phregel, oder Was die Logik im Recht nicht leisten will*, in: Hans Albert / Niklas Luhmann / Werner Maihofer / Ota Weinberger (Hrsg.): *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Bertelsmann Universitätsverlag: Düsseldorf 1972, S. 231-244.
- Sax, Walter, "Das strafrechtliche Analogieverbot" : eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht: Göttingen 1953.
- Schäfer, Birgit, *Methode und Zivilrecht bei Josef Esser*, in: Joachim Rückert / Ralf Seinecke (Hrsg.): *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*, Nomos Verlag: Baden-Baden 2017, S. 293-317.
- Schafranek, Frank, *Zweite juristische Staatsprüfung: Was macht eine gute Klausur aus?*, JA 2016, S. 765-770.

Literaturverzeichnis

- Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press: Cambridge 2012.
- Schmidt, Eberhard, *Justiz und Staat*, JZ 1953 (8), S. 321-326.
- Schmidt, Ingo, *Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens*, JuS 2003, S. 649-654.
- Schmidt, Karsten, § 125 HGB, in: Karsten Schmidt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C.H. Beck: München 2016.
- Schnapp, Friedrich E., *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, JuS 1983, S. 850-855.
- Schneider, Hartmut, § 211 StGB, in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, C.H. Beck: München 2021.
- Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Band 1, Suhrkamp: Frankfurt 1986.
- Schroth, Ulrich, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, in: Winfried Hassemer / Arthur Kaufmann / Ulfrid Neumann (Hrsg.): Argumentation und Recht, Franz Steiner Verlag: Stuttgart 1980, S. 119-126.
- Schuhr, Jan, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, JZ 2008 (63), S. 603-611.
- Schulz, Lorenz, *Recht und Pragmatismus*, in: Winfried Brugger / Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.): Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2008, S. 286-314.
- Schumann, Ekkehard, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, ZZP 1968 (81), S. 79-102.
- Schwarz, Kyrill-Alexander, § 10 VwVfG, in: Michael Fehling / Berthold Kastner / Rainer Störmer (Hrsg.): Verwaltungsrecht, Nomos: Baden-Baden 2016.
- Schwarz, Kyrill-Alexander, § 39 VwVfG, in: Michael Fehling / Berthold Kastner / Rainer Störmer (Hrsg.): Verwaltungsrecht, Nomos: Baden-Baden 2016.
- Schwarz, Kyrill-Alexander, *Einleitung zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, in: Michael Fehling / Berthold Kastner / Rainer Störmer (Hrsg.): Verwaltungsrecht, Nomos: Baden-Baden 2016.
- Searle, John, *Prima Facie Obligations*, in: Joseph Raz (Hrsg.): Practical Reasoning, Oxford University Press: Oxford 1978, S. 81 ff.
- Seibert, Thomas-Michael, *Argumentation: Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme*, Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 1980, S. 169-177.
- Seiler, Christian, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Müller: Heideblerg 2000.
- Seinecke, Ralf, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Mohr Siebeck: Tübingen 2015.
- Shapiro, Scott, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*, University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2007 (77), S. 1-54.
- Sieckmann, Jan-Reinard, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, Rechtstheorie 1994 (25), S. 163-189.
- Sieckmann, Jan-Reinard, *Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments*, Artificial Intelligence and Law 2003 (11), S. 211-219.
- Sieckmann, Jan-Reinard, *Logik Juristischer Argumentation*, Nomos: Baden-Baden 2020.

- Siedenburg, Philipp, *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung*, Nomos: Baden-Baden 2016.
- Sigwart, Christoph, *Logik*, J. C. B. Mohr: Tübingen 1924.
- Simon, Dieter, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1975.
- Simon, Eric, *Gesetzesauslegung im Strafrecht : Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge, 1. Auflage: Berlin 2011.
- Singer, Marcus George, *Verallgemeinerung in der Ethik: zur Logik moralischen Argumentierens*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1975.
- Soper, Phillip, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute*, Michigan Law Review 1977 (75), S. 473-519.
- Spamann, Holger, *Civil vs. Common Law: The Emperor has no Clothes*, August 26, 2024, SSRN <https://ssrn.com/abstract=4937647>.
- Stegmüller, Wolfgang, *Probleme und Resultate der wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie. Bd. 1: Erklärung - Begründung - Kausalität*, Springer: Berlin 1983.
- Stekeler-Weithofer, Pirmin, *Grundprobleme der Logik. Elemente einer Kritik der formalen Vernunft*, Walter de Gruyter: Berlin 1986.
- Stelkens, Ulrich, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG*, in: Hermann Hill / Dieter Kugelmann / Mario Martini (Hrsg.): *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, Nomos: Baden-Baden 2018, S. 81-122.
- Stojek, Alexandra, *Veränderung juristischer Arbeit durch Digitalisierung*, in: Hermann Hill / Dieter Kugelmann / Mario Martini (Hrsg.): *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, Nomos: Baden-Baden 2018, S. 123-142.
- Strassburg, Otto-Wolfgang, *Analogieverbot: Formalgrenze oder Wertungsgrenze?*: 1974.
- Strawson, Peter Frederick, *Freedom and Resentment and other Essays*, Methuen & Co. Ltd: London 1974.
- Struck, Gerhard, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot: Berlin 1977.
- Susskind, Richard, *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*, Oxford University Press: Oxford 2010.
- Susskind, Richard E, *Tomorrow's lawyers: An introduction to your future*, Oxford University Press: Oxford 2013.
- Tamanaha, Brian Z., *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, Journal of Law and Society 1993 (20), S. 192-217.
- Tamanaha, Brian Z., *Law*, Oxford International Encyclopedia of Legal History, St. John's Legal Studies Research Paper: 2008, <https://ssrn.com/abstract=1082436>.
- Tamanaha, Brian Z., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press: Cambridge 2017.
- Taureck, Bernhard, *Rhetorik und Philosophie im klassischen Griechenland*, in: Andreas Hetzel / Gerald Posselt (Hrsg.): *Handbuch Rhetorik und Philosophie*, De Gruyter: Berlin 2017, S. 23-52.

Literaturverzeichnis

- Temming, Felipe, *Zur Reform des § 323 BGB durch die Verbraucherrechterichtlinie*, JA 2018, S. 1-7.
- Teubner, Gunther, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, Cardozo Law Review 1991 (13).
- Teubner, Gunther, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Global Law Without a State*, Brookfield: Dartmouth 1996, S. 3-28.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*: Heidelberg 1814.
- Thiel, Christian, *Analogie*, in: Jürgen Mittelstraß (Hrsg.): *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, 2. neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, J. B. Metzler: Stuttgart 2005.
- Thür, Gerhard, *Recht im antiken Griechenland*, in: Ulrich Manthe (Hrsg.): *Die Rechtskulturen der Antike. Vom alten Orient bis zum Römischen Reich*, Unveränderter Nachdruck, 2. Auflage, C.H. Beck: München 2018, S. 191-238.
- Tiedemann, Paul, § 39 VwVfG, in: Johann Bader / Michael Ronellenfitsch (Hrsg.): Beck OK VwVfG mit VwVG und VwZG, 46. Auflage, C.H. Beck: München 2020.
- Toulmin, Stephen, *Der Gebrauch von Argumenten*, Beltz Athenäum Verlag: Weinheim 1975.
- Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press: Cambridge 2003.
- Toulmin, Stephen Edelston, *Der Gebrauch von Argumenten*, Beltz Athenäum Verlag: Weinheim 1996.
- Twining, William, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge University Press: Cambridge 2000.
- Twining, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press: Cambridge 2009.
- Twining, William, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, Duke Journal of Comparative & International Law 2010 (20), S. 473-517.
- Ulrici, Bernhard, § 38 FamFG, in: Thomas Rauscher (Hrsg.): Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Auflage, C.H. Beck: München 2018.
- Vassalli, Giuliano, *Radbruchsche Formel und Strafrecht, Zur Bestrafung der "Staatsverbrechen" im postnazistischen und postkommunistischen Deutschland*, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik 22, De Gruyter: Berlin 2010.
- Vaterrodt, Jan C. / Bohlen, Maja / Sommer, Michael, *Roland Rechtsreport*: Köln 2019.
- Viehweg, Theodor, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972 (2), S. 439-446.
- Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Beck: München 1974.
- Vielechner, Lars, *Transnationalisierung des Rechts*, Velbrück Wissenschaft: Weilerswist 2013.
- Volpp, Leti, *Talking "Culture": Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, Columbia Law Review 1996 (96), S. 1573-1617.

- von Bar, Christian / Mankowski, Peter, *Internationales Privatrecht*, C. H. Beck: München 2003.
- von Daniels, Detlef, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*, Ashgate: Farnham 2010.
- von Hein, Jan, *Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2000 (64), S. 595-613.
- von Schlieffen, Katharina Gräfin, *Rhetorik: Form ohne Inhalt?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1989 (75), S. 525-533.
- von Schlieffen, Katharina Gräfin, *Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft*, Juristenzeitung 1992, S. 231-237.
- Wang, Peng-Hsiang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Nomos: Baden-Baden 2003.
- Wang, Peng-Hsiang, *Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?*, in: Martin Borowski (Hrsg.): *The Nature of Principles*, Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2010, S. 37-48.
- Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. revidierte Auflage, Mohr Siebeck: Thüringen 2002.
- Weinberger, Ota, *Einige Betrachtungen über die Rechtsnorm vom Standpunkt der Logik und der Semantik*, Logique et Analyse 1964 (7), S. 212-232.
- Weinberger, Ota, *Rechtslogik*, Duncker & Humblot: Berlin 1989.
- Weinstein, Jack / Abrams, Norman / Brewer, Scott / Medwed, Daniel, *Evidence. Cases and Materials*, Foundation Press, 2017.
- Weirauch, Carolin, *Juristische Rhetorik*, Logos: Berlin 2005.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, De Gruyter: Berlin 1969.
- Wiedemann, Herbert, *Richterliche Rechtsfortbildung*, NJW 2014, S. 2407-2412.
- Wiedemeyer, Gerd, *Theoretische Begründung und praktische Durchführung des strafrechtlichen Analogieverbots*, Stehle: Düsseldorf 1970.
- Wieduwilt, Hendrik, *Die Sprache des Gutachtens*, JuS 2010, S. 288-292.
- Wittgenstein, Ludwig, *Über Gewißheit*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1984.
- Wittgenstein, Ludwig, *Werkausgabe Band I*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1984.
- Wolf, Christian, *Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung - Wandel der Streitkultur in Zahlen*, NJW 2015, S. 1656-1661.
- Wright, Georg Henrik von, *Handlung, Norm und Intention: Untersuchungen zur deontischen Logik*, Walter de Gruyter: Berlin 1977.
- Wróblewski, Jerzy, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, Rechtstheorie 1974 (5), S. 33-45.
- Yi, Sang-Don, *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung : das strafrechtliche Analogieverbot*: Frankfurt am Main 1992.

Literaturverzeichnis

- Yoshino, Hajime, *Zu Ansätzen der juristischen Logik*, in: Ilmar Tammelo / Cecilia Bárdos (Hrsg.): Strukturierungen und Entscheidungen im Rechtsdenken: Notation, Terminologie und Datenverarbeitung in der Rechtslogik, Springer: Wien 1978, S. 277-287.
- Zippelius, Reinhold, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, C. H. Beck: München 1980.
- Zitelmann, Ernst, *Internationales Privatrecht*, Duncker & Humblot: Leipzig 1897.
- Zweigert, Konrad, *Juristische Interpretation*, Studium generale 1954 (7), S. 380-385.