

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 138

Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik

Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht
juristischer Theoriebildung

Von

Dr. Thomas Schlapp



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS SCHLAPP

Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 138

Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik

Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht
juristischer Theoriebildung

Von

Dr. Thomas Schlapp



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schlapp, Thomas:

Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik: Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung / von Thomas Schlapp. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989 (Schriften zur Rechtstheorie; H. 138)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06650-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-06650-2

Meinen Eltern

Ich bin von vornherein bereit zuzugestehen, daß meine Konzeption falsch ist, hege jedoch eine gewisse Hoffnung, zumal bekanntermaßen gut irrt, wer als erster irrt. Sollte sich jedoch auch diese Hoffnung als illusorisch erweisen, werde ich froh sein darüber, daß ich auf dieser Welt nicht so einsam gewesen bin, wie es bis zu diesem Zeitpunkt den Anschein hatte.

Alexander Sinowjew

Vorwort

Die vorliegende Arbeit versucht – soweit ich sehe erstmals – eine vollständige Theorie juristischer Dogmatik anzubieten. Der Gegenstand „Rechtsdogmatik“ ist ein Problembereich, dem sich Juristen, wiewohl vertraut im Umgang mit der Vokabel, theoretisch nur sehr zögerlich nähern. Dies mag damit zusammenhängen, daß die rechtstheoretischen Anknüpfungsmöglichkeiten überaus disparater Natur sind.

Es machte wenig Sinn, wollte man in Ausnützung dieser Situation dem Drang zu freier Assoziation nachgeben. Erfolgversprechender schien es, die Größe „Rechtsdogmatik“ nach einem „Bauplan“ zu rekonstruieren, der sich anderwärts bereits bei vergleichbaren Aufgaben bewährt hatte und der als Garant für die gebotene metatheoretische Disziplin dienen konnte.

Diesen „Bauplan“ liefert eine neue wissenschaftstheoretische Sichtweise, die von dem Amerikaner *J. D. Sneed* erstmals 1971 in seinem Werk „*The logical structure of mathematical Physics*“ zur Analyse physikalischer Theorien vorgeschlagen wurde und die sich im Anschluß hieran zum führenden wissenschaftstheoretischen Paradigma ausgebildet hat. Insofern verdankt sich die Arbeit der anfangs gewagt erscheinenden These, Rechtsdogmatik sei (physikalischen) Theorien vergleichbar und daher analog rekonstruierbar.

Auf der Basis dieses Szenarios verfolgt die Untersuchung zwei Zwecke: einmal die Antwort auf die Frage, was eine „Rechtsdogmatik“ ist oder präzisiert: wie weit sich die präsupponierte These halten läßt, Rechtsdogmatik sei eine Form wissenschaftlicher Theoriebildung. Zum anderen wird versucht, die rechtstheoretische Reflexion im Bereich der analytischen Rechtswissenschaftstheorie auf ein Niveau zu heben, auf dem sie die reine Wissenschaftstheorie der Gegenwart zumindest wieder zur Kenntnis nehmen kann. Diese Arbeit ist hinsichtlich der strukturalistischen Wissenschaftsphilosophie bisher nicht geleistet.

Ich habe an dieser Stelle meinen Dank all jenen auszusprechen, die den Werdegang dieser Arbeit verfolgt haben: zunächst Prof. Dr. Winfried Hassemer, dem Betreuer der Arbeit, der sich des Themas mit größter Toleranz und Geduld annahm und dem es zu verdanken ist, daß aus mancherlei Unübersichtlichem noch Durchschaubares entstand. Ich hoffe, daß sich von seiner Liberalität gegenüber anderen wissenschaftstheoretischen Richtungen auch etwas in dieser Arbeit findet. Mein Dank gilt schließlich all denjenigen, die mich zuweilen selbst vom Sinn der Anstrengungen überzeugen mußten. Dank also an Priv. Doz. Dr. Maximilian Herberger, Wiss. Ass. Kai Hart-Hönig, Prof. Dr. Bernhard Haffke und meiner Frau, Rechtsanwältin Xanthi Bassakou.

Thomas Schlapp

Inhaltsverzeichnis

I	Einleitende Bemerkungen	13
I.1	Juristische Dogmatik und wissenschaftliche Theorien	13
I.1.1	Vorbemerkung	13
I.1.2	Erster Zugang zu „wissenschaftlichen Theorien“	14
I.1.3	Erster Zugang zu „juristischer Dogmatik“	20
I.2	Rechtswissenschaft und Naturwissenschaften	30
I.2.1	Das Problem	30
I.2.2	Ein formales Modell der Problemzugänge	33
I.2.3	Vorbereitende Bemerkungen	36
I.2.4	Das historische Beispiel: Thomas Hobbes	37
I.2.5	Schlußfolgerungen	46
II	Sichtweisen juristischer Dogmatik	47
II.1	Vorbemerkungen	47
II.2	Funktionalistische Sichtweisen von Dogmatik	48
II.2.1	Systemtheoretische Varianten	48
II.2.2	Rechtstheoretische Varianten	52
II.3	Wissenschaftslogische Sichtweisen von Dogmatik	55
II.3.1	Dogmatik als Aussagensystem („Aussagenkonzept“)	55
II.3.2	Dogmatik als Menge von Lösungsvorschlägen	65
II.4	Hermeneutische Sichtweisen von Dogmatik	71
II.4.1	Zur Unterscheidung zweier Zugänge	71
II.4.2	Dogmatik als sinnkonstituierendes Medium	71
II.5	Offene Fragen im Zusammenhang mit juristischer Theoriebildung . .	75
II.5.1	Dogmatik und Modelle	76
II.5.2	Autonomie der Rechtsbegriffe	77
II.5.3	Normative Tatbestandsmerkmale	78
II.6	Aufriß der Problemstellungen	79
III	Das strukturalistische Theorienkonzept	81
III.1	Vorbemerkung	81
III.2	Die historische Situation	82

III.2.1	Die „Aussagenkonzeption“ von Theorien und das Problem „theoretischer Terme“	82
III.2.2	Wissenschaftsgeschichte und Wissenschaftsforschung als Wissenschaftstheoriekritik	85
III.2.3	Bourbaki-Mathematik und mengentheoretische Prädikate	89
III.3	Die Metatheorie von J. D. Sneed	92
III.3.1	Vorbemerkung zur Darstellung	92
III.3.2	Kurze Charakterisierung der Theorie	92
III.3.3	Die erste Version einer empirischen Behauptung. Modelle, potentielle Modelle und intendierte Anwendungen	94
III.3.4	Das Problem theoretischer Terme und die Ramsey-Lösung des Problems. Partielle potentielle Modelle	97
III.3.5	Erweiterungen der Ramsey-Lösung. Nochmals: intendierte Anwendungen, Constraints	102
III.3.6	Die letzte Version einer empirischen Behauptung: Der Ramsey-Sneed-Satz einer Theorie	107
III.3.7	Die Struktur einer physikalischen Theorie. Non-statement-view	112
III.3.8	Aspekte der Theoriendynamik	117
III.4	Die Bedeutung der Theorie von Sneed für die Analyse von Dogmatiken – ein Vorgriff	119
III.5	Zusammenfassung	120
IV	Juristische Dogmatik in strukturalistischer Sicht	122
IV.1	Vorbemerkung	122
IV.2	Der Ausgangspunkt	122
IV.3	Dogmatik als Struktur	123
IV.3.1	Die Struktur eines Dogmatikelements	123
IV.3.2	Mengentheoretische Prädikate und Modelle eines Dogmatikelements	123
IV.3.3	Potentielle Modelle eines Dogmatikelements	128
IV.3.3.1	Das Problem	128
IV.3.3.2	T-Theoretizität und Rechtsbegriffe	129
IV.3.3.3	Potentielle Modelle	138
IV.3.4	Partielle potentielle Modelle und intendierte Anwendungen einer Dogmatik	141
IV.3.5	Das Verhältnis von potentiellen Modellen zu partiellen potentiellen Modellen in juristischen Dogmatiken	145
IV.3.6	Constraints	150
IV.3.6.1	Grundlagen	150
IV.3.6.2	Kontrastierung mit der juristischen Argumentationstheorie	151
IV.3.6.3	Zwei Typen von dogmatischen Constraints	153

IV.3.6.4	Unterschiede dogmatischer Constraints zu Sneed'schen Constraints . . .	159
IV.3.6.4.1	Der Definitionsbereich von Interpretationsconstraints	160
IV.3.6.4.2	Die Determinationsfunktion der Grundsatzconstraints	161
IV.3.6.4.3	„Doppelte Dogmatisierungen“	162
IV.3.7	Die Elemente eines Dogmatikelements	163
IV.4	Die Struktur dogmatischer Behauptungen	164
IV.4.1	Die Antwort des statement-view	164
IV.4.2	Die Antwort des non-statement-view	165
IV.5	Dogmatiken und Dogmatikelemente	167
IV.6	Einige Definitionen und Schemata	168
IV.7	Rechtstheoretische Deutungen der Definitionen	171
IV.8	Abschließende Bemerkungen zur Explikation des strukturalistischen Dogmatikkonzepts	173
V	Das strukturalistische Dogmatikkonzept in Aktion	175
V.1	Zur Beantwortung offener Fragen der Rechtstheorie	175
V.1.1	Dogmatik und „Modelle“	175
V.1.2	Struktur und Komponenten einer Dogmatik	175
V.1.3	Zur Funktion einzelner Strukturmerkmale	176
V.1.4	„Fallkonstellationen“ und Dogmatik	185
V.1.5	Die Reduktion der Eigenkomplexität einer Dogmatik	185
V.1.6	Die Autonomie von Rechtsbegriffen	189
V.1.7	Normative Tatbestandsmerkmale und theoretische Terme	192
V.1.8	Minimale, klassische und restriktive Dogmatiken	197
V.2	Rechtstheoretische Verallgemeinerungen	197
V.2.1	Die Anwendungsbezogenheit des Rechts	198
V.2.2	Der hermeneutische Charakter der Rechtsdogmatik	199
V.3	Zur Analyse einer konkreten Dogmatik	202
V.3.1	Vorbemerkung	202
V.3.2	Die Dogmatik des § 32 StGB	203
V.3.2.1	Analyse der begrifflichen Fassung der Dogmatik	203
V.3.2.2	Strukturalistische Charakterisierung der Dogmatik	210
VI	Rechtstheoretische Position der strukturalistischen Dogmatiktheorie	213
VI.1	Theoretische Tradition	213
VI.2	Zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	215
Literaturverzeichnis	216

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Zeitschriften

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVR	Datenverarbeitung im Recht
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KrimJour	Kriminologisches Journal
NHPhil	Neue Hefte für Philosophie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RTh	Rechtstheorie
RuP	Recht und Politik
SoW	Soziale Welt
StV	Strafverteidiger
VerwArch	Verwaltungsarchiv
ZAW	Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

I Einleitende Bemerkungen

I.1 Juristische Dogmatik und wissenschaftliche Theorien

I.1.1 Vorbemerkung

Dem Juristen ist der Umgang mit dem Begriff der „Theorie“ nicht fremd. Er verwendet ihn vorzugsweise zur Bezeichnung von begrifflichen Konstruktionen, die an bestimmten Zweigstellen einer juristischen Dogmatik¹ vorkommen und dort die Entscheidung determinieren. Derartige Zweigstellen können einerseits unmittelbare Auslegungsfragen sein, andererseits aber auch unabhängig vom Normtext entworfene Konstruktionsvorschläge. Ein Beispiel für eine solche „Auslegungstheorie“ findet sich etwa im Bereich der Erfüllungsdogmatik des § 362 BGB der der Form der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“, die dort mit der „Vertragstheorie“ konkurriert². Unabhängig von einer singulären Norm entwickelt ist beispielsweise die im Rahmen der §§ 16, 17, 32 StGB operierende „eingeschränkte Schuldtheorie“ die dort der „strengen Schuldtheorie“ kontrastiert³.

In beiden Fällen – weitere Beispiele lassen sich leicht finden⁴ – ist der Sprachgebrauch „Theorie“ eingeübt. Gleichwohl artikulieren einige Juristen Unbehagen an der Verwendung dieses Begriffs. In der Tat erscheint dessen Gebrauch im Rahmen scheinbar trivialer Zusammenhänge, wie etwa der Abwicklung eines Kaufvertrages, zumindest mit Rücksicht auf komplexe mathematische Strukturen zur Beschreibung kosmischer Vorgänge, die bereits das Signum „Theorie“ tragen, zu hoch gegriffen. Tatsächlich bemüht man sich, die so etikettierten juristischen Konstruktionen aus der erdrücken-

¹ Der Begriff „Dogmatik“ wird vorläufig präexplikativ verwendet und appelliert nur an die fachwissenschaftliche Intuition. Es wird im Verlauf der Untersuchung zu zeigen sein, daß das zu entwerfende Bild einer Dogmatik diese Intuition erheblich überschreitet.

² Es geht hier um die Lösung der Streitfrage, ob eine geschuldete Leistung durch faktisches Handeln oder nur durch Abschluß eines separaten „Erfüllungsvertrages“ bewirkt werden kann. Vgl. *W. Fikentscher*, (SchR), § 38 II.

³ Hier geht es um die dogmatische Einordnung der irrtümlichen Annahme der tatbestandlichen Voraussetzungen einer rechtfertigenden Norm. Geglückte Darstellungen finden sich etwa bei *H. H. Jescheck*, (AT), S. 374f. oder bei *G. Stratenwerth*, (AT), Rn. 499ff.

⁴ Etwa bei *H. Wagner*, (Theorie) oder *R. Dreier*, (Theoriebildung), S. 106f.

den Nähe real- oder formalwissenschaftlicher Denkgebäude zu entfernen, und versichert, es handele sich „in Wahrheit“ nicht um Theorien, sondern um schlichte Meinungsäußerungen⁵, es gebe also keinen Grund, derartige Begrifflichkeiten in den wissenschaftstheoretischen Adel aufzunehmen.

Ogleich diese Bescheidenheit die Autoren ehrt, haben sie das Feld zu schnell geräumt. Eine der Thesen, die im Laufe der Arbeit zu belegen ist, lautet nämlich: es gibt unter einem bestimmten – sehr abstrakten – Blickwinkel keinen Grund, zwischen physikalischen und juristischen Theorien zu unterscheiden. Im Ergebnis wird sich zeigen, daß es tatsächlich *unzweckmäßig* ist, die genannten juristischen Konstruktionen bereits „Theorie“ zu nennen. Sie können adäquater als *Teil* einer juristischen Theorie aufgefaßt werden. Die juristische Theorie selbst ist anders zu konstruieren. Ich werde als „Theorie“ nicht Teile einer Dogmatik auffassen, sondern die *komplette Dogmatik einer Norm*. Die oben erwähnte These läßt sich in folgender Form explizit machen:

T1) Die gesamte Dogmatik einer juristischen positiven Norm ist eine wissenschaftliche Theorie. Zu einer Dogmatik zählt die Norm selbst.

Dieser Grundgedanke der Arbeit enthält zwei ungewöhnliche Sichtweisen. Die zweite – die Norm als einen Teil ihrer zugeordneten Dogmatik aufzufassen – hat einen eher technischen Grund und soll erst später Gegenstand der Erörterung sein. Die erste – wissenschaftliche Theorien und juristische Dogmatik als vergleichbar zu behaupten – scheint prima facie wenig plausibel. Ich will deshalb im präexplikativen Stadium versuchen, diese Parallelisierbarkeit einsichtig zu machen.

I.1.2 Erster Zugang zu „wissenschaftlichen Theorien“

Der geringe Plausibilitätsgrad der erwähnten Vergleichbarkeit liegt offenbar in einer wissenschaftlichen Intuition begründet, die nur recht grobe Bilder von dem entwirft, was eine „Theorie“ und was eine „Dogmatik“ ist. Dieses grobe Bild einer Theorie sieht etwa so aus:

Eine Theorie ist ein mathematisches Gebilde – äußerlich meist an Differential- und Integralgleichungen erkennbar – das irgendwie tatsächliche Vorgänge abbildet oder voraussagt sowie verschiedene meßbare Abläufe systematisiert. Theorien können wahr oder falsch sein. Wahrheit oder Falschheit können bewiesen werden.

Dieses Bild ist natürlich nicht völlig falsch. Es ist nur überaus ungenau und einseitig von der vermeintlich idealen Wissenschaft, der Physik, geprägt. In

⁵ In dieser Art äußern sich übereinstimmend *L. Raiser*, (Rechtsdogmatik), S. 98; *K. Volk*, (Strafrechtsdogmatik), S. 78 und *H. Wagner*, (Theorie), S. 457. Im Ergebnis teilt diese Einschätzung auch *U. Neumann*, (Wissenschaftstheorie), S. 183.

der Tat zeigt sich, daß dieses Bild sowohl Physikern⁶ wie Nichtphysikern⁷ bei philosophischen Reflexionen vor Augen steht.

Nun wäre in der Tat keine Hoffnung auf Vergleichbarkeit wissenschaftlicher und juristischer Theorien, wenn man sich erstere so holzschnittartig vorzustellen hätte, wie die obige – natürlich fiktive – Beschreibung. Aber ganz abgesehen davon, daß auch Physiker bei genauerer Analyse zu einem viel differenzierteren Bild einer „physikalischen Theorie“, deren Eigenschaften, deren Relationen zu konkurrierenden Theorien usw. kommen⁸, gibt es ohnehin keinen Grund, jedes fachwissenschaftliche System an naturwissenschaftlichen Maximalforderungen zu messen⁹. Man kann vielmehr umgekehrt versuchen, im Wege einer „absteigenden Integration“¹⁰ die Beschreibung von Theorien so zu erweitern, daß der Vergleich zwischen Systemen verschiedenster Fachwissenschaften zumindest zu heuristischen Zwecken möglich ist. Dies verlangt eine gewisse Abstraktion.

Man könnte also etwa daran denken, die obige Beschreibung einer „Theorie“ zu verallgemeinern. So ist es nicht zweckmäßig, die mathematische Analysis als zwingende Bedingung eines theoretischen Gerüsts zu fordern, auch wenn sich Physik und Wirtschaftswissenschaften mit Vorliebe dieser Methoden bedienen. Es ist überhaupt nicht hilfreich, mathematische Strukturen¹¹ zu verlangen, die zur Systematisierung *numerischer* Objektbereiche entwickelt wurden¹² und dementsprechend nur zur Anwendung gelangen können, wenn der Objektbereich entweder selbst aus Zahlen besteht oder für ihn zumindest

⁶ Etwa P. Duhem, (Ziel), S. 20f.; G. Falk / W. Ruppel, (Mechanik), S. 4f. und prägnant W. Heisenberg, (Richtigkeitskriterien), S. 126: „Unter einer abgeschlossenen Theorie verstehen wir ein System von Axiomen, Definitionen und Gesetzen, mit deren Hilfe ein großer Bereich von Phänomenen richtig und widerspruchsfrei beschrieben, d. h. mathematisch abgebildet werden kann.“

⁷ Zum Beispiel T. Dreier, (Wissen), S. 128f., der dieses Bild freilich deshalb so scharf zeichnet, weil er es als Kontrast für einen ethnologischen Rationalitätsvergleich benötigt.

⁸ Vgl. neuerdings E. Scheibe, (Theorienvergleich), insbes. S. 302ff. Es wird noch präziser zu beschreiben sein, wie das „neue“ Bild einer physikalischen Theorie aussieht.

⁹ Mir ist bereits hier an der Feststellung gelegen, daß ich *keine* Konfrontation mit den Naturwissenschaften suche, sondern das viel weiter entfernt liegende Gegenteil. Es hat sich nur gezeigt, daß man mit einseitigen Maximalforderungen nicht weiterkommt.

¹⁰ Den Begriff hat G. Eberlein, (Wissenschaftsforschung), S. 496 in den Diskussionszusammenhang eingebracht.

¹¹ Der Begriff der „Struktur“ wird in der Untersuchung eine zentrale Rolle spielen. Ich verwende ihn vorläufig unpräzisiert, jedoch stets in Kontexten, in denen er später auch präzisiert auftaucht.

¹² In der Tat hat zwar der Begründer der modernen Infinitesimalrechnung – Leibniz – auch eine bestimmte *Ontologie* vor Augen gehabt, nämlich einen Kosmos von ideal gedachten kleinsten Einheiten. Aber deren „Übersetzbarkeit“ in Zahlen wurde sowohl von ihm wie von seinen Kritikern stillschweigend unterstellt. S. dazu in prägnanter Kürze K. Strubecker, (Mathematik II), S. 70ff. und vor allem H. Meschkowski, (Problemgeschichte II), S. 91 ff.