

A. Einleitung

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

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

-
- 1 Die Vermittlung juristischer Argumentationstechnik muss deshalb auch Bestandteil der juristischen Ausbildung sein, dies voraussetzend bspw. Beaucamp, *Typische Fehler in Klausuren, wie sie entstehen und wie man sie vermeidet* S. 758 f.; Schafranek, *Zweite juristische Staatsprüfung: Was macht eine gute Klausur aus?* S. 769 f.; Czerny / Frieling, *Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung* S. 883.
 - 2 z. B. Zivilprozess: §§ 311 Abs. 3, 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO; Strafprozess: §§ 268 Abs. 2, 267 StPO; Verwaltungsprozess: §§ 117 Abs. 2 Nr. 5, 108 Abs. 1 VwGO; sozialgerichtliches Verfahren: §§ 136 Abs. 1 Nr. 5, 128 Abs. 1 SGG; siehe dazu auch unten unter S. 57 ff.
 - 3 Bspw. Neupert, *Argumentative Sachverhaltsdarstellung. Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners*, S. 1257 ff.
 - 4 Ursprünglich Nestle, *Vom Mythos zum Logos*, zu Recht kritisch Fowler, *Mythos and Logos*, S. 45 ff.
 - 5 Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, S. 642.
 - 6 Reisch, *Kleine Geschichte der Philosophie*, S. 11.
 - 7 Reisch, *Kleine Geschichte der Philosophie*, S. 5; Pfister, *Werkzeuge des Philosophierens*, S. 11; Hardy / Schamberger, *Logik der Philosophie*, S. 11; relativierend Hardy / Schamberger, *Gibt es eine universale philosophische Methode?*, S. 649.

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Aktuelle Herausforderungen für Argumentationstheorie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

1. Digitalisierung und KI

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Pluralisierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

- 63 Einen Paradigmenwechsel weg vom staatlichen Rechtsparadigma attestiert hingegen Vielechner, *Transnationalisierung des Rechts* S. 55 ff.
- 64 Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, S. 484, 506.
- 65 So beispielsweise in Bezug auf die Rechtsvereinheitlichung im Zivilrecht Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, S. 33, zur Rechtsvereinheitlichung im 19. Jahrhundert Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, S. 128ff und Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, S. 122.
- 66 Bzgl. Globalen Rechts vergleiche die modifizierenden Ansätze bei Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*; von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective* oder von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*. Eine Theorie basierend auf Adam Smith entwickelt Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, S. 4 ff.
- 67 Hage, *Logical Tools for Legal Pluralism*, S. 14 f.: Rein logisch sind bei zwei Rechtsordnungen zur Konfliktvermeidung zwei Möglichkeiten gegeben: *reference* und *incorporation*.

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

74 Im IPR, siehe unten ab S. 238.

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

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

II. Fragestellung

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

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

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

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

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

1. Forschungsstand

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷ Siehe ab S. 86.

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

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

89 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, S. 171 (175, insb. Fn. 2); soweit der Konsens auch in der gegenwärtigen Diskussion, vgl. Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. 11; Koons, *Defeasible Reasoning*; d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 23 ff.

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

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

92 Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. 11: Der noch relativ junge Begriff der *Defeasibility* hat seit seiner Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie durch H.L.A. Hart verschiedene Stationen durchlaufen: Während er in den 70er Jahren vor allem die Forscher zur Künstlichen Intelligenz beschäftigte, wurde er anschließend von den Rechtswissenschaftlern durch Dworkin wiederentdeckt und dankbar von den Kontinentalphilosophen rezipiert, die die Idee der *Defeasibility* bei den Erwägungen zu einer Theorie normativer Systeme diskutieren; ausführlich zur Entwicklungsgeschichte Koons, *Defeasible Reasoning*.

93 Bspw. Einteilungsversuche bei Beltrán / Ratti, *Defeasibility und Legality: A Survey*, S. 11 (12); auch Koons, *Defeasible Reasoning*.

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

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

95 Koons, *Defeasible Reasoning*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

111 Siehe dazu unten ab S. 164.

112 Siehe dazu unten ab S. 243.

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

121 Im Einzelnen ab S. 204.

122 Im Einzelnen ab S. 192.

123 Bsp. ab S. 243 und 246.

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

2. These und Gang der Untersuchung

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

¹²⁷ Bsp. ab S. 243 und 246.

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

3. Einordnung der Arbeit im argumentationstheoretischen Kontext

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

a) Herstellung vs. Darstellung

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

b) Ansatz zwischen normativer und deskriptiver Argumentationstheorie

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

132 Siehe dazu ab S.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

c) Positionierung zur Methodenlehre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

151 Hiebaum, *Die Politik des Rechts: Eine Analyse juristischer Rationalität*, S. VII; kritisch Jakobs, Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, S. III7.

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

153 Dazu unten ab S. 56.

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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