

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 230

Rechtsdogmatik als Wissenschaft

Rechtliche Theorien und Modelle

Von

Jan C. Schuhr



Duncker & Humblot · Berlin

JAN C. SCHUHR

Rechtsdogmatik als Wissenschaft

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 230

Rechtsdogmatik als Wissenschaft

Rechtliche Theorien und Modelle

Von

Jan C. Schuhr



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Sommersemester 2005
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.

D 29

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-12079-5
978-3-428-12079-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.

Ich möchte allen danken, die Anteil am Entstehen dieser Arbeit haben. Ganz besonders gilt dies für meinen verehrten Doktorvater, Prof. Dr. Joachim Hruschka. Schon im Studium führte er mich an die Rechtsphilosophie heran und bald auch an das wissenschaftliche Arbeiten. Die Entwicklung der vorliegenden Arbeit begleitete er mit Interesse und steter Unterstützung. Ebenfalls besonderer Dank gilt Prof. Dr. Matthias Jestaedt für wertvolle Hinweise zu Gegenstand und Darstellung der Arbeit und die Erstellung des Zweitvotums.

Einige Tagungs- und Seminarreihen lieferten mir durch die dortigen Vorträge und Diskussionen wertvolle Anregungen und waren Ansporn für die vorliegende Untersuchung: die von Prof. Dr. Sharon Byrd, Prof. Dr. Joachim Hruschka und Prof. Dr. Jan C. Joerden veranstalteten Tagungen zum Jahrbuch für Recht und Ethik sowie deren rechtsphilosophische Seminare, das Intradisziplinäre Forum Franken von Prof. Dr. Matthias Jestaedt und Prof. Dr. Oliver Lepsius, das Colloquium Logico-Philosophicum von Prof. Dr. Christian Thiel sowie das Seminar zur Philosophie der Mathematik von Prof. Dr. Volker Peckhaus. Unter mehreren Mathematikern, denen ich meine Einblicke in die Mathematik und schon in früher Studienphase eigene Eindrücke von der aktuellen wissenschaftlichen Arbeit in der Algebra verdanke – was für die vorliegende Arbeit enorm hilfreich war – möchte ich vor allem Prof. Dr. Peter Plaumann und auch Prof. Dr. Herbert Lange hervorheben.

Für Diskussionen über frühere Entwürfe, viele Anregungen und Korrekturen danke ich insbesondere Dr. Hannes Unberath, Irina v. Schilling, Ufuk Özbe und Daniel Plaumann herzlich, ebenso meinen Eltern für die Unterstützung beim Korrekturlesen. Der Schmitz-Nüchterlein-Stiftung danke ich für die Auszeichnung meiner Dissertation mit einem Förderpreis, meiner Fakultät für die Auszeichnung mit ihrem Promotionspreis. Prof. Dr. h.c. Norbert Simon und Dr. Florian R. Simon bin ich für die Aufnahme der Untersuchung in die Reihe der Schriften zur Rechtstheorie sehr verbunden.

Erlangen, im März 2006

Jan C. Schuhr

Inhaltsübersicht

Überblick	13
<i>Kapitel 1</i>	
Der Gegenstand der Rechtswissenschaft	
A. Recht als vorgegebener Gegenstand?	25
B. Unabhängigkeit der Betrachtung von Normgeltung	37
C. Gegenstand und Zielsetzung rechtlicher Theorien	45
<i>Kapitel 2</i>	
Ausarbeiten und Anwenden rechtlicher Theorien	
A. Deduktive Theorie und Motivation der Prämissenwahl	59
B. Die rechtsdogmatischen Fragestellungen	66
C. Anwendung rechtlicher Theorien	85
<i>Kapitel 3</i>	
Bestandteile rechtlicher Theorien	
A. Betrachtungsweisen und Modelle	96
B. Unterscheidung von Modellen, Zuordnungen und Rechtssätzen	112
C. Modelle	117
D. Zuordnungssätze	144
E. Rechtssätze und die Beantwortung der Ausgangsfrage	152
<i>Kapitel 4</i>	
Materielle Eigenschaften rechtlicher Theorien	
A. Verhältnis der Teile rechtlicher Theorien zueinander	177
B. Qualität von Modellen	191
C. Fundamentale Modelle aller rechtlichen Theorien	204
Schlußbemerkung	217
Anhang: Zum Modellbegriff	221
Literaturverzeichnis	227
Personenverzeichnis	246
Sachverzeichnis	249

Inhaltsverzeichnis

Überblick	13
1. Fragestellung	13
2. Theoriebegriff	13
3. Modelle	15
4. Gang der Untersuchung	18
<i>Kapitel 1</i>	
Der Gegenstand der Rechtswissenschaft	23
1. Begriff der Rechtswissenschaft	23
2. Gegenstand von Wissenschaften und Theorien	24
A. Recht als vorgegebener Gegenstand?	25
1. Veränderung des Gegenstandes durch die Theorie?	25
2. Theorie als objektive Betrachtung	26
3. Theorie und Praxis	28
4. Veränderung des Rechts	30
5. Erzwingung der Gegenständlichkeit von Recht?	31
B. Unabhängigkeit der Betrachtung von Normgeltung	37
1. Geltendes Recht als Theorie?	37
2. Vernunftrecht: Erzwingung des Theoriecharakters?	38
3. Untauglichkeit des geltenden Rechts zur Theorie	39
4. Rechtspositivismus vs. Vernunftrecht	39
5. Geltung	40
6. Betrachtung möglicher Rechtsordnungen als Theoriebildung	42
C. Gegenstand und Zielsetzung rechtlicher Theorien	45
1. Recht als abstrakter Gegenstand	45
2. Abbildung nachgeordneter Gegenstände	46
3. Normative Handlungstheorie	48
4. Rechtliche Sätze	48
5. Deskriptive, präskriptive und askriptive Sätze	50
6. Normen und rechtliche Beziehungen	52
7. Prognosen	53
8. Handlungsspielräume	55
9. Optimierungsproblem der Rechtswissenschaft (ein Ausblick)	56

<i>Kapitel 2</i>	
Ausarbeiten und Anwenden rechtlicher Theorien	
	59
A. Deduktive Theorie und Motivation der Prämissenwahl	59
1. Hypothetisch-deduktive Theorien	59
2. Wissenschaftliche Freiheit bei der Auswahl der Normen	60
3. Motivation der Prämissen	61
4. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik	62
5. Motivation und Wissenschaftlichkeit	63
6. Geltung als Motiv	63
7. Systematische Entwicklung der Prämissen	64
B. Die rechtsdogmatischen Fragestellungen	66
1. Klassifikation rechtsdogmatischer Fragen	66
2. Rechtswissenschaft und die exakten Wissenschaften	66
3. Forderungen nach Vollständigkeit und Unabhängigkeit	71
4. Konsistenz	76
5. Wertungswidersprüche	79
6. Ausarbeiten einer rechtlichen Theorie	83
C. Anwendung rechtlicher Theorien	85
1. Zweiteilung der Anwendung	85
2. Gesetzgeber und Rechtspraxis	89
3. Rechtswissenschaft	92
4. Geltendes Recht und Widerspruchsfreiheit	92
5. Anwendung des geltenden Rechts	93

<i>Kapitel 3</i>	
Bestandteile rechtlicher Theorien	
	95
A. Betrachtungsweisen und Modelle	96
1. Positivistische und konstruierende Betrachtungsweise	96
2. Unterscheidung von Gegenständen nach der Betrachtungsweise	99
3. Zweifelhaftigkeit der Differenzierung	101
4. Abhängigkeiten unter den unterscheidbaren Gegenständen	102
5. Einheitliche Gegenstände	103
6. Modelle erlauben die Einheitlichkeit	104
7. Notwendigkeit von Modellen	107
8. Modellbezogenheit von Theorien	108
B. Unterscheidung von Modellen, Zuordnungen und Rechtssätzen	112
1. Modelle und Aussagen als Teile von Theorien	112
2. Rechtssätze, Modellsätze und Zuordnungssätze	113
3. Modelle und die betrachtete Rechtsordnung	116
C. Modelle	117
1. Begriffe und Regeln	117
2. Minimalmodelle	119
3. Aufgabe der Rechtswissenschaft	120

I. Eigenschaften von Modellen	121
1. Grundbegriffe	121
2. Unvollständigkeit des Regelsystems	123
3. Unwiderlegbarkeit von Modellen	123
II. Modell und Modelliertes	125
1. Vorbild und Abbild	125
2. Positivistischer und konstruierender Standpunkt	126
3. Verkürzung und Gleichheit	126
4. Nicht-Eindeutigkeit und Pragmatismus	128
III. Bewährte Modelle im Recht	128
1. Tatbestände und Sachverhalte	129
2. Rechtsinstitute	130
3. Körperschaften	131
4. Staatsmodelle	131
5. Kodifikationen	132
IV. Besonderheiten rechtlicher Modelle (ein Exkurs)	134
1. Objektarten und Satzklassen	134
2. Strukturelle und semantische Modelle in der Rechtswissenschaft	137
3. Abstrakta	139
4. Kumulation von Modellen	143
D. Zuordnungssätze	144
1. Modelle und Zuordnungssätze	144
2. Hermeneutische Bedeutung	145
3. Interpretation und Motivation	147
4. Theorien ohne Zuordnungssätze	147
5. Risiken der Theoriebildung	148
6. Angewandte Wissenschaft	148
7. Juristische Literatur	149
8. Übertragung von Modellen und Theorien	149
9. Doppelfunktion der Zuordnungssätze	151
E. Rechtssätze und die Beantwortung der Ausgangsfrage	152
1. Bezug zur Ausgangsfrage	152
2. Rechtssätze und Modellregeln	152
I. Statische Normen und Abbildung geltender Rechtsordnungen	153
1. Sprachebenen	153
2. Strafrecht	154
3. Vertragsrecht	157
4. Die übrigen Rechtsgebiete	158
5. Theorie der Gesetzgebung bzw. Geltung	159
II. Präskriptive Aussagen und exakte Urteile	163
1. Problem der präskriptiven Aussagen	163
2. Begriff der Aussage	165
3. Präskriptive Aussagen	167
4. Sätze des Aussagenteils	173
5. Exakte Urteile und Wertungen	174
6. Ergebnis	176

*Kapitel 4***Materielle Eigenschaften rechtlicher Theorien**

177

A. Verhältnis der Teile rechtlicher Theorien zueinander	177
1. Vollständigkeit der Klassifikation rechtlicher Sätze	178
2. Logisches Verhältnis der rechtlichen Sätze zueinander	180
3. Klassifikationskriterien	180
4. Indikatoren für die Klassifikation	183
5. Übergang von einer Satzart zur anderen	184
6. Extremfälle	190
B. Qualität von Modellen	191
1. Qualität einer Theorie	191
2. Kritik eines Modells	192
3. Naturwissenschaftliche Modelle	194
4. Unzulässige Modelle	195
5. Ökonomische Natur der Theoriebildung	199
6. Unbeweisbarkeit von Modellen	202
C. Fundamentale Modelle aller rechtlichen Theorien	204
I. Rechtssubjekte	204
1. Rechtssubjekte und äußere Wirklichkeit	205
2. Teile des Modells	205
3. Rechtssubjekte und Staat	206
II. Zurechnung	206
1. Rechtssubjekt und Außenwelt	207
2. Rechtssubjekte untereinander	212
III. System von Verhaltensregeln	212
IV. Konzepte der Methodenlehre	213
1. Auslegung	214
2. Subsumtion	215
3. Analogie	215
4. Vermutungen	216
Schlußbemerkung	217
Anhang: Zum Modellbegriff	221
1. Etymologie	221
2. Erweiterter Modellbegriff	223
3. Bedeutungsverwandte Begriffe	225
Literaturverzeichnis	227
Personenverzeichnis	246
Sachverzeichnis	249

Überblick

1. *Fragestellung.* Die vorliegende Untersuchung zielt auf die Beantwortung der Frage:

Ist in der Rechtswissenschaft eine strengen wissenschaftlichen Maßstäben genügende Theoriebildung möglich, und, falls ja, wie kann sie aussehen?

2. *Theoriebegriff.* Die ‚strenge Schuldtheorie‘, die ‚eingeschränkte Schuldtheorie‘ in verschiedenen Spielarten und die ‚Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale‘ betreffen die rechtlichen Konsequenzen eines Erlaubnistatbestandsirrtums und die Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Die ‚Anerkennungstheorie‘ und die ‚Heimatrechtstheorie‘ beschäftigen sich mit der Rechtsfolge von Art. 3 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961¹. Es gibt zahllose weitere solcher Stellungnahmen zu Einzelfragen, die man in der Rechtswissenschaft als ‚Theorie‘ bezeichnet.

Hier soll nicht erörtert werden, ob der besondere rechtswissenschaftliche Sprachgebrauch, schon einzelne Antworten auf einzelne Fragen eine ‚Theorie‘ zu nennen, sinnvoll ist. In der vorliegenden Untersuchung ist mit ‚Theorie‘ jedenfalls etwas anderes gemeint, nämlich eine inhaltlich zusammenhängende, in sich widerspruchsfreie und für ihren Gegenstandsbereich mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit auftretende Darstellung.

Im Hinblick auf die Rechtswissenschaft geht es bei der Theoriebildung im hier verwendeten Sinne des Wortes darum, eine Rechtsordnung oder zumindest ein Rechtsgebiet einigermaßen erschöpfend zu beschreiben und dadurch auszuformen. Dabei muß eine gewisse *Allgemeinheit* in Form allgemeingültiger Regeln erreicht werden.² Theorien im Sinne des folgenden Textes befas-

¹ Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1971 Teil II, S. 219 (für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 17. September 1971).

² Für das Recht ergibt sich die Forderung nach Allgemeinheit schon aus den leitenden Prinzipien der Gleichheit der Rechtsanwendung, der Gesetzesgebundenheit und der Rechtssicherheit (vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, § 1 II. 2., S. 17 sowie *Eike von Savigny*, Juristische Dogma-

sen sich also mit einem Komplex von Fragen und geben strukturierte, insbesondere widerspruchsfreie Antworten. In diesem Wortsinn kommen etwa das Strafrecht oder das Gesellschaftsrecht insgesamt als Theorie oder Teil einer Theorie in Betracht. Der jeweilige Ausarbeitungszustand des Straf- oder Gesellschaftsrechts ebenso wie der anderer Rechtsgebiete wird in der Regel nicht völlig frei sein von Fehlern und daher eher als Entwurf einer Theorie denn als fertige Theorie angesehen werden können. In dieser Eigenschaft unterscheidet sich der jeweils aktuelle Zustand rechtswissenschaftlicher Theorien bzw. ihrer Teile nicht vom jeweils aktuellen Zustand der Theorien anderer Wissenschaften.

Die Naturwissenschaften und die Mathematik haben in den letzten anderthalb Jahrhunderten den Wissenschafts- und den Theoriebegriff stark geprägt. In der Rechtswissenschaft sind in dieser Zeit sowohl Versuche einer Annäherung an die Naturwissenschaften unternommen³ als auch eine Abgrenzung von den Naturwissenschaften propagiert⁴ worden. In der vorliegenden Untersuchung werden Vergleiche mit der Mathematik und der Physik immer wieder eine Rolle spielen, weil sich die Wissenschaftstheorie bei der Ausarbeitung ihrer Begriffe stark an ihnen orientiert. Diese Vergleiche haben indes keinen Selbstzweck. Es geht in der vorliegenden Arbeit weder um eine Annäherung der Rechtswissenschaft an die Naturwissenschaften noch um eine Ab-

titik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 104 ff. (8. Untersuchung)). Sie ist aber darüber hinaus *die zentrale Forderung an alle wissenschaftlichen Theorien*. *Carl Gustav Hempel*, Aspects of Scientific Explanation, in: Aspects of Scientific Explanation and other Essays, 1965, (IV. 12.) 11., S. 488 spricht z.B. sehr treffend davon, es bedürfe auch eines „system of uniformities represented by [...] laws or theoretical principles“, um empirische Fakten verständlich zu machen (vgl. dazu ferner *derselbe*, Studies in the Logic of Explanation (1948), a.a.O. (IV. 10.), III. 6., S. 264 ff. sowie II. 5., S. 259).

³ Eine allgemeinere Darstellung hierzu mit zahlreichen Einzelnachweisen findet man bei *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, I. Teil, dort vor allem S. 26 f. (I 2 2.), S. 36 ff. (I 3), S. 51 f. und S. 55 (I 3 3.), S. 63 ff. (I 3 5.) sowie S. 87 (I 4 1.). Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die differenzierte Untersuchung von *Dietrich Tripp*, Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert, 1983, insbesondere S. 166 ff. In ihr wird der Zusammenhang zwischen verschiedenen rechtspositivistischen Strömungen und vorhergehenden Entwicklungen in anderen Wissenschaften dargestellt und dabei – pointiert formuliert – auch der Frage nachgegangen, inwieweit das BGB seine Entstehung dem „Vorbild der exakten Wissenschaften“ verdankt.

Von den zahlreichen Beispielen für solche Bestrebungen sei hier nur eines erwähnt: *Rudolph von Jhering* schreibt im Geist des römischen Rechts, Teil II/2, § 41, S. 361 der 4. Aufl. von 1883, die wissenschaftliche Jurisprudenz lasse sich als „Naturwissenschaft auf geistigem Gebiet“ bezeichnen. (Diese Stelle ist im Zusammenhang mit Teil III, § 59, S. 318-323 der 4. Aufl. von 1888 zu lesen.)

⁴ Vgl. z.B. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, Vorwort, S. III (S. IX des Neudrucks von 1985) sowie I. 2., S. 2.

wendung von ihnen. Es geht ausschließlich um die Theoriebildung in der Rechtswissenschaft, und es wird untersucht, wie *rechtliche Theorien* aufgebaut sein müssen, um strengen wissenschaftlichen Maßstäben zu genügen.

Einige Unterschiede zwischen den Naturwissenschaften auf der einen und der Rechtswissenschaft auf der anderen Seite sind nicht zu übersehen: In den Naturwissenschaften werden die Kandidaten für Gesetzmäßigkeiten *induktiv* erarbeitet. Ihre Sätze sind *deskriptiv* und werden am *empirischen* Falsifikationskriterium gemessen. Die Rechtswissenschaft hingegen kann zu gesicherten Ergebnissen nur *deduktiv* gelangen. Ihre Sätze sind *präskriptiv* und können nicht empirisch falsifiziert werden, denn sie bilden gerade *Normen* des empirisch Wahrnehmbaren. Wird in der Literatur auf diese Unterschiede hingewiesen, so geschieht dies zumeist um zu belegen, daß Naturwissenschaften und Rechtswissenschaften ganz unterschiedlich arbeiteten, daß die Methoden der einen Wissenschaft in der anderen nichts taugten, daß sie ganz verschiedenartige Theorien entwickelten und weitere Vergleiche sich verböten. Doch die genannten – unbestreitbaren – Unterschiede tragen die behaupteten Schlußfolgerungen nicht. Sie bieten insbesondere kein durchschlagendes Argument dafür, daß die betreffenden Wissenschaften keine gemeinsamen Methoden verwenden und keine in gewisser Hinsicht gleichartigen Theorien entwickeln könnten.⁵ Die bezeichneten Unterschiede sind zunächst einmal lediglich Unterschiede. Sie können und werden sich verschiedentlich auf die jeweils zu verwendenden Methoden und die jeweils zu bildenden Theorien auswirken. Doch wie und wo das geschieht, muß erst einmal untersucht werden.

3. *Modelle.* Für das Verständnis von Theorien spielen – wie im Laufe der Untersuchung detailliert dargelegt werden wird – Modelle eine zentrale Rolle. Bei ‚Modell‘ war und ist zunächst an körperliche Veranschaulichungen (etwa das kleine Holzmodell einer Kirche) zu denken, sodann allgemeiner an *Analogien*. Mechanischen Analogien kam dabei im Verlauf der Entwicklung aller Wissenschaften besondere Bedeutung zu.⁶ Gegen Ende des 19. Jahrhunderts begannen etliche Naturwissenschaftler, Mathematiker und Philosophen, sich rege mit einzelnen Modellen, insbesondere mit Atommodellen, thermodynamischen Modellen und Modellen der nicht-euklidischen Geometrie auseinanderzusetzen. Im Zuge dessen entstand eine Diskussion um das Konzept des Modells und das Modellieren als solches. Sie war Teil der *Grundlagen-*

⁵ Darauf hat insbesondere schon *Ralf Dreier* nachdrücklich hingewiesen (vgl. Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, 1978, II 2. b, S. 82 in: *derselbe*, Recht-Moral-Ideologie, 1981).

⁶ Vgl. dazu *Rudolf Seeliger*, Analogien und Modelle in der Physik, Studium Generale 1. Jg. (1947/48), S. 127 ff. und *Hermann Fertig*, Modelltheorie der Messung, 1977, I.1.1, S. 16 f.