

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 müssten: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 lückenhaften 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 Wertperspektive 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.

rechtigkeit 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 begrüßen. 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 I. 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 wi3ederlegt 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 regelmäßiger 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 *Angstklausel*, welche die Verfechter der Rekonstruktion juristischer Argumentation im Syllogismus einführen, um Widersprüche durch Ausnahmen zu vermeiden.⁸⁰³ Gegen die Angstklausel wurde eingewandt, dass durch sie wenig gewonnen sei, da die Angstklausel 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 befremdlich 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 Sollygismen 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 §§ 1 ff. 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 standardisierte 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 vadas, 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 Normtatbestand 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 Umstände*“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 kontingent 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 ließen.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. „Ausnahmenvorschriften“ zutreffend Rosenkranz, *Die Auslegung von „Ausnahmenvorschriften“*, 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 Essensvorschriften 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 prozessualen 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 transzendente 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 abstellen, 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 Normsysteme 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 gestellt.

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 durchgeführten 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 dürften 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 infeasible, 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 Kopfhaares⁸⁵² 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 unklaren

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 assumptionis 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 „*Auseinanderlegung, 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 innewohnenden 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 *„grammatische 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. 1 ff.

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 „weitester“ 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 andererseits von den bisherigen Präjudizen 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: Gerade 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 verfehlen 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 Regelstrenge 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 recurriert 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* geleugnet 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

Hiervon 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 zugestehen, 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 einzig 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 Anwendungsdiskurs 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 R_1 und R_2 ⁹⁶⁷ 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 R_1 und R_2 sind nicht zwangsläufig mit den Normen im Gesetz identisch. So enthalten Normen im Gesetz teilweise eine Regel und eine Ausnahmeregel, so ist bswp. nach § 248a StGB beim Diebstahl oder der Unterschlagung geringwertiger Sachen ein

zueinander treten, wobei R_2 eine Ausnahme genau dann ist, wenn sie in ihrer Konsequenz von R_1 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 Ausnahmecharakter 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 R_1), außer wenn „die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält“ (Ausnahmeregel R_2).

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 argumenthindernde 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 verstoßen, 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 beeinträchtigt, 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 über-
treffbar. 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.“

men⁹⁸⁸ 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 vorausgesetzt 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 Nichtanwendbarkeit daraus resultiert, dass Antezedensvoraussetzungen auf der Geltungsebene begründet wurden, die nicht vorliegen. Auf der Anwendbarkeitsebene wird lediglich das (Nicht)Vorliegen von Antezedensvoraussetzungen begründet, *welche* Antezedensvoraussetzungen 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 Lebensstatsachen 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 Haustyrannenfällen 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 Haustyrannen 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 strengeren 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 Subsumieren 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 muss. 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 Antezedensvoraussetzungen der Regel damit die Antezedensvoraussetzungen der Ausnahme, die Teil des Antezedens der Regel werden. Die Ausnahme des § 228 S. 1 BGB erweitert das Antezedens 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 Antezedensvoraussetzungen der Regel vorliegen, sondern auch die Antezedensvoraussetzungen der Ausnahme, die Teil des Antezedens 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 strafbarkeitbefürwortende 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 Einwand anfangs 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 argumenthindernden 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 widerspruchsfrei sein muss. Denn wird Argumentation als widerspruchsfrei 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 Vorbringens 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 einzig 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, *Allo-wing 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 argumenthindernden 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 argumenthinderndes Argument möglich ist. Für die juristische Begründung ist festzuhalten, dass beide Ausnahmekonzepte in einer juristischen Argumentationstheorie in ihrer Unterschiedlichkeit widerspiegelt 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 Anwendbarkeitsbene.

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] konstituierte 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 *Anwendungspluralismus*.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 Rechtskonzeptpluralismus 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. 1 ff.

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 Regulationsergebnis des internationalen Privatrechts über den *ordre public* entgegen dem Wortlaut der Vorschriften korrigiert,¹⁰⁴¹ liegt Anwendungspluralismus 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 Anwendungspluralismus 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 bejahen – das Gericht weist die-

1039 Temming, *Zur Reform des § 323 BGB durch die Verbraucherrechtlichlinie*, S. 1 ff.

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 Anwendbarkeits-ebene 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 krasen Abweichungen 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.

