

Schriften zur Rechtstheorie

---

Band 289

# Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Von

Christian Kübbeler



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN KÜBBELER

# Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Schriften zur Rechtstheorie

Band 289

# Notwendigkeit und Struktur juristischer Argumentation

Von

Christian Kübbeler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
hat diese Arbeit im Wintersemester 2015/2016  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

ISSN 0582-0472  
ISBN 978-3-428-15004-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-55004-3 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85004-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation?</b>	9
A. Juristische Methodik und Argumentationstheorie	13
I. Argumentation in der juristischen Methodik	13
II. Die philosophische Argumentationstheorie	14
1. Der Umgang mit unsicherem Wissen	15
2. Entwicklung der Argumentationstheorie zwischen Logik und Rhetorik	18
B. Hindernisse für eine juristische Argumentationstheorie	19
I. Auslegung statt Argumentation	22
1. Subjektive Auslegungstheorie	23
2. Objektive Auslegungstheorie	32
3. Das Ziel der Auslegung	42
4. Auslegung und Rechtsfortbildung	45
II. Entscheidung statt Argumentation	48
1. Ist der Richterbegriff empirisch oder normativ?	49
2. Ein Richter ohne Kriterium	53
3. Gefühl statt Argumentation	56
III. Von der Auslegung des Gesetzes zur Argumentation im Verfahren	59

## *Kapitel 2*

<b>Ansätze einer juristischen Argumentationstheorie</b>	61
A. Statische Ansätze	61
I. Das deduktive Verständnis juristischer Argumentation	61
1. Das deduktive Hauptschema	62
2. Das deduktive Nebenschema	63
3. Vorgegebene Prämissen anstelle von Argumentation	64
a) Empirische Prämissen	65
b) Semantische Prämissen	65
c) Alternativlosigkeit durch empirische Erkenntnis?	69
II. Das Drei-Bereiche-Modell juristischer Begründung	70
1. Das Gesagte	71
a) Der Bedeutungsbegriff	71

b) Der Wirklichkeitsbezug der Sprache .....	76
c) Normative Sprachkonventionen .....	81
2. Das Gewollte .....	84
a) Die Unterscheidung von Semantik und Pragmatik .....	85
b) Konvention und Intention .....	87
c) Wandel zum Individualismus .....	89
B. Dynamische Ansätze .....	93
I. Theoretische Voraussetzung .....	95
1. Die impliziten Regeln .....	95
2. Auslegung und Verfahren des Rechts .....	97
3. Vom Auslegen zum Überprüfen .....	99
II. Die Analyse von Regeln juristischer Dogmatik .....	100
1. Der Wortlaut als Argument .....	100
2. Historische Auslegung als Argument .....	104
3. Konflikte zwischen Interpretationsmitteln .....	106
III. Die Leistung der wissenschaftstheoretischen Analyse .....	108
1. Die fehlenden Instrumente der Sprachanalyse .....	108
2. Die fehlende Pragmatik der Argumentation .....	109
3. Auslegung als Hypothesenüberprüfung .....	110

### *Kapitel 3*

#### **Der Zusammenhang von juristischer und philosophischer Argumentationstheorie**

114

A. Bedingungen einer juristischen Argumentationstheorie .....	114
I. Soziolekt und Ideolekt .....	114
II. Sprachlicher Interaktionismus .....	115
III. Die sprachliche Vernunft des Gesetzes .....	117
B. Struktur einer juristischen Argumentationstheorie .....	122
I. Normatives Orientierungsproblem als Ausgangsproblem .....	122
1. Reflexive Aufstufung .....	122
2. Argumentationstheorie und Logik .....	124
3. Der Streit der Lesarten .....	124
II. Das Wissen .....	126
III. Theorie und Praxis .....	127
IV. Die Theoriemodi .....	128
1. Epistemische Theorie .....	128
2. Thetische Theorie .....	131
3. Elemente im juristischen Wissen .....	132
V. Rahmen .....	133

1. Auswirkungen der Rahmen .....	135
a) Bedeutung, Prädikation und Rahmen .....	136
b) Rahmenwirkungen im Subjekt-/Objektverhältnis .....	138
c) Rahmenwirkungen im Theorie-/Praxisverhältnis .....	139
d) Intensität der Rahmenwirkungen .....	140
2. Umgang mit Rahmenproblematiken .....	141
a) Inkommensurabilität .....	141
b) Die Leistung des Rechts .....	143
c) Der Umgang mit Rahmendifferenzen .....	144
aa) Rahmensynthetisierung .....	145
bb) Rahmenkritik .....	145
cc) Rahmenhierarchisierung .....	146
dd) Rahmenharmonisierung .....	148
VI. Der kritische Dialog .....	149
VII. Die innere Ordnung des juristischen Streits .....	151
VIII. Die Dimensionen der argumentativen Praxis .....	154
1. Sach- und Subjektdimension .....	154
2. Struktur- und Prozessdimension .....	155
IX. Geltung .....	157
C. Argumentative Strukturen in Urteilen .....	163
I. Exemplarische Darstellung von Urteilsbegründungen des BGH .....	166
1. BGH St 50, 1 .....	166
2. BGH St 50, 11 .....	168
3. BGH St 50, 16 .....	171
4. Resultat der Exemplifizierung .....	175
II. Die Validierung von Lesarten .....	175
III. Die Notwendigkeit einer interdisziplinären Analyse von Urteilen .....	180

*Kapitel 4*

<b>Zusammenfassung</b>	182
A. Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation? .....	182
B. Ansätze einer juristischen Argumentationstheorie .....	188
C. Der Zusammenhang von juristischer und philosophischer Argumentationstheorie	195
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	201
<b>Sachverzeichnis</b> .....	216





## Kapitel 1

# Gibt es einen Zusammenhang zwischen Recht und Argumentation?

Juristen argumentieren. Aber sie reden nicht unbedingt darüber. Das hat viele Gründe. Der einfachste liegt darin, dass sich unser Wissen nie auf der Höhe unseres Könnens befindet. Ein weiterer mag darin liegen, dass sich Argumentieren nicht so leicht lehren lässt wie Schuldrecht. Außerdem entlastet die Auffassung des juristischen Tuns als Rechtserkenntnis den Handelnden von der Verantwortung, die er als Argumentierender tragen müsste. Schließlich handelt es sich beim Argumentieren um ein Herrschaftswissen, welches die Juristen nicht gerne mit den Laien teilen. Jedenfalls wird zwar in jedem wirklichen Verfahren argumentiert, die Rechtstheorie aber meint, ohne Argumentation auskommen zu können. Seit ihrer Blüte im griechischen und römischen Recht wurde die argumentative oder rhetorische Seite des Rechts hinter der Fassade objektiver Gesetzeserkenntnis verborgen. Erst in den 70er Jahren wurde Argumentation im Recht zum Thema und zwar in theoretischer und praktischer Hinsicht. Im Jahre 1978 erschien als Beiheft zum „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ ein Band mit dem Titel „Argumentation und Recht“. Darin wurden die damals wichtigen theoretischen und empirischen Ansätze zur Analyse von Rechtsargumentationen dargestellt. Schon 1972 war als Band 7 in derselben Reihe ein Buch erschienen mit dem Titel „Die juristische Argumentation“. Es handelt sich dabei um Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie in Brüssel 1971. Außerdem tauchten plötzlich Bücher auf, welche Argument oder Argumentation im Titel trugen.<sup>1</sup> Auf der Praxisseite waren in München<sup>2</sup> und Frankfurt<sup>3</sup> empirische

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Gerhard Struck*, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a. M. 1971; *ders.*, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977; *Thomas-Michael Seibert*, Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich. Handlungs- und Inhaltsaspekte praktischer juristischer Argumentation, in: Michael Schecker (Hrsg.), Theorie der Argumentation, Tübingen 1977, S. 313 ff.; *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1978.

<sup>2</sup> *Eike von Savigny u. a.*, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976. Bei dieser Analyse hat der Philosoph Eike von Savigny mit den Juristen Ulfrid Neumann und Joachim Rahlf zusammen gearbeitet. Im Folgenden wird dies als Münchener Ansatz bezeichnet.

<sup>3</sup> *Hans-Joachim Koch*, Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation des deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen, in: ARSP Beiheft Nr. 14, 1978, S. 59 ff.; *Hubert Rottleuthner*, Plädoyer für eine empirische Argumen-

Untersuchungen durchgeführt worden, die durchaus unterschiedliche Ansätze verfolgten. Weitere Projekte sollten folgen.

Für die Rechtstheorie und das Verständnis der praktischen Arbeitsweise des Rechts war dies ein sehr produktiver Abschnitt. Dass bei einer solchen stürmischen Entwicklung ähnliche Schwierigkeiten auftraten, wie in der philosophischen Argumentationstheorie, ist natürlich nicht verwunderlich. Die Entwicklung innerhalb der Philosophie hatte zwei Jahrzehnte früher begonnen und suchte ihren Weg zwischen einer bloßen Anwendung der Logik und einer linguistischen Inhaltsanalyse.<sup>4</sup> Eine bloße Anwendung der Logik verfehlt die Struktur wirklicher Argumentation und war rein deduktiv. In der heutigen Argumentationstheorie bezeichnet man diese Richtung als Logizismus.<sup>5</sup> Eine Anwendung linguistischer oder sozialwissenschaftlicher Methoden in Form der Inhaltsanalyse verfehlt demgegenüber das praktische Orientierungsproblem, das jeder Argumentation zugrunde liegt. Es geht nämlich darum, fragwürdige Aussagen durch argumentative Überprüfung in Geltung zu setzen.<sup>6</sup> Deswegen bleibt eine Inhaltsanalyse ohne Argumentationstheorie rein empiristisch. Die Philosophie hat aus dem Scheitern dieser Extreme gelernt. Man kann sich gegenüber praktischer Argumentation nicht kolonialistisch verhalten, indem man ihre Geltungsprobleme durch logische Probleme ersetzt. Man kann aber andererseits die Schwierigkeit praktischer Argumentation nicht einfach abbilden, sondern muss diese durch das reflexive Potenzial der Philosophie weiterentwickeln. Es bedurfte für die Ausbildung einer philosophischen Argumentationstheorie also einer Mischung aus Demut und Reflexion. Nur dann kann sie als aufstufende Selbstreflexion der Praxis gelingen. Dieselben Probleme stellen sich, wenn auch etwas zeitversetzt, im Recht. Auch hier ist nicht einfach die praktische Struktur juristischer Argumentation durch logische Strukturen zu ersetzen. Andererseits kann man aber die praktische Struktur überhaupt nur wahrnehmen, wenn man das Problem der Geltungsprüfung fragwürdiger normativer Aussagen im Blick hat. Auch am Beginn der juristischen Argumentationstheorie sieht man also ein Changieren zwischen Logizismus und Empirismus. In der vorliegenden Untersuchung soll die Frage gestellt werden, ob das Recht eine Argumentationstheorie überhaupt braucht und wenn ja, wie sie mit der Verfahrensdimension des Rechts verbunden werden kann.

Geht es im Recht um Argumentation? Davon könnte man nur reden, wenn ein Problem zu lösen wäre. Gibt es also im Recht ein Problem normativer Orientie-

---

tationstheorie, in: ARSP 1980, Beiheft Nr. 14, Argumentation und Recht, S. 87 ff. Im Folgenden wird dies als Frankfurter Ansatz bezeichnet.

<sup>4</sup> Zur modernen Baustelle der Argumentationstheorie vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 22 ff.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Harald Wohlrapp*, *Jenseits von Logizismus und Zweckrelativismus. Zur Rolle der Logik im Argumentieren*, in: *Dialektik* 1999, Heft 1, S. 25 f.

<sup>6</sup> *Peter Mengel*, *Überraschungen beim Argumentieren*, in: *Dialektik* 1999, Heft 1, S. 141 ff., 142.

rung? Man könnte glauben, alles stünde im Gesetz. Wenn nicht, wird ausgelegt. Es könnte sich um das Herausarbeiten sprachlich kodierter, aber dennoch schon anfänglich inhaltlich fixierter Anordnungen handeln. Eine derart gestaltete Auslegung, wie sie auch von den Juristen als Arbeitsbeschreibung herangezogen wird, würde für die Frage, was Recht ist, nicht auf Argumente zurückgreifen müssen. Argumentation gäbe es nur dort, wo demjenigen, welcher diese Wahrheit nicht zu erkennen vermag, nachgeholfen werden müsste. Die aus einer solchen Vorstellung folgenden Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Auslegung sind allerdings kaum zu unterschätzen. Will man mit den Mitteln der Auslegung das Recht unmittelbar aus dem Gesetz deduzieren, so muss diese nicht nur Hilfsmittel hierzu liefern, sondern auch eine abschließende Ordnung der Mittel vorgeben.

Der Dezisionismus hat bestritten, dass Text oder Autor in der Lage sind, die Rechtsanwendung zu steuern. Man solle sich auf den Richter als Leser verlassen. Dies sei kein Widerspruch zur Zielsetzung des Rechts, Gleichbehandlung zu gewährleisten. Willkür werde aber nicht durch ein theoretisches Konstrukt, sondern in der Anwendung ausgeschlossen, genauer durch die innere Haltung des Entscheidenden. Orientierung an den anderen Entscheidungsträgern vermag danach, woran Systemansätze scheitern. Es scheint also fraglich, ob das Problem normativer Orientierung vom Dezisionismus gelöst wird.

Sofern diese Erklärungsmodelle die Entbehrlichkeit der Argumentation nicht begründen können, ist zu fragen, welche Reflektion das Argumentieren in der Theorie des Rechts erfahren hat. Dies drängt sodann die Frage auf, inwieweit der Argumentation geordnete Bahnen vorgegeben sind. Erste Grenze ist dabei noch nicht einmal, wie sie geordnet ist, sondern was der Argumentation als ihr entzogenes Feld vorgeht. Rechtsfindung mag kein abschließendes Regelsystem sein, aber es ist damit auch nicht automatisch alles aushandelbar. Erwähnte logische Regeln könnten, wenn sie auch kein geschlossenes und unabhängiges System liefern, dennoch in einzelnen Gedankenschritten den gesuchten Zwang ausüben. So werden die Grenzen der Leistungsfähigkeit syllogistischen Schließens auszuarbeiten sein.

Wo also ist der Syllogismus als Begründungsform defizitär? Zum einen wird beim logischen Schluss von zwei Prämissen auf eine Conclusio nur die Gültigkeit letzterer durch den Schluss aufgezeigt. Die Gültigkeit der Prämissen selber kann hingegen nur behauptet werden. Zusätzlich ist auch der Übergang von der allgemeinen Aussage der Prämissen auf die konkrete Aussage der Conclusio Einfallstor für logische Fehler. Beides sind bekannte Kritiken, die nicht aufgelöst werden konnten. Es wird daher zu beleuchten sein, wie mit diesen Mängeln der Leistungsfähigkeit des syllogistischen Schlusses umzugehen ist.

Hinsichtlich der Gültigkeit der Prämissen sind Besonderheiten der Rechtswissenschaft zu berücksichtigen. Die eine Prämisse ist als Wortlaut des Gesetzes