

Carsten Bäcker

# Begründen und Entscheiden

Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie  
des Rechts

2. Auflage



**Nomos**

**Studien zur Rechtsphilosophie  
und Rechtstheorie**

herausgegeben von  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy und  
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 49

Carsten Bäcker

# Begründen und Entscheiden

Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts

2. Auflage



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8329-6630-0

**2. Auflage 2012**

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## VORWORT

Die freundliche Aufnahme der vorliegenden Arbeit hat eine Neuauflage möglich gemacht. Die Neuauflage ist vollständig überarbeitet. Den Präzisierungen und Ausgestaltungen stehen einige Kürzungen gegenüber, weswegen der Umfang des Buches insgesamt nur moderat angewachsen ist.

Nach wie vor ist das Buch von der Überzeugung getragen, daß die herkömmliche Diskurstheorie, wie sie als Grundlage einer Theorie des Rechts von Robert Alexy vertreten wird, nicht letztbegründet ist. Die Diskurstheorie ist daher von ihren idealen oder idealistischen Voraussetzungen zu lösen; sie ist nur als eine eindimensionale Theorie möglich und begründbar. Die hiermit notwendig einhergehende Relativierung der fundamentalen Annahmen der Alexyschen Diskurstheorie bildet den Ausgangspunkt für das Kernstück des vorliegenden Buches, die Grundlegung einer relativistischen Theorie des praktischen Diskurses. Vor dem Hintergrund dieser eindimensionalen Theorie des praktischen Diskurses wird die diskurstheoretische Konzeption des Rechts gegen ihre Kritiker verteidigt. Diese Verteidigung wird namentlich am Beispiel der Sonderfallthese unternommen, die das diskurstheoretische Verständnis der juristischen Argumentation expliziert. Als greifbare Konsequenz der Relativierung der diskurstheoretischen Erkenntnisbasis steht am Schluß die Entlastung des Richters vom überhöhten Ideal einzig richtiger Urteile.

Danken möchte ich erneut den vielen Freunden, Kollegen und Förderern am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, die als Ratgeber und Gesprächspartner auch die zweite Auflage erheblich beeinflusst haben. Herausgehoben seien, nach meinem verehrten Lehrer Robert Alexy, besonders Martin Borowski und Stanley L. Paulson. Darüber hinaus danke ich den vielen, mit denen ich bei verschiedener Gelegenheit die Thesen der ersten Auflage diskutieren konnte, allen voran Ulfrid Neumann und Walter Ott. Ihre Anregungen fanden Eingang in die Neubearbeitung.

Kiel/Hamburg, im Februar 2012

Carsten Bäcker

## VORWORT ZUR ERSTEN AUFLAGE

Es ist tägliche Praxis der Juristen, zu begründen und zu entscheiden. Dies gilt in besonderem Maße für den Richter. Die vorliegende Schrift entstand aus der Idee, den Vorgang des richterlichen Begründens und Entscheidens zu analysieren, um so zu einer Theorie des richterlichen Urteilens zu gelangen. Im Verlauf meiner von dieser Idee beseelten Studien kam ich bald zu der Überzeugung, daß von den verschiedenen angebotenen rechtstheoretischen Modellen des Begründens und Entscheidens das Argumentationsmodell den aussichtsreichsten Kandidaten zur Bereitstellung einer Theorie des richterlichen Urteilens bietet. Unter den Varianten des Argumentationsmodells kann Robert Alexys Theorie der juristischen Argumentation von sich beanspruchen, das gegenwärtig komplexeste und am weitesten ausgearbeitete Modell zu sein. Sein Modell gehört zugleich zu den meistkritisierten rechtstheoretischen Angeboten auf diesem Gebiet. Von diesem Befund ausgehend konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf die Überprüfung der Alexyschen Theorie der juristischen Argumentation, und insbesondere ihres Herzstücks, der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts. Das Ergebnis meiner Überprüfung lautet: Alexys Argumentationsmodell des Rechts kann gegen die Kritik nur dann bestehen, wenn die ideale Dimension der Diskurstheorie vollständig aufgegeben wird. Im wesentlichen bietet diese Arbeit dann, wie der Untertitel verrät, eine Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, die dem Verzicht auf die ideale Dimension Rechnung trägt. Die Diskurstheorie des Rechts in der hier vorgeschlagenen Variante zahlt dafür den Preis einer umfassenden Relativität. Diese Relativität führt aber nicht etwa, wie man befürchten könnte, zu einer vollkommenen erkenntnistheoretischen Haltlosigkeit. Sie mündet vielmehr in einem Verständnis der Rationalität als Optimalität.

Das Manuskript dieses Buches hat im Sommer 2007 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation vorgelegen. Es war im wesentlichen im Frühjahr 2006 abgeschlossen.

Mein größter Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Professor Dr. Robert Alexy, ohne den diese Arbeit gleich aus einer Vielzahl von Gründen nie erschienen wäre. Der offenkundige Grund ist, daß seine Theorie zentraler Gegenstand dieser Arbeit ist. Weniger offenkundig ist, daß ich seinen Veranstaltungen meine Begeisterung für die Rechtsphilosophie ebenso wie seinem Vorbild die Art meines methodischen Zugangs zu ihr verdanke. Herrn Professor Dr. Andreas Hoyer danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ein großer Dank gebührt weiter meinem langjährigen Kollegen am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Johannes Badenhop. Neben vielen intensiven Diskussionen verdanke ich ihm vor allem die Bewältigung sämtlicher Probleme, die die elektronische Textverarbeitung mir schuf. Allen

am Lehrstuhl, besonders Privatdozent Dr. Martin Borowski, Momme Jacobsen, Andrea Neisius, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Stanley L. Paulson und Nils Teifke, danke ich für die stets angenehme und produktive Atmosphäre in den zurückliegenden Jahren. Für wertvolle Hilfe bei der orthographischen Korrektur des Manuskripts bin ich Malte Riecken und Sören Müller dankbar.

Herrn Professor Dr. Ralf Dreier und Herrn Professor Dr. Robert Alexy danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Schriftenreihe. Dem Kieler Doctores Iuris e.V. danke ich für den meiner Dissertation – neben anderen – verliehenen Förderpreis. Meinen Eltern gebührt ein großer Dank für ihre stete Unterstützung während meines Studiums und darüber hinaus. An der Entstehung dieser Arbeit haben sie bedeutenden, nicht nur finanziellen, Anteil.

Kiel, im April 2008

Carsten Bäcker



# INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	21
A. Das Problem des juristischen Urteilens	23
B. Alexys Theorie der juristischen Argumentation im Überblick	29
I. Eine Theorie des rationalen juristischen Diskurses	30
II. Der juristische Diskurs als Sonderfall	31
III. Zwei Probleme	33
C. Der Gang der Darstellung	37
Teil 1: Zur Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses	39
A. Einführung	40
B. Alexys Begründung der Diskursregeln	44
I. Alexys Begründungsvorschlag	45
II. Die Kritik an Alexys Begründungsvorschlag	53
III. Relative Notwendigkeit optimaler Diskursivität	113
IV. Die rekonstruierte Begründung im Überblick	114
C. Ein eindimensionales Modell des Diskurses	116
I. Alexys zweidimensionales Modell des Diskurses	116
II. Das eindimensionale Modell des Diskurses	127
III. Vorteile und Schwächen des eindimensionalen Modells	152
IV. Diskursprinzipien in Alexys Diskurstheorie	170
V. Das Postulat der Optimierung der Diskursumstände	173
D. Probleme einer Letztbegründung	175
I. Die Diskurstheorie und das Münchhausen-Trilemma	175
II. Kulturrelativismus und Diktatur der Rationalität	183
III. Jetztbegründung statt Letztbegründung	185
E. Ein Prüfstein und ein Fazit	187
I. Der Prüfstein: Weinbergers Kritik	187
II. Das Fazit: Rationalität als optimale Richtigkeit	191

Teil 2: Zur Theorie des juristischen Diskurses	197
A. Einführung: Recht als institutionalisierte Vernunft	198
B. Die diskurstheoretische Konzeption des Rechts	201
I. Das vierstufige prozedurale Modell des Rechts	203
II. Doppelnatur des Rechts?	205
C. Die Sonderfallthese	207
I. Juristische Fragen als praktische Fragen	212
II. Der Anspruch auf Richtigkeit in juristischen Diskursen	215
III. Spezifisch juristische Einschränkungen	267
IV. Bestätigung der Sonderfallthese	285
D. Allgemeiner praktischer und juristischer Diskurs	287
I. Die Sekundaritätsthese	287
II. Die Additionsthese	289
III. Die Integrationsthese	293
IV. Alexys Konzept der juristischen Argumentation	296
V. Bestätigung der Integrationsthese	324
Schluß	325
A. Ein regulatives Ideal einzig richtiger Antworten im Recht?	326
B. Der Anspruch auf optimale Richtigkeit	329
I. Tendenzen in der Literatur	330
II. Begründen und Entscheiden	332
Literaturverzeichnis	335

# INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	21
A. Das Problem des juristischen Urteilens	23
B. Alexys Theorie der juristischen Argumentation im Überblick	29
I. Eine Theorie des rationalen juristischen Diskurses	30
II. Der juristische Diskurs als Sonderfall	31
III. Zwei Probleme	33
1. Das Problem relativer Richtigkeit	33
2. Das Problem des rationalistischen Gewandes	34
C. Der Gang der Darstellung	37
Teil 1: Zur Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses	39
A. Einführung	40
B. Alexys Begründung der Diskursregeln	44
I. Alexys Begründungsvorschlag	45
1. Eine transzentalpragmatische Argumentation	46
2. Atienzas Zweifel am transzentalen Charakter	47
3. Alexys Argument im Überblick	49
a. Der transzentalpragmatische Argumentationsteil	49
b. Der utilitaristisch-empirische Argumentationsteil	51
II. Die Kritik an Alexys Begründungsvorschlag	53
1. Die Kritik am transzentalpragmatischen Argument	53
a. Zur Notwendigkeit des Sprechakts der Behauptung	53
aa. Alexys Argument der allgemeinsten Lebensform	54
bb. Grils Einwand der Beliebigkeit	55
cc. Rekonstruktion des Arguments	56
(1) Die Voraussetzungen von Verständigungen	58
(2) Empirisches oder transzendentales Argument?	59
dd. Plausibilität statt Notwendigkeit	61
b. Voraussetzungen der Möglichkeit von Behauptungen	61
aa. Der Anspruch auf Richtigkeit	63
(1) Das Argument des performativen Widerspruchs	64
(a) Zur Möglichkeit notwendiger Sprachregeln	65

	(b) Sprecherrelativität und Zirkularität	66
	(c) Festlegung oder Feststellung	68
	(d) Relativ notwendige Sprachregeln	71
	(e) Ergebnis: Relative Kernbedeutung	75
	(2) Exkurs: Zum Begriff des Anspruchs	76
bb.	Der Anspruch auf Begründbarkeit	77
cc.	Die Pflicht, das Behauptete zu begründen	78
dd.	Zu den grundlegenden Ansprüchen	81
	(1) Zum kommunikativen Charakter der Diskursregeln	83
	(2) Die Möglichkeit monologischer Diskurse	84
	(3) Zur historischen Kontingenz der Diskursregeln	86
	ee. Die Relativität der grundlegenden Diskursregeln	88
c.	Zur Konklusion des transzentalpragmatischen Arguments	89
d.	Kein transzentalpragmatisches Argument	90
2.	Die Kritik am utilitaristisch-empirischen Argumentationsteil	91
a.	Zur empirischen Prämissen	91
aa.	Der Zukunftseinwand	92
bb.	Der Wahrscheinlichkeitseinwand	93
cc.	Der Geringfügigkeitseinwand	95
dd.	Die Nichtbeachtung der Diskursregeln	96
b.	Zur utilitaristischen Prämissen	96
aa.	Der Alleinherrschereinwand	97
	(1) Hitlers Herrschaft als Beispiel	98
	(2) Der Einwand der herrschenden Schicht	100
bb.	Der Kurzfristigkeitseinwand	101
cc.	Der Einwand des religiösen Fanatikers	103
c.	Zur Konklusion des utilitaristisch-empirischen Arguments	106
aa.	Der Einwand der Interessenrelativität	107
bb.	Der Objektivitätseinwand	109
cc.	Der Beliebigkeitseinwand	112
d.	Bestätigung des utilitaristisch-empirischen Arguments	113
III.	Relative Notwendigkeit optimaler Diskursivität	113
IV.	Die rekonstruierte Begründung im Überblick	114
C.	Ein eindimensionales Modell des Diskurses	116
I.	Alexys zweidimensionales Modell des Diskurses	116
1.	Alexys Begriff des idealen praktischen Diskurses	116
a.	Das Konstruktionsproblem	117
b.	Das Konsensproblem	117

c.	Das Kriteriumproblem	118
d.	Das Richtigkeitsproblem	118
e.	Das Objektivitätsproblem	118
f.	Das Widerspruchsproblem	119
2.	Alexys Begriff des realen praktischen Diskurses	120
a.	Die Rolle der Diskursregeln	121
b.	Der reale Diskurs als tatsächlich möglicher Diskurs	123
c.	Die Relativität der Richtigkeit	124
d.	Die Zweidimensionalität der Richtigkeit	126
II.	Das eindimensionale Modell des Diskurses	127
1.	Der optimale Diskurs	127
a.	Das Diskursideal	128
aa.	Unmöglichkeit des idealen Diskurses	128
bb.	Der ideale Diskurs als Diskursideal	130
b.	Die Diskursprinzipien	131
aa.	Exkurs: Regeln und Prinzipien in der Rechtstheorie	131
(1)	Prinzipien als Regeln?	133
(2)	Die normative Struktur von Prinzipien und Regeln	135
(3)	Regeln, Prinzipien und Defeasibility	137
(a)	Prima facie-Gehalt von Regeln und Prinzipien	138
(b)	Günthers Konversationsbedingungen	139
(4)	Prinzipien zwischen idealem und realem Sollen	140
(5)	Eine dreifache Unterscheidung	142
bb.	Diskursregeln als Prinzipien	143
(1)	Die bloß approximative Erfüllbarkeit als Kriterium	144
(2)	Optimierungs- und Maximierungsgebote	145
c.	Diskursprinzipien im engeren Sinne	146
2.	Der tatsächliche Diskurs	148
a.	Diskursprinzipien als Maßstab tatsächlicher Diskurse	148
b.	Typisierte Diskurssituationen	150
c.	Notwendige Relativität tatsächlicher Diskurse	152
III.	Vorteile und Schwächen des eindimensionalen Modells	152
1.	Vorteile des Modells	152
a.	Überwindung struktureller Probleme	153
aa.	Das Konstruktionsproblem	153
bb.	Das Konsensproblem	154
cc.	Das Kriteriumproblem	154
dd.	Das Objektivitätsproblem	155
ee.	Das Widerspruchsproblem	155

b.	Optimierung statt Hypothesisierung	156
c.	Formaler Charakter	157
2.	Schwächen des Modells	157
a.	Inhaltliche Unbestimmtheit	158
aa.	Ein kulturgeschichtlicher Nutzen	158
bb.	Drei Beispiele	159
cc.	Das Sklavereiphänomen	159
dd.	Konsequenz: Klarheit über Relativität	162
b.	Begrenzte Rationalität	162
aa.	Ergebnisindefinität der Diskurse	162
bb.	Notwendige Relativität der Diskursergebnisse	164
cc.	Konsequenz: Notwendigkeit von Entscheidungen	165
c.	Das Optimierungsproblem	166
d.	Die Gegenstände der Diskursprinzipien	167
aa.	Zusätzliche Bedingungen idealer Diskurse	167
bb.	Reduktion der Bedingungen idealer Diskurse	168
cc.	Verhältnis der Bedingungen zueinander	169
e.	Grenzen der Diskurstheorie	169
IV.	Diskursprinzipien in Alexys Diskurstheorie	170
1.	Alexys Begriff des Diskursprinzips	170
2.	Alexys Diskursregeln als Prinzipien	171
3.	Alexys Prinzipienmodell des Diskurses	172
V.	Das Postulat der Optimierung der Diskursumstände	173
D.	Probleme einer Letztbegründung	175
I.	Die Diskurstheorie und das Münchhausen-Trilemma	175
1.	Die Durchbrechung des Trilemmas	176
a.	Rationalität statt Gewißheit	176
b.	Die allgemeinste Lebensform als Dogma	177
c.	Ein popperianischer Punkt der Erkenntnis	178
2.	Faktisch geltende Diskursregeln als Ausgangspunkt	181
II.	Kulturrelativismus und Diktatur der Rationalität	183
III.	Jetztbegründung statt Letztbegründung	185
E.	Ein Prüfstein und ein Fazit	187
I.	Der Prüfstein: Weinbergers Kritik	187
1.	Kollektivierung der Vernunft	187
2.	Täuschendes Konstrukt des Idealdiskurses	189
3.	Mangelnde Determination unserer Entscheidungen	190

4. Vom Widerspruch zum Zuspruch	191
II. Das Fazit: Rationalität als optimale Richtigkeit	191
1. Diskurstheorie und kritischer Rationalismus	193
2. Grundlage einer Diskurstheorie des Rechts	194
Teil 2: Zur Theorie des juristischen Diskurses	197
A. Einführung: Recht als institutionalisierte Vernunft	198
B. Die diskurstheoretische Konzeption des Rechts	201
I. Das vierstufige prozedurale Modell des Rechts	203
II. Doppelnatur des Rechts?	205
C. Die Sonderfallthese	207
I. Juristische Fragen als praktische Fragen	212
1. Neumanns Meteorologieeinwand	213
2. Juristische Fragen als theoretische und praktische Fragen	214
II. Der Anspruch auf Richtigkeit in juristischen Diskursen	215
1. Der Unbestimmtheitseinwand	217
a. Der materiale Gehalt der Diskursregeln	218
b. Die Relativität der Diskursergebnisse	220
c. Die diskursiven Modalitäten im eindimensionalen Modell	222
2. Der Relativitätseinwand	224
3. Der rechtliche Anspruch auf allgemeine praktische Richtigkeit	227
a. Neumanns Einwand des unvernünftigen Gesetzes	228
b. Die diskurstheoretische Konzeption des Rechts als Antwort	229
c. Zwei Aspekte des rechtlichen Anspruchs auf Richtigkeit	231
aa. Zur Begründungsbedürftigkeit	233
bb. Begriff und Geltung des Rechts	234
(1) Das Richtigkeitsargument	234
(a) Zwei Beispiele performativer Widersprüche	235
(b) Ein doppelter Was-denn-sonst-Schluß	238
(c) Aufzeigen statt Begründen	241
(2) Das Prinzipienargument	243
(a) Zur Inkorporationsthese	243
(b) Zur Moralthese	245
(c) Zur Richtigkeitsthese	248
(3) Alexys Begründung im Überblick	249
cc. Keine überzeugende Begründung	250

d. Eine diskurstheoretische Alternative	250
aa. Das vierstufige Modell als Ausgangspunkt	251
bb. Die Entscheidung für das diskursiv Mögliche	253
cc. Die Auswirkung auf das Recht	256
(1) Das Gesetzgebungsverfahren	256
(2) Das Gerichtsverfahren	258
(3) Rechtliche Richtigkeit als Sonderfall	260
dd. Der Anspruchscharakter der Bindungen	260
ee. Das Verhältnis der Ansprüche zueinander	263
ff. Konsequenzen für den Rechtsbegriff	265
e. Widerlegung von Neumanns Kritik	266
4. Bestätigung der zweiten These	267
III. Spezifisch juristische Einschränkungen	267
1. Der Begriff des juristischen Diskurses	268
2. Die Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik	270
a. Gesetzesbindung	270
b. Präjudizienbindung	271
c. Dogmatikbindung	271
d. Ungleiche Bindungswirkungen	272
3. Der Diskurscharakter des juristischen Diskurses	274
a. Diskussionen und Diskurse	274
b. Die rechtswissenschaftliche Diskussion als Diskurs	276
c. Das gerichtliche Verfahren als Diskurs	277
aa. Die Diskursprinzipien als Maßstab	277
bb. Das Problem des strategischen Handelns	279
(1) Hilgendorfs Trivialitätsvorwurf	280
(2) Neumanns Unkenntlichkeitseinwand	280
(3) Interessenoptimierung oder Richtigkeitsanspruch?	281
(4) Kaufmanns Einwand der Herrschaftsfreiheit	282
cc. Das Gerichtsverfahren als diskursives Korsett	282
4. Juristische Diskurse sind Diskurse	285
IV. Bestätigung der Sonderfallthese	285
D. Allgemeiner praktischer und juristischer Diskurs	287
I. Die Sekundaritätsthese	287
II. Die Additionsthese	289
III. Die Integrationsthese	293
IV. Alexys Konzept der juristischen Argumentation	296
1. Noch einmal: Zur Erforderlichkeit des juristischen Diskurses	297

2. Noch einmal: Zum juristischen Anspruch auf Richtigkeit	300
3. Strukturelle Übereinstimmungen	301
a. Zu den Regeln und Formen des juristischen Diskurses	302
aa. Zur internen Rechtfertigung	302
(1) Alexys Formen der internen Rechtfertigung	302
(2) Neumanns Einwand der Praxisadäquanz	305
(a) Behauptung statt Begründung	305
(b) Toulmins Modell als adäquate Beschreibung	306
(c) Neumanns Argument: Defeasibility	308
(d) Echte und unechte Defeasibility	309
(e) Interne Rechtfertigung als Explikation	311
(3) Alexys Regeln der internen Rechtfertigung	312
(a) Reduktion der internen Rechtfertigung	312
(b) Regelbefolgung qua Struktur	312
(c) Regelbefolgung qua externer Rechtfertigung	314
bb. Zur externen Rechtfertigung	315
cc. Exkurs: Zur Form des Analogieschlusses	318
b. Bestätigung struktureller Übereinstimmungen	320
4. Erforderlichkeit allgemeiner praktischer Argumente	321
V. Bestätigung der Integrationsthese	324
Schluß	325
A. Ein regulatives Ideal einzig richtiger Antworten im Recht?	326
B. Der Anspruch auf optimale Richtigkeit	329
I. Tendenzen in der Literatur	330
II. Begründen und Entscheiden	332
Literaturverzeichnis	335



## SYMBOLVERZEICHNIS

¬	Negation	(nicht)
→	Konditional	(wenn ..., dann ...)
↔	Bikonditional	(... genau dann, wenn ...)
∧	Konjunktion	(und)
∨	Disjunktion	(oder)
(x)	Allquantor	(für alle x gilt, daß ...)
○	Gebotsoperator	(es ist geboten, daß ...)

