

Carsten Bäcker

Begründen und Entscheiden

Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie
des Rechts



Nomos

**Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie**

herausgegeben von
Prof. Dr. Robert Alexy und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 49

Carsten Bäcker

Begründen und Entscheiden

Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts



Nomos

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

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2007

ISBN 978-3-8329-3574-0

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

VORWORT

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 besetzten 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	17
A. Das Problem des juristischen Urteilens	19
B. Drei Modelle des juristischen Urteilens	25
I. Das Ermessensmodell in Kelsens Theorie	25
II. Das Erkenntnismodell in Dworkins Theorie	30
III. Das Argumentationsmodell in Alexys Theorie	32
C. Der Gang der Darstellung	41
Teil 1: Zur Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses	43
A. Einführung	44
B. Alexys Begründung der Diskursregeln	49
I. Alexys Begründungsvorschlag	50
II. Die Kritik an Alexys Begründungsvorschlag	57
III. Das Argument im Überblick	114
C. Ein Drei-Ebenen-Modell des Diskurses	117
I. Alexys Zwei-Ebenen-Modell des Diskurses	117
II. Das Drei-Ebenen-Modell des Diskurses	127
III. Vorteile und Schwächen des Drei-Ebenen-Modells	147
IV. Das Verhältnis zu Alexys Diskurstheorie	161
V. Das Postulat der Optimierung der Diskursumstände	165
D. Probleme einer Letztbegründung	166
I. Die Diskurstheorie und das Münchhausen-Trilemma	166
II. Die Diktatur der Rationalität	174
III. Ergebnis: Unmöglichkeit der Letztbegründung	175
E. Weinbergers fundamentale Kritik und ein Fazit	177
I. Weinbergers Kritik	177
II. Fazit: Rationalität statt Gewißheit	180

Teil 2: Zur Theorie des juristischen Diskurses	185
A. Einführung	186
B. Die Sonderfallthese	190
I. Juristische Fragen als praktische Fragen	195
II. Der Anspruch auf Richtigkeit in juristischen Diskursen	198
III. Spezifisch juristische Einschränkungen (Sonderfallthese i. e. S.)	252
IV. Ergebnis: Bestätigung der Sonderfallthese	267
C. Das Verhältnis des juristischen zum allgemeinen praktischen Diskurs	269
I. Die Sekundaritätsthese	269
II. Die Additionsthese	271
III. Die Integrationsthese	275
IV. Alexys These der Verklammerung des juristischen mit dem allgemeinen praktischen Diskurs	277
V. Ergebnis: Bestätigung der Integrationsthese	303
D. Schluß: Diskurstheorie und juristisches Urteilen	304
Literaturverzeichnis	309
Autorenverzeichnis	321
Stichwortverzeichnis	323

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	17
A. Das Problem des juristischen Urteilens	19
B. Drei Modelle des juristischen Urteilens	25
I. Das Ermessensmodell in Kelsens Theorie	25
II. Das Erkenntnismodell in Dworkins Theorie	30
III. Das Argumentationsmodell in Alexys Theorie	32
C. Der Gang der Darstellung	41
Teil 1: Zur Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses	43
A. Einführung	44
B. Alexys Begründung der Diskursregeln	49
I. Alexys Begründungsvorschlag	50
II. Die Kritik an Alexys Begründungsvorschlag	57
1. Die Kritik am transzentalpragmatischen Argument (T.x)	57
a. Zur Notwendigkeit des Sprechakts der Behauptung (T.1)	57
b. Die notwendigen Voraussetzungen der Möglichkeit von Behauptungen (T.2)	64
aa. Der Anspruch auf Richtigkeit (T.2.1)	66
(1) Zur Möglichkeit einer Kernbedeutung des Ausdrucks Behauptung	67
(a) Zur Möglichkeit notwendiger Sprachregeln	68
(b) Zum performativen Widerspruch	69
(c) Relativ notwendige Sprachregeln	74
(d) Die relative Kernbedeutung des Ausdrucks Behauptung	77
(2) Zum Begriff des Anspruchs	78
bb. Zu (T.2.2) und (T.2.3)	80
cc. Zu den grundlegenden Ansprüchen (T.2.4)	83
(1) Zum pragmatischen Charakter der Diskursregeln	85
(2) Zur historischen Kontingenz der Diskursregeln	88
dd. Die relative Notwendigkeit der Sprachregeln	90

c.	Zur Konklusion des transzentalpragmatischen Arguments (T.3)	90
d.	Ergebnis: Kein transzentalpragmatisches Argument	91
2.	Die Kritik am utilitaristisch-empirischen Argumentationsteil (U.x)	92
a.	Zur empirischen Prämissen (U.1)	93
aa.	Der Zukunftseinwand	94
bb.	Der Wahrscheinlichkeitseinwand	95
cc.	Der Geringfügigkeitseinwand	96
dd.	Die Nichtbeachtung der Diskursregeln	97
b.	Zur utilitaristischen Prämissen (U.2)	98
aa.	Der Alleinherrschereinwand	98
bb.	Der Kurzfristigkeitseinwand	102
cc.	Der Einwand des religiösen Fanatikers	104
c.	Zur Konklusion des utilitaristisch-empirischen Arguments (U.3)	106
aa.	Der Einwand der Interessenrelativität	107
bb.	Der Objektivitätseinwand	109
cc.	Der Beliebigkeitseinwand	113
d.	Ergebnis: Bestätigung des utilitaristisch-empirischen Arguments	114
III.	Das Argument im Überblick	114
C.	Ein Drei-Ebenen-Modell des Diskurses	117
I.	Alexys Zwei-Ebenen-Modell des Diskurses	117
1.	Alexys Begriff des idealen praktischen Diskurses	117
2.	Alexys Begriff des realen praktischen Diskurses	120
II.	Das Drei-Ebenen-Modell des Diskurses	127
1.	Die Ebene des Diskursideals	127
2.	Die Ebene der Diskursprinzipien	130
a.	Die rechtstheoretische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	130
aa.	Zu einigen Einwänden	131
bb.	Eine dreifache Unterscheidung	138
b.	Diskursregeln als Prinzipien	139
c.	Diskursprinzipien als Bindeglied zwischen dem Idealen und dem Realen	141
3.	Die Ebene der tatsächlichen Diskurse	143
III.	Vorteile und Schwächen des Drei-Ebenen-Modells	147
1.	Vorteile des Modells	147

a.	Die Überwindung der Probleme des zweistufigen Modells	148
b.	Verzicht auf den bloß vorstellbaren idealen Diskurs	150
c.	Der rein formale Charakter des dreistufigen Modells	151
2.	Schwächen des Modells	151
a.	Der inhaltlich unbestimmte Charakter des Modells	152
b.	Die zwei Schwächen tatsächlicher Diskurse	155
c.	Das Optimierungsproblem	158
d.	Die offene Klasse der Gegenstände der Diskursprinzipien	159
IV.	Das Verhältnis zu Alexys Diskurstheorie	161
1.	Alexys Begriff des Diskursprinzips	162
2.	Alexys Diskursregeln als Prinzipien	162
3.	Alexys Prinzipienmodell des Diskurses	163
V.	Das Postulat der Optimierung der Diskursumstände	165
D.	Probleme einer Letztbegründung	166
I.	Die Diskurstheorie und das Münchhausen-Trilemma	166
1.	Die Durchbrechung des Trilemmas	167
2.	Faktisch geltende Diskursregeln als Ausgangspunkt	171
II.	Die Diktatur der Rationalität	174
III.	Ergebnis: Unmöglichkeit der Letztbegründung	175
E.	Weinbergers fundamentale Kritik und ein Fazit	177
I.	Weinbergers Kritik	177
II.	Fazit: Rationalität statt Gewißheit	180
1.	Diskurstheorie und kritischer Rationalismus	182
2.	Das Argumentationsmodell als dritter Weg	183
Teil 2: Zur Theorie des juristischen Diskurses		185
A.	Einführung	186
B.	Die Sonderfallthese	190
I.	Juristische Fragen als praktische Fragen	195
II.	Der Anspruch auf Richtigkeit in juristischen Diskursen	198
1.	Der Unbestimmtheitseinwand	199
a.	Der materiale Gehalt der Diskursregeln	201
b.	Die Relativität der Diskursergebnisse	202
c.	Die diskursiven Modalitäten im Drei-Ebenen-Modell	205
2.	Der Relativitätseinwand	206
3.	Der rechtliche Anspruch auf allgemeine praktische Richtigkeit	209

a.	Neumanns Einwand des unvernünftigen Gesetzes	210
b.	Alexys vierstufiges prozedurales Modell des Rechts	211
aa.	Die vier Stufen des Modells	213
bb.	Die Relevanz des Modells für Neumanns Einwand	216
c.	Alexys zwei Aspekte des rechtlichen Anspruchs auf Richtigkeit	218
aa.	Alexys Begründung des Anspruchs auf Richtigkeit im Recht	221
(1)	Das Richtigkeitsargument	221
(2)	Das Prinzipienargument	229
(a)	Zur Inkorporationsthese	229
(b)	Zur Moralthese	231
(c)	Zur Richtigkeitsthese	234
(d)	Zusammenfassung	235
bb.	Ergebnis: Einige Schwächen	236
d.	Eine diskurstheoretische Alternative	236
aa.	Die Entscheidung für das diskursiv Mögliche	239
bb.	Die Auswirkung auf das Recht	241
(1)	Das Gesetzgebungsverfahren	242
(2)	Das Gerichtsverfahren	244
(3)	Der Begriff der rechtlichen Richtigkeit	245
cc.	Der Anspruchscharakter der Bindungen	246
dd.	Das Verhältnis der Ansprüche zueinander	248
e.	Zwischenergebnis: Widerlegung von Neumanns Kritik	252
4.	Ergebnis: Bestätigung der zweiten These	252
III.	Spezifisch juristische Einschränkungen (Sonderfallthese i. e. S.)	252
1.	Der Begriff des juristischen Diskurses	253
2.	Die Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik	255
3.	Der Diskurscharakter des juristischen Diskurses	258
a.	Die rechtswissenschaftliche Diskussion als Diskurs	260
b.	Das gerichtliche Verfahren als Diskurs	261
4.	Zwischenergebnis: Juristische Diskurse als Diskurse	267
IV.	Ergebnis: Bestätigung der Sonderfallthese	267
C.	Das Verhältnis des juristischen zum allgemeinen praktischen Diskurs	269
I.	Die Sekundaritätsthese	269
II.	Die Additionsthese	271
III.	Die Integrationsthese	275

IV. Alexys These der Verklammerung des juristischen mit dem allgemeinen praktischen Diskurs	277
1. Zur Erforderlichkeit des juristischen Diskurses aufgrund der Beschaffenheit des allgemeinen praktischen Diskurses	278
2. Zur partiellen Übereinstimmung im Anspruch auf Richtigkeit	281
3. Zur strukturellen Übereinstimmung von Regeln und Formen des juristischen mit denen des allgemeinen praktischen Diskurses	283
a. Zu den Regeln und Formen des juristischen Diskurses	283
aa. Zur internen Rechtfertigung	283
(1) Die Formen der internen Rechtfertigung	284
(2) Neumans Einwand gegen die deduktive Struktur juristischen Urteilens	286
(3) Die Regeln der internen Rechtfertigung	291
bb. Zur externen Rechtfertigung	294
cc. Zur Form des Analogieschlusses	297
b. Zur Übereinstimmung mit den Regeln und Formen des allgemeinen praktischen Diskurses	299
4. Zum Erfordernis allgemeiner praktischer Argumente im Rahmen der juristischen Argumentation	300
V. Ergebnis: Bestätigung der Integrationsthese	303
D. Schluß: Diskurstheorie und juristisches Urteilen	304
Literaturverzeichnis	309
Autorenverzeichnis	321
Stichwortverzeichnis	323

SYMBOLVERZEICHNIS

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

