

Schriften zur Rechtstheorie

Band 305

Offener und eingehogter Diskurs

Zur Struktur des juristischen Denkens

Von

Johann Braun



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANN BRAUN

Offener und eingegrenzter Diskurs

Schriften zur Rechtstheorie

Band 305

Offener und eingehogter Diskurs

Zur Struktur des juristischen Denkens

Von

Johann Braun



Duncker & Humblot · Berlin

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

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-18731-7 (Print)

ISBN 978-3-428-58731-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Worin besteht die Besonderheit des juristischen Denkens? Was ist der Grund, weshalb Juristen so denken und argumentieren, wie sie es zum Leidwesen ihrer Mitwelt meist tun? Und wie hängt dieses Denken mit der Art und Weise zusammen, wie man außerhalb juristischer Kreise mit rechtlichen Problemen umgeht? An sich sollte man meinen, daß darüber die Rechtswissenschaft hinreichend Auskunft gibt. Irgendwie tut sie dies wahrscheinlich auch – aber wo? „Rechtswissenschaft“ ist ein Sammelbegriff für sehr verschiedene Wissenschaften, die sich schwerpunktmäßig mit „Recht“ beschäftigen. Das sind mehr als ein einzelner zu erfassen vermag. Die Fülle von Gesichtspunkten, die in diesem weitgespannten Wissensgebiet verarbeitet werden, könnte es nahelegen, sich auf einen kursorischen Überblick zu beschränken. Aber damit gäbe man allen, die sich den genannten Fragen stellen, eher Steine als Brot; denn diese suchen keine „juristische Landkarte“, sondern wollen wissen, welche Vorstellung man sich von der juristischen Tätigkeit überhaupt zu machen hat, gleichgültig ob man Jurist ist oder nicht. Dazu jedoch bedarf es einer Art Metamethodik, die das juristische Denken mit dem nichtjuristischen vergleicht.

Das vorliegende Büchlein geht daher einen eigenen Weg. Es beginnt mit der Darstellung einfacher Strukturen und reichert diese sukzessiv durch Einsichten an, die unterschiedlichen Bereichen des Rechtswesens entnommen sind, setzt also auf die schrittweise Sichtbarmachung von bisweilen wenig beachteten Zusammenhängen. Das sollte es jedem, der bereit ist, solchen Überlegungen zu folgen, erlauben, einen womöglich ungewohnten Einblick in die Eigenart und Bandbreite des juristischen Denkens und Argumentierens zu gewinnen. Ungewohnt deshalb, weil hier versucht wird, die juristischen Denkschablonen der Rechtsdogmatik und die eingefahrenen Routinen der Rechtspraxis auf unvoreingenommene Weise zu hinterfragen.

Vom Üblichen weicht dieses Opusculum aber noch in einer anderen Hinsicht ab, die freilich mit dem Gesagten zusammenhängt. Denn hier wird schwerpunktmäßig der Frage nachgegangen, wie das positive Gesetz den rechtlichen Argumentationsspielraum beeinflusst oder genauer: wie das Gesetz die Komplexität rechtlicher Erörterungen erst reduziert und wie die dadurch bewirkte Verengung des Horizontes im Zuge neu hinzutretender Aufgaben schrittweise wieder rückgängig gemacht wird. Auch dies wirft ein ungewohntes Licht auf das juristische Denken. Wenn es zutrifft, daß der Bruch mit eingefahrenen Gewohnheiten der Türöffner zu weiterführenden Erkenntnissen sein kann, dann sollte der hier unternommene Versuch auch insoweit auf Nachsicht rechnen dürfen.

Das Werk ist auf der Grundlage einer vieljährigen Beschäftigung mit unterschiedlichen Aspekten des Rechts und der Rechtswissenschaft entstanden. Es be-

ruht daher vor allem auf den hierbei gemachten Erfahrungen und weniger auf der literarischen Verarbeitung der Schriften anderer Autoren. Diese Erfahrungen galt es, dem Leser – nicht zuletzt mit Hilfe von eingestreuten Skizzen – auf anschauliche Weise nahezubringen. Der in juristischen Arbeiten übliche „Fußnotenapparat“ war dafür weder erforderlich noch hilfreich. Um den Lesefluß nicht zu stören, habe ich daher nur die Herkunft gelegentlich eingestreuter Zitate kurz nachgewiesen.

Passau, im Juni 2022

Johann Braun

Inhaltsverzeichnis

A. Rationalisierung durch Argumentationsverbote	9
I. Die Struktur unbeschränkt offener Diskurse	10
II. Gesetze als „Scheuklappen“	12
III. Denken mit fremdem und eigenem Kopf	14
IV. Nachjustieren der gesetzlichen Stellschrauben	17
B. Von der Regel zur Entscheidung	20
I. Die Rechtsnorm als Konditionalprogramm	20
II. Pekuniar- und Realvollstreckung	23
III. Reduktion der Voraussetzungen und der Folgen	25
IV. Subsumtion des Falles unter die Norm	27
C. Von der Entscheidung zur Regel	30
I. Der Falltypus hinter dem konkreten Fall	30
II. Die abstrakte Regel hinter dem Falltypus	33
III. Das Prinzip hinter der Regel	36
IV. Fallrecht bei der Gesetzesanwendung	38
D. Prinzipien	40
I. Recht im „gasförmigen“ Aggregatzustand	40
II. Prinzipien als Quelle des Fallrechts	41
III. Prinzipien als Quelle des Gesetzes	43
IV. Erweiterung des Argumentationsspielraums	45
V. Generalklauseln und Grundwerte	47
E. Der Rechtsfall und sein Umfeld	51
I. Weitgespanntes Beziehungsgefüge	51
II. Konfliktlösung durch „tribalistische Gesamtbereinigung“	53
III. Streitscheidung durch unbeteiligte Dritte	54
IV. Konditional- und Finalprogramm	57
V. Prozessuale Bündelung massenhafter Einzelansprüche	59

F. Entscheidungsfindung durch Verfahrensgestaltung	62
I. Interaktion von Gericht und Parteien	62
II. Entscheidung eines Dritten oder Einigung	63
III. Streitverfahren mit „Ausstiegsoption“	65
IV. Rechtsentscheidung im binären System	66
V. Materiellrechtliche und prozessuale Rationalität	70
G. Wahrheitsbezug rechtlicher Erkenntnis	73
I. Das Gesetz als solches	73
II. Das Recht hinter dem Gesetz	75
III. Rechtsfindung durch Gesetzesanwendung	80
H. Das Kaleidoskop der Gerechtigkeit	84
I. Gleiches gleich und Ungleiches verhältnismäßig verschieden behandeln	84
II. Archetypen rechtlicher Ordnung	87
III. Kulturaffines Rechtsdenken	91
IV. Ideologie und Recht	94
I. Rechtseinheit und Rechtspluralismus	96
I. Pluralität nationaler Rechte	96
II. Pluralität des internationalen Rechts	99
III. Europäisches Mehrebenenrecht	103
IV. Transnationaler Rechtspluralismus	106
J. Recht und Gesetzgebung	108
I. Präsentation des geltenden Rechts	108
II. Instrumentalisierung des Gesetzgebungsverfahrens	112
III. Rechtspolitischer Hintergrund	116
IV. Das Gesetz als Insel im Meer des Rechts	118
Nachwort	120
Verzeichnis der zitierten oder in Bezug genommenen Literatur	122
Sach- und Personenregister	125

A. Rationalisierung durch Argumentationsverbote

Wie jedermann weiß, kann man in Rechtsstreitigkeiten verwickelt werden, auch wenn man es nicht darauf anlegt. Wer es einrichten kann, geht ihnen jedoch aus dem Weg; denn solche Konflikte sind für die Beteiligten meist unerquicklich. Dies nicht nur deshalb, weil sie zeitaufwendig und kostspielig sind – zumal dann, wenn man damit vor Gericht landet –, sondern auch aus dem Grund, weil sie leicht zu endlosen Weiterungen führen, da sich Sache und Person in rechtlichen Angelegenheiten oft schwer trennen lassen. Was als Streit über scheinbar harmlose Quisquilien beginnt, kann sich unversehens zu einer Frage existentieller Selbstbehauptung auswachsen. Selbst das Gericht, das als neutraler Dritter fungieren soll, steht dem streitigen Recht nicht ganz so unbeteiligt gegenüber, wie man meinen könnte. Denn in gewisser Weise geht es immer auch um *sein eigenes* Recht, dem es in vergleichbarer Lage selbst unterworfen wäre. Es spricht daher sein Urteil – wenn auch nur potentiell – zugleich über sich selbst. Das kann leicht die Grundlagen des eigenen Selbstverständnisses tangieren. Diese sind daher immer mit im Spiel, ob man sich dessen bewußt ist oder nicht. So war denn auch ein so namhafter Rechtsdenker wie Gustav Radbruch der Auffassung, daß Rechtsfragen *letztlich* nicht der *Erkenntnis*, sondern allein des *Bekenntnisses* fähig seien (Radbruch, 1932, § 2, 2), also keine rationale, sondern nur eine existentielle Antwort erlaubten.

Ungeachtet solcher Schwierigkeiten sind Juristen von Haus aus darauf spezialisiert, mit Rechtsstreitigkeiten irgendwie doch „rational“ umzugehen, ja, sie sind geradezu Techniker des schier Unmöglichen, nämlich der rationalen Bewältigung sozialer Konflikte, die nicht selten einen irrationalen Ursprung haben oder sich in einen solchen hineinsteigern können. Allerdings bearbeiten Juristen derartige Konflikte meist anders, als sich die Betroffenen dies vorstellen: Sie formen sie zunächst einmal um, bevor sie sich näher damit befassen. Während der juristische Laie im Grunde nur wissen will, ob er auf dem von ihm eingenommenen Standpunkt beharren darf oder nachgeben muß, ob also *er* „im Recht“ ist oder der *andere*, zergliedert der Jurist einen ihm vorgelegten Fall erst einmal in zahlreiche Einzelheiten, um anschließend zu fragen, ob diese die sogenannten „Tatbestandsvoraussetzungen“ bestimmter Rechtsnormen erfüllen. Je nachdem wie die Antwort ausfällt, schlägt er eine Lösung vor, die scheinbar keinen Widerspruch duldet, und liefert dazu eine Begründung, in der sich formaljuristische Erwägungen und Common-Sense-Argumente zu einer eigenartigen Melange verbinden.

Wie unser Gerichtswesen belegt, funktioniert dies recht gut. Was vorstehend in-teressiert, ist jedoch nicht das Faktum, *daß* es funktioniert, sondern *wie* und *warum* es funktioniert. Um das zu verstehen, muß man ein wenig ausholen.

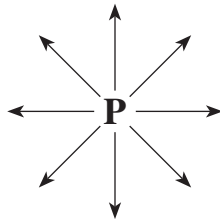
I. Die Struktur unbeschränkt offener Diskurse

Sieht man von der fachjuristischen Einkleidung einmal ab, so geht es bei Rechtsstreitigkeiten in der Regel um die gegenseitige Abgrenzung des praktischen Handelns mehrerer Personen oder Organisationen. Die dabei immer wiederkehrenden Fragen lauten im Prinzip so: *Darf* ich etwas Bestimmtes tun oder unterlassen oder darf ich es nicht? *Muß* ich etwas Bestimmtes tun oder unterlassen oder muß ich es nicht? Kurz: bin ich zu etwas berechtigt oder verpflichtet? Haben die andern mein Verhalten hinzunehmen bzw. meinem Willen zu entsprechen, oder können sie umgekehrt verlangen, daß ich mich ihrem Willen füge?

a) Das zielt auf die Möglichkeiten und Grenzen individueller Selbstverwirklichung im sozialen Raum, also darauf, wer die gesellschaftlichen Handlungsspielräume nach seinen Vorstellungen gestalten darf und wer nicht, und wer den anderen ein ihm genehmes Verhalten abverlangen darf. Solche Konstellationen sind auf das Recht nicht beschränkt. Vergleichbare Konflikte kennt man aus der Politik. Freilich geht es dort meist um Entscheidungen mit Auswirkungen auf die Gesellschaft als ganze, während Rechtsprobleme, die sich für gerichtliche Auseinandersetzungen eignen, in der Regel auf die Beziehungen einzelner Rechtssubjekte zueinander beschränkt sind. Die Argumente, mit denen ein *juristischer Laie* seine Position zu stützen versucht, sind jedoch bei rechtlichen und politischen Themen ziemlich ähnlich beschaffen. Ebenso wie an politischen Stammtischen kann man auch in laienhaften Rechtsdiskursen immer wieder hören, daß ein bestimmtes Verhalten allein „sinnvoll“ und daher „alternativlos“ sei; daß man etwas „schon immer so“ gemacht habe; daß „andere ebenfalls dieser Meinung“ seien; daß sich dies oder jenes einfach „nicht gehöre“; daß gegebenenfalls „schlimme Folgen“ zu erwarten seien; daß der vorgeschlagene Weg kostengünstiger sei als andere usw. Dies alles selbstverständlich aufbereitet für den jeweiligen Fall und angereichert mit Fakten und Behauptungen, die den gegebenen Umständen entnommen sind.

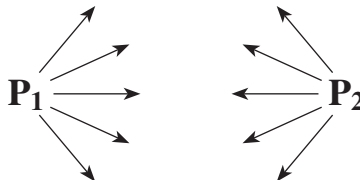
Solche Allerweltsargumente, wie man sie nennen könnte, setzen keine förmlichen Gesetze voraus. Sie entspringen dem Dafürhalten derer, die sich darauf berufen, und sind im Grunde nichts anderes als das, was sich im Kopf eines jeden mit Hilfe von Rechtsgefühl, von rechtlicher und politischer Phantasie sowie von Erfahrung Geltung zu verschaffen sucht. Das kann vieles umfassen, da den Beteiligten hier keine formellen Grenzen gesetzt sind.

Selbstverständlich möchte auch in solchen *unbeschränkt offenen Diskursen*, wie wir sie einmal nennen wollen, jeder obsiegen und keiner verlieren. Zur Begründung der ins Feld geführten Rechtsbehauptungen werden daher alle Register gezogen. Kein Argument erscheint einem juristischen Laien fehl am Platz, wenn es nur Erfolg verspricht oder wenigstens ihn selbst überzeugt. Bildlich kann man sich die verbalen Aktionen des Teilnehmers an einer solchen „offenen“ Rechtsdiskussion so vorstellen:



Die Pfeile deuten an, daß die vorgebrachten Argumente in unterschiedliche, zum Teil sogar entgegengesetzte Richtungen zielen können. Wer die Kontrahenten in rechtsbezogenen Disputen des Alltags beobachtet, kann sich davon leicht überzeugen: Sieht ein Rechtsprätendent, daß er mit seiner Argumentation nicht durchkommt, macht er nicht selten kehrtum und bedient sich anderer, damit an sich unvereinbarer Argumente. Oder er argumentiert im einen Fall so, in einem ganz ähnlich gelagerten aber völlig anders und was dergleichen Dinge mehr sind.

b) Dieses Grundmuster eines laienhaften Diskurses über Rechtsfragen findet man überall da, wo Meinungsverschiedenheiten nicht mit Waffen, sondern mehr oder weniger diffus mit Worten ausgetragen werden. Reduziert man den Konflikt einfachheitshalber auf zwei konträre Positionen, hat man es mit folgender Konstellation zu tun:



In der Hitze des Gefechts überhäuft jeder der Kontrahenten den anderen mit einer Fülle unterschiedlichster Argumente, denen von der Gegenseite ebenso viele Einwände entgegengesetzt werden. Da bereits die schiere Menge der Angriffs- und Verteidigungsmittel häufig kaum überschaubar ist und diese oft genug auch nicht aufeinander abgestimmt sind, erschwert dieses Verfahren eine rationale Auseinandersetzung ungemein. So ist z. B. nicht gewährleistet, daß die „Verteidigung“ auf derselben Ebene erfolgt, auf welcher der „Angriff“ vorgetragen wurde. Womöglich sagt der Verteidiger etwas ganz anderes, was für sich genommen sinnvoll sein mag, aber eigentlich nicht hierhergehört. Aber auch wenn er nicht abschweift, sondern das Argument seines Gegners stimmig widerlegt, wird dieser vielleicht in einer Weise replizieren, welche die Auseinandersetzung auf ein völlig anderes Gleis zieht. Wenn die Diskussion lange genug dauert, tauchen bereits widerlegte Argumente in veränderter Form erneut auf, weil man die Gegenargumente vergessen hat oder darauf spekuliert, daß sie der andere vergessen habe. Mangels eines Systems verbindlicher Regeln und eines unbeteiligten Dritten, der auf deren Einhaltung achtet, läßt sich daran nicht viel ändern.