

Hassmer/Neumann/Seliger (Hrsg.): Einführung in die
Rechtstheorie u. Rechtsphilosophie der Gegenwart. 5. Aufl.
2016

9 Theorie der juristischen Argumentation

Von Ulfrid Neumann, Frankfurt/Main

9.1 Ziel und Funktion juristischen Argumentierens

Juristen argumentieren. Als Richter sind sie nach den ausdrücklichen Bestimmungen der Verfahrensgesetze verpflichtet, ihre Urteile zu begründen (z. B. § 267 StPO, § 313 ZPO). Dieser Begründungspflicht genügen sie nur dann, wenn ihre Entscheidung auf rationaler Argumentation beruht (BVerfGE 34, 269, 287). Als Strafverteidiger oder als Parteivertreter in Zivilverfahren müssen Juristen argumentieren, um bei Gericht eine günstige Entscheidung für ihren Mandanten zu erreichen. Und in Verhandlungen mit dem Anwalt eines zahlungsunwilligen Vertragspartners ihres Mandanten müssen sie versuchen, der Gegenseite die Berechtigung der geltend gemachten Forderung nachzuweisen.

Wer argumentiert, will überzeugen. Soweit es nur darum geht, etwas zu erreichen, also – in den genannten Beispielen – von dem Vertragspartner eine umstrittene Leistung oder von dem Gericht eine bestimmte Entscheidung zu erlangen, kommen auch andere, möglicherweise sogar effizientere Mittel in Betracht – Bedrohung, Versprechungen, Bestechung. Auch diese Mittel werden von Juristen gelegentlich eingesetzt. Sie sind aber keine juristischen Mittel. Die Waffe des Juristen ist das Argument. Als Jurist muss er versuchen, den anderen zu überzeugen.

An diese Feststellung schließt sich sofort die Frage an: *Wovon* will der Jurist seinen Argumentationspartner überzeugen? Offensichtlich nicht (nur) davon, dass es in dessen eigenem Interesse liegt, die beantragte „Leistung“ (Freispruch des Angeklagten, Verurteilung des Prozessgegners, Bezahlung der Schuld) zu erbringen. Die juristische Argumentation zielt nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, auf *Interessen* der Beteiligten, sondern auf *Rechte* und *Pflichten*. Das legt die Antwort nahe: Der Jurist will seinen Gesprächspartner davon überzeugen, dass eine bestimmte rechtliche Bewertung oder Entscheidung eines bestimmten Falles die richtige ist. Am Beispiel der Gerichtsentscheidung: das Gericht soll davon überzeugt werden, dass gerade das beantragte Urteil das richtige Urteil ist.

Diese Antwort ist zutreffend, aber unzureichend. Denn es schließt sich sogleich die weitere Frage an, was man unter der „Richtigkeit“ einer rechtlichen Bewertung oder Entscheidung eines Falles zu verstehen hat. Ist eine Entscheidung richtig, wenn sie – wie die Entscheidung des Azdak zum Sorgerecht in Brechts „Kaukasischem Kreidekreis“¹ – die *besten Folgen* für die Beteiligten und/oder die Gesellschaft hat? Ist sie richtig, wenn sie mit den Regeln einer *überpositiven Gerechtigkeit* übereinstimmt? Oder ist sie richtig, wenn sie dem hier und jetzt geltenden *positiven Recht* entspricht?

Diese Fragen lassen sich nicht allgemein gültig beantworten. Denn der Maßstab, nach dem die Richtigkeit der Entscheidung zu bestimmen ist, wird festgelegt durch die jewei-

¹ Dazu noch immer lesenswert: *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, S. 12 ff.

lige Auffassung von Recht. Geht man von einem theokratisch orientierten Naturrechtssystem aus, so ist der *göttliche Wille* der maßgebliche Bezugspunkt des Richtigkeitsanspruchs des Rechts. In einem säkularen Naturrechtssystem übernimmt das Kriterium der *Gerechtigkeit* bzw. der *Vernünftigkeit* der entscheidungsleitenden Regeln diese Maßstabfunktion, während es in einem Präjudizienrecht entscheidend auf die Übereinstimmung der Entscheidung mit den von der *Rechtsprechung* entwickelten Regeln ankommt. In einem – im Folgenden zugrunde zu legenden – kodifizierten Rechtssystem schließlich, wie es heute in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen dominiert (und auch das Rechtswesen im anglo-amerikanischen Bereich zunehmend bestimmt), ist die Übereinstimmung mit den Regeln des gesetzten („positiven“) Rechts das Kriterium „richtigen“ rechtlichen Entscheidens.

9.2 Struktur der juristischen Argumentation

9.2.1 Rechtsanwendung und Tatsachenfeststellung

Gesetze haben typischerweise eine konditionale Struktur: *Wenn* der Tatbestand verwirklicht ist, *dann* soll eine bestimmte Rechtsfolge festgestellt oder festgesetzt werden. Die Richtigkeit der rechtlichen Entscheidung eines konkreten Falles setzt damit nicht nur die korrekte Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen, sondern auch und zuallererst die zutreffende Ermittlung und Feststellung der relevanten Fakten voraus. Dementsprechend umfasst die Entscheidungsbegründung auch die Darlegung, wie das Gericht zu der Überzeugung gekommen ist, das maßgebliche Geschehen habe sich gerade so und nicht anders abgespielt². Obwohl auch für diesen Teil der Urteilsbegründung spezifisch rechtliche Regeln gelten (so darf die Überzeugung des Gerichts vom Feststehen des Sachverhalts nicht auf Umstände gestützt werden, die Beweisverwertungsverbieten unterliegen), rechnet es nicht zum Kernbereich der Theorie juristischen Argumentierens³. Im Zentrum steht die Begründung der rechtlichen Würdigung des Falles.

9.2.2 Regelorientierung

Die Grundstruktur dieser Begründung ergibt sich in einem ersten Schritt aus den Bedingungen rationalen Argumentierens, die der Entscheidung für ein bestimmtes (naturrechtliches oder positives, präjudizien- oder gesetzesorientiertes) Rechtssystem voraus liegen. Rational begründet ist eine Entscheidung nur dann, wenn sie auf eine *Regel* zurückgeführt werden kann, der zufolge *alle* Fälle dieses Typs in entsprechender Weise zu entscheiden sind. Dieses Moment der Generalisierung folgt aus dem Begriff der rationalen Begründung selbst. Denn Gründe im normativen Bereich lassen sich, ebenso wie Ursachen im Bereich der Empirie, nicht auf den Einzelfall beschränken. Ein bestimmter Wirkstoff ist nur dann ursächlich für eine Erkrankung, wenn er *ceteris paribus* auch in anderen Fällen geeignet ist, eine entsprechende Erkrankung auszulösen. Ebenso ist die

² Soweit die Prozessgesetze (wie § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO) hier lediglich Soll-Vorschriften enthalten, werden diese von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft inzwischen als Muss-Vorschriften interpretiert.

³ Einbezogen werden Fragen der Begründung von Sachverhaltsfeststellungen etwa bei *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 271 ff.

Tötung des Opfers im Schlaf nur dann ein Grund, den Angeklagten wegen eines heimtückisch verübten Mordes zu verurteilen, wenn auch alle anderen Täter *ceteris paribus* bei Tötung eines schlafenden Opfers wegen Mordes zu verurteilen sind. Negativ formuliert: so wenig es im Bereich der Naturwissenschaften singuläre Ereignisse gibt, die sich den allgemeinen Naturgesetzen entziehen (Wunder), so wenig gibt es im Bereich des Rechts normative Wunder, also Fälle, in denen die richtige Lösung den allgemeinen Regeln und Richtigkeitskriterien widerspricht. Auch sofern es Ausnahmen gibt, existieren diese nur in generalisierter Form, also in der Gestalt von Ausnahmeregeln.

Dieses Moment der Generalisierung von Gründen (Argumenten) ist nicht auf den rechtlichen Bereich beschränkt. Es gilt in gleicher Weise für rationale moralische Argumentationen⁴ und ist im Argumentationsmodell des juristischen Syllogismus⁵ ebenso zu identifizieren wie in konkurrierenden Modellen, beispielsweise im Toulmin-Schema⁶.

9.2.3 Gesetzliche und dogmatische Regeln

Dagegen formuliert die Frage nach der Herkunft dieser Regeln ein Problem, das sich nicht nur für das Recht insgesamt (im Vergleich zur Moral), sondern für jedes einzelne Rechtssystem in besonderer Weise stellt. In kodifizierten Rechtsordnungen kommt den in Gesetzesform statuierten Rechtsnormen eine vorrangige Bedeutung zu. Indes lassen sich die zur korrekten Begründung rechtlicher Entscheidungen erforderlichen Rechtsregeln mit den Gesetzesnormen nicht gleichsetzen. Dies zum einen deshalb, weil die Gesetze nicht nur *Regeln*, sondern auch *Prinzipien* des Rechts statuieren, die erst zu anwendungsfähigen Regeln verdichtet werden müssen⁷. Zum anderen sind aber auch die in Regelform erlassenen Gesetze in den meisten Fällen zu unbestimmt, um für sich allein eine substantielle Begründung der konkreten Entscheidung zu ermöglichen. Wenn § 211 StGB die „heimtückische“ Tötung eines Menschen als Mord bestraft, dann bleibt im Gesetz beispielsweise offen, ob die Tötung eines schlafenden oder bewusstlosen Opfers – immer, oder aber unter bestimmten Voraussetzungen – als heimtückische Tötung zu bewerten ist. Es müssen also weitere, differenziertere Regeln gebildet werden, deren Bereitstellung Aufgabe der (von der Rechtswissenschaft wie von der Rechtspraxis betriebenen) *Rechtsdogmatik* ist. Auch die Entscheidung für diese Regeln muss selbstverständlich begründet werden. Man kann deshalb zwei Stufen der Begründung (Rechtfertigung) des Urteils unterscheiden: Die Begründung der Entscheidung durch (gesetzliche und dogmatische) Regeln (interne Rechtfertigung) einerseits, die Begründung dieser Regeln (externe Rechtfertigung) auf der anderen Seite⁸.

4 Grundlegend Hare, *Moralisches Denken*, 1992 (englisches Original: *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*, 1981), S. 166 ff.

5 Dazu oben S. 272 f.

6 Dazu oben S. 286.

7 Zur Unterscheidung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984 (englisches Original: *Taking Rights Seriously*, 1977), S. 42 ff.; Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (1979), in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 177 ff.; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990.

8 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7. Aufl. 2012, S. 273 ff.

9.2.4 Grenzen der Regelorientierung der Entscheidung

Die Begründung der Entscheidung anhand der gesetzlichen und dogmatischen Regeln (interne Rechtfertigung) ist in vielen Fällen unproblematisch. Akzeptiert man die Regel, dass stets „heimtückisch“ handelt, wer sein Opfer im Schlaf tötet, dann ist die Verurteilung des Angeklagten A, der seine Frau im Schlaf erschlagen hat, wegen Mordes *insoweit* selbstverständlich. Schwierigkeiten bereitet neben der Aufgabe der angemessenen Rekonstruktion dieses Ableitungszusammenhangs⁹ die Frage, ob sich in *allen* Fällen eine Regel bilden lässt, aus der die Entscheidung des Sachverhalts logisch folgt. Diese Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, weil sie über die Grenzen der Möglichkeit zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung entscheidet. Der Gesetzgeber versucht, die Homogenität der Rechtsprechung dadurch zu sichern, dass er die Revisionsgerichte verpflichtet, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs bzw. eines Großen Senats des Bundesgerichtshofs einzuholen, wenn sie von einer dogmatischen Regel abweichen wollen, die ein anderes Revisionsgericht einer Entscheidung zugrunde gelegt hatte (§§ 121 Abs. 2, 132 Abs. 2 GVG). Das damit verfolgte Ziel der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist aber nur zu gewährleisten, soweit die Entscheidungen sich auf allgemeine Regeln zurückführen lassen. Das aber ist nicht durchgängig der Fall¹⁰. So kann die Frage, ob der „gekreuzigte Christus mit Gasmaske“ von Grosz eine Beschimpfung eines religiösen Bekenntnisses im Sinne des Tatbestands des § 166 StGB darstellt, nicht durch Rückführung auf eine generelle Entscheidungsregel beantwortet werden. Es geht bei derartigen Konstellationen, in der Formulierung der Revisionsgerichte, um Fragen des „Einzelfalles“, die sich der Überprüfung anhand genereller Regeln entziehen. Aber das sind Ausnahmekonstellationen. Im Regelfall lässt sich die Entscheidung anhand einer Regel begründen, die freilich typischerweise nicht dem Gesetz allein entnommen werden kann, sondern von dem Gericht unter Berücksichtigung der von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft formulierten dogmatischen Regeln gebildet werden muss.

9.3 Standards juristischen Argumentierens

9.3.1 Autoritätsargumente und Sachargumente

Erheblich größere Probleme wirft die *externe Rechtfertigung*, die Begründung der zugrunde gelegten Rechtsregeln auf. Die Frage, auf welche Argumente man sich zur Rechtfertigung einer dogmatischen Regel berufen kann, steht im engen Zusammenhang mit der Rechtsquellentheorie. Betrachtet man ausschließlich das Gesetz als „Rechtsquelle“, dann müssen sich alle rechtlichen Entscheidungsregeln (also auch die dogmatischen Regeln) auf das Gesetz zurückführen lassen. Sie können dann nur im Wege der „Auslegung“ des Gesetzes gewonnen werden. Akzeptiert man dagegen die Möglichkeit einer richterlichen Fortbildung des Rechts und damit das Richterrecht als zumindest subsidiäre

⁹ Dazu oben S. 284 ff.

¹⁰ Näher *Kuhlen*, Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre, in: Herberger/Neumann/Rüßmann (Hrsg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft Nr. 45 (1992), S. 101 ff.

Rechtsquelle¹¹, dann eröffnet das der Argumentation erhebliche größere Freiräume. In diesem Fall kann eine Regel auch *allein* mit Argumenten ihrer sachlichen Richtigkeit begründet werden; ihre institutionelle Legitimation liefert dann nicht die Kompetenz des Gesetzgebers, sondern die des Richters.

Diese Überlegungen verweisen auf eine zentrale Unterscheidung in der Theorie der juristischen Argumentation: die zwischen *Autoritätsargumenten* auf der einen, *Sachargumenten* auf der anderen Seite¹². Für die Anerkennung einer Rechtsregel und damit der von ihr getragenen Entscheidung kann sprechen, dass sie von einer zuständigen Autorität gesetzt worden ist, oder aber, dass sie gerecht und vernünftig ist (oder in ihrer Anwendung zu den vorteilhafteren Konsequenzen führt). Typische Autoritätsargumente sind etwa die Berufung auf den Willen des Gesetzgebers, der Verweis auf die herrschende Meinung, aber auch das Argument des Wortlauts des Gesetzes; typische Sachargumente sind die Gerechtigkeit einer Regel, ihre Vernünftigkeit, die positiven Folgen ihrer Anwendung.

Obwohl dem kodifizierten Rechtssystem mit seiner idealtypischen Arbeitsteilung zwischen regelsetzender Gesetzgebung und regelanwendender Rechtsprechung theoretisch nur die autoritätsorientierte Argumentation entspricht, zeigt sich in der Analyse der Rechtspraxis ein erhebliches Gewicht sachorientierter Begründungen¹³. Allerdings verschleifen sich die Gegensätze teilweise in der Argumentationspraxis, weil Sachargumente mit Autoritätsargumenten verbunden werden. So wird häufig argumentiert, eine bestimmte Gesetzesinterpretation könne, da in ihren Konsequenzen ungerecht oder unvernünftig, nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Gleichwohl markiert der Dualismus von Autoritätsargumenten und Sachargumenten auch für die Praxis der juristischen Argumentation grundsätzlich alternative Optionen, deren Spielraum im Einzelnen noch nicht abgeklärt ist. Umstritten ist insbesondere, inwieweit sich der Richter an den praktischen Folgen seiner Entscheidung orientieren darf¹⁴.

11 Die Frage, ob einer gefestigten Rechtsprechung der Charakter einer eigenständigen Rechtsquelle zuzuerkennen ist, ist umstritten. Das Meinungsspektrum reicht hier von der Deutung des Richterrechts als bloßer Rechtskenntnisquelle (*Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 432) über die Annahme einer „Verbindlichkeitsvermutung“ (*Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.) und die Einordnung als selbständige, aber schwächere Rechtsquelle (*Bydlinski*, *JZ* 1985, S. 153 f.) bis hin zu der Auffassung, Richterrecht sei eine dem Gesetzesrecht ebenbürtige Quelle von Fallnormen (*Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. 4, 1977, S. 143 f.). Das Bundesverfassungsgericht spricht dem Richterrecht eine dem Gesetzesrecht vergleichbare Rechtsbindung ab (BVerfGE 84, 212, 227), bejaht aber die Befugnis des Richters zur „schöpferischen Rechtsfindung“ (BVerfGE 34, 269, 287).

12 Grundlegend *N. Horn*, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* 6 (1975), S. 145 ff.

13 Zur Bedeutung des Arguments der Gerechtigkeit der Entscheidung in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH immer noch grundlegend *Eike v. Savigny*, *Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, 1967.

14 Umfassend dazu *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995; vgl. ferner die Beiträge in *Teubner* (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995.

9.3.2 Das Verhältnis von juristischer und allgemein-praktischer Argumentation

Die juristische Argumentation hat, wie dargestellt, die Funktion, die Richtigkeit einer rechtlichen Entscheidung, die getroffen worden ist oder getroffen werden soll, zu begründen. In diesem Bezug auf „Richtigkeit“ unterscheidet sie sich nicht von anderen Argumentationen, die der Rechtfertigung von Handlungen dienen. Insbesondere zur moralischen Begründung von Handlungen und Handlungsnormen bestehen hier offensichtliche Parallelen. Das wirft die Frage auf, wie sich die juristische Argumentation zur allgemein-praktischen Argumentation verhält. Ist die juristische Argumentation lediglich ein Sonderfall der allgemein-praktischen Argumentation, oder handelt es sich um ein eigenständiges System von Argumenten und Argumentationsstrukturen, das sich zur allgemein praktischen Argumentation alternativ verhält?

Eine klare Antwort auf diese Frage fällt deshalb schwer, weil es weniger um die *Analyse* von Differenzen und Gemeinsamkeiten zwischen den Argumentationssystemen als um deren *Gewichtung* geht. Dass es sowohl Überschneidungen (z. B. in der Einbeziehung der Kriterien der Gerechtigkeit und der Vernünftigkeit der Entscheidung) als auch Trennendes gibt (Verbindlichkeit von Regeln kraft Setzung im Rechtsdenken), wird von keiner Seite bestritten.

Hinsichtlich der damit erforderlichen Gewichtung von Gemeinsamkeiten und Differenzen wird man zwischen der Struktur der Argumentation, den zugelassenen Argumenten und dem Ziel der Argumentation zu unterscheiden haben. *Strukturell* besteht insofern eine weitgehende Übereinstimmung, als in moralischen wie in rechtlichen Argumentationen die Formulierung einer Regel erforderlich ist, anhand derer sich die fragliche Konstellation rechtlich oder moralisch entscheiden lässt (s. oben). Was die *Typologie* der zugelassenen Argumente betrifft, so haben bestimmte, spezifisch juristische Argumente in der rationalen moralischen Debatte keine Entsprechung. Die Berufung auf den Willen einer regelsetzenden Instanz oder auf eine „herrschende Meinung“ ist in rationalen moralischen Diskursen nicht akzeptabel. Dagegen ist etwa in der Moraltheologie die Berufung auf Autoritäten (Gott, Papst, Kirchenlehrer) ebenso wie in der Rechtswissenschaft zugelassen.

Entscheidende Unterschiede ergeben sich hinsichtlich des *Ziels* der juristischen Argumentation einerseits, der moralischen andererseits. Die juristische Argumentation zielt nicht darauf ab, eine Entscheidung oder Rechtsauffassung in einem umfassenden, „absoluten“ Sinne als richtig zu erweisen. Maßstab der „Richtigkeit“ ist vielmehr die Übereinstimmung mit dem hier und jetzt geltenden Recht, das mit den Normen der Moral selbstverständlich in Widerspruch stehen kann. Auch dort, wo die juristische Entscheidung der Sache nach auf moralische Kriterien zurückgreift, muss sie diese Kriterien in juristische Kategorien transformieren. So kann die Strafbarkeit von Angehörigen der DDR-Grenztruppen, deren Verhalten nach dem geschriebenen Recht der DDR legal war, nicht einfach mit der moralischen Verwerflichkeit der Tötung unbewaffneter Flüchtlinge begründet werden. Der Gesichtspunkt der moralischen Verwerflichkeit muss dazu in das juristische Koordinatensystem eingepasst werden. Das geschieht im Beispielsfall durch Rückgriff auf naturrechtliche Argumentationsstrukturen. Exemplarisch ist hier das von *Radbruch* vorgeschlagene und vom Bundesgerichtshof (BGHSt 39, 1, 15 f.)

wie vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 95, 96, 134 f.) herangezogene Kriterium eines unerträglichen Verstoßes gegen die Gerechtigkeit. Danach ist Gesetzen die Rechtsverbindlichkeit dort abzusprechen, wo „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“¹⁵.

Auch dort, wo der Sache nach auf moralische Kriterien (Ungerechtigkeit) zurückgegriffen wird, kann das also nur mit Hilfe von Transformationsregeln geschehen, die den moralischen Kriterien einen Einfluss auf den Bestand des *rechtlichen* Regelsystems zuerkennen. Mit anderen Worten: Welche Kriterien für die „Richtigkeit“ der juristischen Entscheidung, auf deren Darlegung die juristische Argumentation zielt, relevant sind, entscheidet allein das Rechtssystem. Das spricht dafür, die juristische Argumentation nicht als Sonderfall des allgemein praktischen Diskurses, sondern als eigenständigen Diskurs zu interpretieren (zur „Sonderfallthese“ vgl. auch unter 9.5.4).

9.4 Das Problem der einzig richtigen Entscheidung

9.4.1 „Richtigkeit“ oder „Vertretbarkeit“ rechtlicher Entscheidungen?

Wenn der juristischen Argumentation die Aufgabe zukommt, die rechtliche Richtigkeit einer bestimmten Entscheidung zu begründen, dann wirft das die Frage auf, ob es in jedem Fall tatsächlich nur eine einzige richtige Entscheidung gibt. Diese Frage ist nicht nur in der wissenschaftlichen Diskussion außerordentlich umstritten. Sie wird auch in unterschiedlichen Bereichen der juristischen Praxis in höchst unterschiedlicher Weise gehandhabt. So geht die Praxis der Revisionsgerichte wie selbstverständlich davon aus, dass die dem Urteil der Vorinstanz zugrunde liegende Rechtsauffassung entweder richtig oder aber fehlerhaft ist: tertium non datur. Ebenso wird von einem juristischen Gutachten – und das heißt: auch von Falllösungen in juristischen Klausuren und Hausarbeiten – erwartet, dass sie *eine* Rechtsauffassung für richtig, die konkurrierenden für falsch erklären.

Bei der Bewertung dieser Gutachten dagegen wird das Modell der einzig richtigen Entscheidung verlassen. An die Stelle der strikten Gegenüberstellung von „richtig“ und „falsch“ tritt die wesentlich tolerantere von „vertretbaren“ und „nicht vertretbaren“ Rechtsauffassungen. Der Revisionsrichter, der noch am Vortag in einer dezidierten Entscheidung den Mordtatbestand (§ 211 StGB) als im Verhältnis zum Totschlag (§ 212 StGB) eigenständiges Delikt eingeordnet und die abweichende Auffassung der Strafrechtswissenschaft schlicht für rechtsirrig erklärt hat, muss diese bei einer Staatsprüfung am Folgetag als zumindest vertretbar bewerten. Auf die Kategorien „vertretbar“ und „unvertretbar“ greift auch das Bundesverfassungsgericht zurück, wenn es darum geht, ob ein Bürger durch ein fehlerhaftes Urteil eines Fachgerichts in seinen Grundrechten verletzt wurde. Eine Grundrechtsverletzung soll nur dann zu bejahen sein, wenn das fragliche Urteil auf einer unvertretbaren Rechtsauffassung beruht¹⁶. Das Bundesverfas-

¹⁵ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), GRGA Bd. 3 (1990), S. 83, 89.

¹⁶ BVerfGE 96, 375, 395; BVerfGE 85, 248, 257 f.; BVerfGE 82, 6, 13.

sungsgericht nimmt also eher die Perspektive des wohlwollenden Prüfers als die eines Revisionsgerichts ein.

Dieser Uneinheitlichkeit der Rechtspraxis entspricht der Diskussionsstand in der Rechtsphilosophie. Die Positionen reichen hier von der strikten Auffassung, es gebe für jeden Rechtsfall nur eine einzig richtige Entscheidung¹⁷, bis hin zu einer radikalen Skepsis gegenüber juristischen Richtigkeitsansprüchen und ihrer Ersetzung durch faktische, allein auf den tatsächlichen Meinungsstand bezogene „Zertitätswerte“¹⁸.

9.4.2 Die Theorie der „einzig richtigen Entscheidung“ (Dworkin)

Die These, es gebe für jeden Rechtsfall und jedes Rechtsproblem nur eine einzig richtige Entscheidung, wird im heutigen Diskussionskontext vor allem von *Ronald Dworkin* vertreten. *Dworkin* illustriert diese These durch ein Bild von hoher suggestiver Kraft. Ein Richter mit übermenschlichen Fähigkeiten, den *Dworkin* „Herkules“ nennt, wäre den Zweifeln des minderbegabten Richters – „Herbert“ – nicht unterworfen. Aber die suggestive Kraft dieses Bildes ist höher als sein Beweiswert. Denn das Bild unterstellt, dass die tatsächliche Vielfalt kontroverser Rechtsauffassungen nicht der Unbestimmtheit des Rechts, sondern ausschließlich der mangelnden Fähigkeit der Juristen zur Erkenntnis des „wirklichen“ Rechts zuzuschreiben ist. Indes: genau diese Behauptung, dass die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Juristen nicht auf einem *Regelungsdefizit* der Rechtsordnung, sondern auf einem *Erkenntnisdefizit* der sie verwaltenden Personen beruht, ist wenig plausibel. Denn rechtliche Regeln haben, anders als etwa mathematische Gesetze, keine ideale sondern nur eine soziale Existenz. Das bedeutet: „Richtig“ ist die Entscheidung (wie die sie tragende Rechtsregel), die sich anhand der anerkannten Argumentationsregeln als „richtig“ begründen lässt. Da aber die anerkannten Argumente (Wortlaut des Gesetzes, Wille des Gesetzgebers, Gesetzssystematik, Entstehungsgeschichte, Praktikabilität, Gerechtigkeit, „herrschende Meinung“ u. a.) typischerweise in unterschiedliche Richtungen weisen und präzise Gewichtungsregeln für die Abwägung dieser Argumente nicht existieren, ist häufig eine Mehrzahl von Rechtsauffassungen methodengerecht begründbar.

9.4.3 Die Abhängigkeit der Richtigkeit von der Begründung

Dieser Zusammenhang zwischen der Richtigkeit einer Rechtsauffassung und der für sie angeführten Begründung kennzeichnet eine Besonderheit der juristischen Argumentation, die diese von der Argumentation in anderen wissenschaftlichen Disziplinen unterscheidet. Die Richtigkeit einer naturwissenschaftlichen Hypothese ist keine Folge der für sie angeführten Begründung. So war, wenn man den Wissenschaftshistorikern Glauben schenken darf, zur Zeit des Kopernikus nach dem damaligen Stand des Wissens das geozentrische Weltbild erheblich besser begründet (auch: in höherem Maße durch Beobachtungsdaten gesichert) als das heliozentrische. Gleichgültig, ob diese wissenschaftsgeschichtliche These tatsächlich zutrifft: sie verdeutlicht die Unabhängigkeit der

¹⁷ Grundlegend *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (Anm. 7), S. 144 ff., 448 ff., 529 ff.; ferner *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 60 m. Fn. 131.

¹⁸ *Adomeit/Hähnchen*, Rechtslehre für Studenten, 6. Aufl. 2012, Rn 29.

Richtigkeit einer These von der für sie angeführten (und anführbaren!) Begründung im Bereich der Naturwissenschaft. Eine durch gute Argumente gestützte naturwissenschaftliche Hypothese kann sich als falsch erweisen. Umgekehrt kann die Hypothese zutreffen, ihre Begründung untauglich sein bis zur Abwegigkeit.

Dagegen ist die Qualität der juristischen Begründung für die Qualität der von ihr getragenen Rechtsauffassung konstitutiv. Eine bestimmte Rechtsauffassung kann mit einer bestimmten Begründung vertretbar, mit einer anderen unvertretbar sein. D. h.: die Annehmbarkeit der Begründung schlägt auf die Annehmbarkeit der Rechtsauffassung durch. Das hängt zusammen mit einer Besonderheit der Rechtswissenschaft, die diese von anderen Wissenschaften unterscheidet: rechtswissenschaftliche Forschung verändert den Gegenstand ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit. Ein Lehrbuch der Ornithologie lässt die Vogelwelt unangetastet; ein Lehrbuch des Strafrechts verändert auch das Strafrecht¹⁹.

9.4.4 Die einzig richtige Entscheidung als regulative Idee

Wenn häufig nicht nur eine einzige Rechtsauffassung, sondern eine Mehrzahl von Rechtsauffassungen methodengerecht begründbar und in diesem Sinne „richtig“ ist, so bedeutet das nicht, dass der Jurist, der als Richter oder Gutachter eine Rechtsfrage zu beantworten hat, sich mit der Feststellung begnügen dürfte, dass eben verschiedene Lösungen richtig oder jedenfalls vertretbar seien. Als Richter oder Gutachter muss er sich für eine Auffassung entscheiden, und er muss sich dabei am Ziel der am besten begründbaren (und in diesem Sinne einzig richtigen) Entscheidung orientieren. D. h.: Das Modell der einzig richtigen Entscheidung fungiert in weiten Bereichen der Rechtspraxis als eine unverzichtbare *regulative Idee*. Aus der internen Perspektive des Richters kann es nur eine richtige Entscheidung geben; aus der externen des Rechtsphilosophen handelt es sich um eine kontrafaktische Unterstellung.

9.5 Theorien juristischen Argumentierens

9.5.1 Einteilungskriterien

Für den wissenschaftlichen Zugriff auf den Gegenstandsbereich „juristische Argumentation“ eröffnen sich unterschiedliche Perspektiven. Ein anspruchsvolles Konzept einer Theorie der juristischen Argumentation liegt in dem Versuch, Regeln und Standards rationalen juristischen Begründens zu entwickeln; das Ziel, der Argumentationspraxis verbindliche Richtlinien vorzugeben, kennzeichnet ein solches Modell als *normative (präskriptive)* Theorie juristischen Argumentierens. Andere Untersuchungen beschränken sich darauf, die Regeln, die in juristischen Argumentationen tatsächlich befolgt werden, im Wege der systematischen Analyse von Rechtstexten zu rekonstruieren; man kann hier von *analytisch-rekonstruktiven* Ansätzen im Bereich der juristischen Argumentationstheorie sprechen. Schließlich kann man juristische Argumentationen in Hinblick auf Rationalitätsdefizite, auf Idealisierungen, auf rhetorische Elemente hin untersuchen;

¹⁹ Dazu *Adomeit/Hähnchen*, *Rechtstheorie* (Fn. 18), Rn. 15; *Peczenik*, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983, S. 142.

das ist der Zuständigkeitsbereich einer *analytisch-kritischen* Theorie der juristischen Argumentation. Diese Einteilung hat selbstverständlich idealtypischen Charakter; so kann eine normative Theorie juristischen Argumentierens weder auf die Kenntnisnahme der faktisch befolgten Argumentationsstandards noch auf deren kritische Analyse verzichten. Dementsprechend lassen sich die einzelnen Beiträge zu einer Theorie der juristischen Argumentation diesen Modellen nur schwerpunktmäßig zuordnen.

Neben der jeweiligen Blickrichtung spielt für die Einordnung der einzelnen Beiträge zur juristischen Argumentationstheorie ein weiterer Gesichtspunkt eine wesentliche Rolle. Man kann Argumentation zum einen als einen rein sprachlichen Vorgang begreifen; Argumentationsanalyse ist dann auf eine Textanalyse zu beschränken, die normativen Regeln der Argumentation sind auf Regeln der Textstrukturierung zu reduzieren. Diese Sichtweise dominiert insbesondere bei den logisch-analytischen Modellen der juristischen Argumentation. Man kann Argumentation aber auch als Kommunikationsprozess verstehen, der sich zwischen zwei oder mehreren Personen abspielt. Aus dieser Perspektive ist Gegenstand einer analytisch-rekonstruktiven Argumentationstheorie nicht nur der Text, sondern auch das kommunikative Verhältnis zwischen den beteiligten Personen; für eine normative Argumentationstheorie geht es bei dieser Sichtweise nicht nur um Standards der Textgestaltung, sondern auch um Regeln über die Teilnahme an Argumentationen wie etwa die Regel, dass jeder Argumentationsteilnehmer (Diskursteilnehmer) ungehindert seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern kann²⁰.

9.5.2 Der logisch-analytische Zugang zur juristischen Argumentation

Als Modell für eine rationale Rekonstruktion juristischen Argumentierens bietet sich das Modell des logischen Schließens aus mehreren Gründen an. Zum einen ist nicht zu bestreiten, dass logische Gesetze wie das des ausgeschlossenen Widerspruchs („nicht-*a* und *non-a*“) für jede rationale Argumentation und damit auch für juristische Begründungen verbindlich sind. Zu recht gilt der Verstoß gegen „Denkgesetze“ auch als Gesetzesverletzung, die mit dem Rechtsmittel der Revision gerügt werden kann. Zum anderen scheint gerade das Kernstück juristischen Argumentierens, die Urteilsbegründung, in seiner Struktur einem klassischen logischen Schlusschema zu entsprechen²¹. Es verwundert deshalb nicht, dass teilweise die juristische Argumentation mit logischem Folgern weitgehend gleichgesetzt²² und der juristische Syllogismus jedenfalls für den Bereich der „internen“ Rechtfertigung zum verbindlichen Argumentationsmodell erhoben wird²³.

Es ist grundsätzlich möglich, die Subsumtion eines Sachverhalts unter das Gesetz (oder eine dogmatische Regel) in Form eines logischen Schlusses darzustellen²⁴. Die komplexe Struktur der Subsumtion kommt allerdings bei dieser Darstellung weniger präzise zum

20 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 8), S. 245, 362.

21 Näher dazu Neumann, Juristische Logik, in diesem Band S. 272 ff.

22 Rödig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 3.

23 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 8), S. 273 ff.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 48 ff.

24 Oben S. 272, 276, 284.

Ausdruck als in alternativen Argumentationsmodellen²⁵. Zwar wird in dem prädikatenlogischen Modell immerhin die Regelorientierung allen juristischen Entscheidens deutlich (logischer Allsatz als Prämisse). Das logische Modell wird aber der Komplexität der juristischen Argumentation nicht annähernd gerecht. Die entscheidenden Probleme liegen nicht bei der internen Rechtfertigung, sondern bei der Herausarbeitung und Begründung der dogmatischen Regel, anhand derer der konkrete Fall entschieden werden soll. Die Begründung dieser Regel aber ist ein von heterogenen Argumenten und Gegenargumenten durchwirktes Argumentationsgefüge, in dem Abwägungen eine erhebliche und logischen Deduktionen eine marginale Rolle zukommt.

Das schließt nicht aus, dass die logische Analyse in bestimmten Fällen zur Verdeutlichung der Struktur bestimmter juristischer Argumente beitragen kann. So lässt sich zeigen, unter welchen Voraussetzungen das Analogieargument, das *argumentum e contrario* und das *argumentum a fortiori* zu formal gültigen Schlusschemata umgestaltet werden können²⁶. Insbesondere für die Alternative von *argumentum per analogiam* und *argumentum e contrario* kann die logische Analyse die Prämissen verdeutlichen, die jeweils vorausgesetzt werden müssen, wenn auf die eine oder andere Argumentationsform zurückgegriffen werden soll. Die in der Praxis häufig problematische Entscheidung zwischen beiden Alternativen aber kann die Logik dem Juristen nicht abnehmen. Auch hier gilt, dass der Rückgriff auf die Logik zur Verdeutlichung, nicht aber zur Lösung von Problemen der juristischen Argumentation beitragen kann.

9.5.3 Topisch-rhetorische Ansätze

Auf der anderen Seite des Spektrums finden sich topisch-rhetorische Modelle, die den rhetorischen Charakter und die strategische Ausrichtung juristischen Argumentierens hervorheben. In der Rekonstruktion dieser rhetorischen Strukturen und ihrer Kontrastierung mit den Regeln der offiziellen juristischen Methodenlehre sieht man die Aufgabe einer „rhetorischen Rechtstheorie“ („analytische Rhetorik“)²⁷. Die Konzeption ist analytisch-kritisch; es geht in erster Linie um Aufklärung über die tatsächlichen Strukturen juristischen Argumentierens und deren Bedingungen. Kritisiert werden insbesondere Ontologisierungen in der juristischen Sprache, die eine fiktive Objektivität konstituieren, hinter der sich subjektive Entscheidungen verbergen. Normative Folgerungen werden nur angedeutet. Im angloamerikanischen Bereich findet diese Richtung eine gewisse Parallele in der Bewegung der „Critical legal studies“²⁸.

²⁵ Oben S. 284 ff.

²⁶ Näher dazu Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1986, S. 34 f.

²⁷ Zusammenfassend: Katharina Gräfin v. Schlieffen, *Rhetorik und rechtswissenschaftliche Aufklärung*, in: *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 175 ff.; vgl. ferner die Darstellung bei Neumann, *Argumentationslehre* (Fn. 26), S. 54 ff.

²⁸ Zur Orientierung: S.P. Martin, *Ist das Recht mehr als eine bloße soziale Tatsache? Neuere Tendenzen in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie*, in: *Rechtstheorie* 22 (1991), 525 ff.; zu den „Critical Legal Studies“ S. 527 ff.

9.5.4 Die Theorie des rationalen juristischen Diskurses (Alexy)

Ein explizit normatives Modell juristischen Argumentierens mit hohem Rationalitätsanspruch hat auf der Basis der Diskurstheorie (*Habermas*) *Robert Alexy* entwickelt²⁹. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass, ebenso wie mit tatsächlichen Behauptungen, auch mit normativen Aussagen und damit auch mit Rechtsbehauptungen der Anspruch auf Richtigkeit verbunden ist. Vorausgesetzt wird damit die Möglichkeit, auch im normativen Bereich zwischen wahren (richtigen) und falschen Aussagen sowie zwischen guten und schlechten Gründen, gültigen und ungültigen Argumenten zu unterscheiden³⁰.

Die entscheidende Frage, die sich hier anschließt, betrifft die Verfügbarkeit von Kriterien, anhand derer richtige von falschen Rechtsbehauptungen, gültige juristische Argumente von ungültigen unterschieden werden können. Die Aufgabe der Selektion übernehmen in der Theorie *Alexys* – ebenso wie in der Diskurstheorie von *Habermas* – nicht inhaltliche, substanzielle, sondern prozedurale Gesichtspunkte. Entscheidend ist, ob die fragliche Aussage als Ergebnis eines idealen Verfahrens zur Normgewinnung bzw. Normprüfung gedacht werden kann³¹. Diese Bindung der Richtigkeit einer Aussage an das Verfahren, in dem sie gewonnen wird, kennzeichnet die Theorie *Alexys* als prozedurale Theorie.

Kernproblem einer solchen prozeduralen Theorie sind die Auswahl und die Begründung der Regeln, deren Befolgung die Richtigkeit des Ergebnisses garantieren soll. Dabei ist zwischen den Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses, die nach der „Sonderfallthese“³² auch für den juristischen Diskurs verbindlich sind, und den spezifischen Regeln des juristischen Diskurses zu unterscheiden.

Zu den Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses, die ihrerseits wieder in unterschiedliche Regelgruppen differenziert werden, gehört beispielsweise das Verbot, sich zu widersprechen (1.1.), das Gebot, Behauptungen auf Verlangen zu begründen (2) sowie die Erlaubnis, jede Behauptung in den Diskurs einzuführen (2.2.a). Zu den Regeln des juristischen Diskurses rechnen etwa: das Gebot, jedes juristische Urteil mittels mindestens einer universellen Norm zu begründen (J. 2.1), das Gebot der „Sättigung“ (Substantiierung) juristischer Argumentformen (J. 6) sowie der Grundsatz, dass die Argumente des Wortlauts des Gesetzes und des Willens des Gesetzgebers anderen Argumenten vorgehen, sofern sich nicht ausnahmsweise Gründe für eine abweichende Rangfolge angeben lassen (J. 7). Für eine genauere Darstellung und Würdigung von *Alexys* elaboremtem Modell juristischen Argumentierens muss auf detailliertere Ausführungen an anderer Stelle verwiesen werden³³.

29 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 8); *ders.*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996; *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995.

30 Näher und mit Nachweisen dazu *Neumann*, Argumentationslehre (Fn. 26), S. 78 ff.

31 Wie Fn. 30.

32 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 8), S. 273 ff.

33 *Neumann*, Argumentationslehre (Fn. 26), S. 78 ff.

9.5.5 Historische und kulturelle Relativität von Argumentationsstandards

Für jede normative Theorie der juristischen Argumentation stellt sich allerdings die Frage, inwieweit sich universal verbindliche, der zeitlichen wie der rechtskulturellen Relativität entzogene Standards rechtlichen Argumentierens formulieren lassen. Diese Frage reicht über den eingangs thematisierten Zusammenhang von Rechtsmodell (theokratisches oder aber rationales Naturrecht, Präjudizienrecht, kodifizierte Rechtsordnung) hinaus. Denn sie betrifft nicht nur die Struktur einer Rechtsordnung, sondern auch deren ideologischen Hintergrund – der Begriff der „Ideologie“ hier in einem wertneutralen Sinne verstanden. Nicht zu bestreiten ist, dass die in einer Rechtskultur tatsächlich anerkannten Argumentationsstandards in hohem Maße einem vorgängigen politisch-gesellschaftlichem Konsens verpflichtet sind, der mit den Regeln der „political correctness“ auch Standards zulässiger rechtlicher Argumentationen definiert. So wäre heute – anders als in früheren Rechtsordnungen – in einer juristischen Argumentation die Behauptung einer ethnisch bedingten geringeren oder größeren intellektuellen Leistungsfähigkeit (oder: besonderen charakterlichen Disposition etc.) bestimmter Personengruppen undenkbar. Es liegt in der Logik der Funktion dieses Hintergrundkonsenses, dass er – da seine wesentlichen Gehalte als selbstverständlich vorausgesetzt werden – den Argumentierenden im Regelfall nicht bewusst wird. Typischerweise werden deshalb fremde, insbesondere vergangene Rechtsordnungen zum Gegenstand ideologiekritischer Analysen³⁴. Eine vergleichende Analyse der juristischen Argumentationskultur in unterschiedlichen *gegenwärtigen* Rechtsordnungen wird im Zeichen eines zusammenwachsenden Europas und einer fortschreitenden Globalisierung auch der rechtlichen Interaktionen eine der wesentlichen Aufgaben juristischer Grundlagenforschung sein.

Weiterführende Literatur

- Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7. Aufl. 2012
 Grabowski, Andrzej, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Krakau 1999.
 Mac Cormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978.
 Neumann, Ulfrid, *Juristische Argumentationslehre*, 1986.
 Peczenik, Aleksander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983.
 Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 3. Aufl. 1999.
 Summers, Robert, *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, 2000.

³⁴ Grundlegend Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 5. Aufl. 1997.