

Schriften zur Rechtstheorie

Band 269

**Vagheit im Recht:
Grenzfälle und fließende
Übergänge im Horizont
des Rechtsstaats**

Von
Daniel Gruschke



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL GRUSCHKE

Vagheit im Recht:
Grenzfälle und fließende Übergänge
im Horizont des Rechtsstaats

Schriften zur Rechtstheorie

Band 269

Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats

Von

Daniel Gruschke



Duncker & Humblot · Berlin

Gefördert von der VolkswagenStiftung.

Die Philosophische Fakultät I
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2013
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
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-14250-7 (Print)
ISBN 978-3-428-54250-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84250-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

„Möge Gott dem Philosophen Einsicht geben in das,
was vor allen Augen liegt.“

L. Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde an der Philosophischen Fakultät I der Humboldt-Universität zu Berlin als Promotionsschrift eingereicht und am 13. Februar 2013 verteidigt. Sie stellt das Ergebnis eines mehrjährigen Experimentes dar, das insbesondere Juristen gewagt erscheinen dürfte: eine ihrem Anspruch und Vorgehen nach philosophische Arbeit, die sich mit rechtsmethodologischen und rechtsdogmatischen Problemen befasst und auf diese Weise Gebiete betritt, die unzweifelhaft zur Domäne der Rechtswissenschaft gehören. Das Urteil über den Ausgang dieses Versuchs muss ich dem Leser überlassen.

Meine Aufgabe an dieser Stelle ist es, denen Dank abzustatten, ohne deren Hilfe vorliegende Arbeit nie fertiggestellt, geschweige denn veröffentlicht worden wäre: Dem Dekan der Philosophischen Fakultät I, Herrn Prof. Michael Seadle, PhD, danke ich für die zügige Durchführung des Promotionsverfahrens. Meinen Gutachtern, Herrn Prof. Dr. Geert Keil (HU Berlin) und Herrn Prof. Dr. Markus Stepanians (Aachen, Bern), die das Entstehen meiner Dissertation von Anfang an begleitet haben, schulde ich mehr, als ich hier zum Ausdruck bringen kann. Es ist ihnen zu verdanken – ihrer Geduld, ihrem akademischen Rat und nicht zuletzt ihrer Unterstützung bei der Finanzierung meines Projektes –, dass aus einer unausgegorenen Idee eine Promotionsschrift wurde, die nun zwar ohne jede Präntention, aber doch selbstbewusst ans Licht der Öffentlichkeit treten kann.

Herrn Prof. Dr. Ralf Poscher (Freiburg) und allen Kolleginnen und Kollegen unserer Forschungsgruppe „Vernünftiger Umgang mit unscharfen Grenzen: Vagheits- und Unbestimmtheitsphänomene als Herausforderung für Philosophie und Recht“ danke ich für zahllose anregende Diskussionen, gute Ideen und hilfreiche Vorschläge, die sich in vorliegender Arbeit an mehr als einer Stelle positiv bemerkbar machen: Rico Hauswald, Lara Keuck, Matthias Kiesselbach, Nora Kluck, David Lanius, Tim Schöne und Andree Weber haben mich vor so manchem philosophischen Irrweg bewahrt und dazu beigetragen, dass ich meine Arbeit nicht nur auf das richtige Gleis setzen, sondern darauf auch voranbringen konnte.

Eine Dissertation zu Themen, die eigentlich der Rechtswissenschaft zugehören, kann man als Philosoph nur schreiben, wenn man sich jederzeit Rat bei juristischen Fachleuten einholen kann. Mein Dank gilt deshalb Sebastian Bramorski, Stephan Dorn, Christian Ehlenz, Michael Kuhn und Benedikt Schauberer, die mir mit unglaublicher Geduld für unzählige Fragen und Nachfragen zur Verfügung standen. Herrn Prof. Dennis Patterson, PhD, J.D., danke ich dafür, dass er mich

während eines Studienaufenthaltes am European University Institute Florenz nicht nur mit den Feinheiten des Common Law und der zugehörigen Rechtstheorie vertraut gemacht hat, sondern mir auch dabei half zu erkennen, welchen Gang meine Untersuchung nehmen muss – und was sie besser ausspart.

Meinen Kolleginnen und Kollegen in Berlin, insbesondere Alexander Dinges, Philipp Hübl, Nora Kreft und Beate Krickel, sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Kolloquiums am Lehrstuhl für philosophische Anthropologie schulde ich Dank für viele außerordentlich hilfreiche Rückfragen und Verbesserungsvorschläge – sowie nicht zuletzt für die Geduld, mit der sie mich und meine unfertige Dissertation gleich zwei Mal ertragen haben.

Zwar lebt der Mensch – und insbesondere der Doktorand – nicht vom Brot allein, doch ohne einen gesicherten institutionellen und finanziellen Rahmen wäre zumindest diese Arbeit nie abgeschlossen worden: Das Human Technology Centre der RWTH Aachen hat mir drei Jahre lang diesen Rahmen geboten. Durch ein Abschlussstipendium der Fazit-Stiftung war es mir möglich, eine schwierige Phase zu überbrücken. Der Verlag Duncker & Humblot hat meine Arbeit in die Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“ aufgenommen und die Volkswagen Stiftung ihr Erscheinen mit einem großzügig bemessenen Zuschuss zu den Druckkosten gefördert. Diesen Institutionen gilt dafür mein aufrichtiger Dank.

Berlin, im September 2013

Daniel Gruschke

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Vagheit, Recht, Rechtsstaat	11
A. Einleitung	11
B. Vagheit	21
I. Vagheit von Prädikaten	22
1. Anwendungsvagheit und Individuationsvagheit	24
2. Graduelle und kombinatorische Vagheit	27
3. Extensionale und intensionale Vagheit	29
II. Höherstufige Vagheit	30
III. Das Sorites-Paradoxon	36
IV. Abgrenzungen und Präzisierungen	46
V. Vagheit und Recht	53
C. Vagheit und Rechtsstaatlichkeit	60
I. Lon Fuller: The Morality of Law	63
1. „Fidelity to law“?	63
2. Exkurs: „Inner morality of law“?	66
3. Fullers „principles of legality“	81
II. Joseph Raz: The Rule of Law and its Virtue	88
III. Anforderungen an rechtsstaatliche Rechtsanwendung	95
IV. Synthese: Eine formale Konzeption der Rule of Law	105
V. Vagheit im Recht – Facetten eines Problems	109

Teil II

Vagheitstheorien und Vagheit im Recht	119
D. Epistemische Vagheitstheorie	122
I. Das Konzept	122
II. Probleme	129
III. Anwendung im Recht	137
1. Anwendung	137
2. Kritik	139

E. Fuzzy-Logik	143
I. Das Konzept	143
II. Probleme	147
III. Anwendung im Recht	149
1. Anwendung	149
2. Kritik	155
F. Supervaluationismus	159
I. Das Konzept	159
II. Probleme	163
III. Anwendung im Recht	168
G. Kontextualismus	172
I. Das Konzept	172
II. Probleme	185
III. Anwendung im Recht	188
1. Anwendung	188
2. Probleme	194
H. Auswertung	198
Literaturverzeichnis	208
Sachverzeichnis	218

Teil I

Vagheit, Recht, Rechtsstaat

A. Einleitung

Unter dem Titel „Vagheit im Recht“, „vagueness in law“, wird in der zeitgenössischen Philosophie etwa seit den 90er Jahren eine Diskussion geführt, die zwei ursprünglich getrennt behandelte Themen zu einer Fragestellung verbunden hat: die Bestimmtheit des Rechts und die semantische Vagheit von Prädikaten.

Die Debatte greift die in der Rechtsphilosophie seit Langem erörterte Frage auf, ob Rechtsnormen zusammen mit den Merkmalen des zu beurteilenden Sachverhaltes die gerichtliche Entscheidung eines Falles derart festlegen, dass Rechtsanwendung als ein Vorgang zu denken wäre, der ebenso gut von einem Automaten ausgeübt werden könnte, da er in nichts Weiterem besteht als in einer denkbar einfachen Operation: Nimm den für den vorliegenden Fall einschlägigen Rechtssatz R, welcher die logische Form eines Konditionals hat; prüfe, ob der zu beurteilende Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale im Antezedens von R erfüllt, und ordne, falls dies zutrifft, diejenige Rechtsfolge an, die im Konsequens von R spezifiziert wurde.

Gegen die Vorstellung vom Richter als einem gleichsam maschinenhaft agierenden Subsumtionsautomaten zogen in Deutschland insbesondere die Anhänger der sog. „Freirechtsschule“ zu Felde.¹ Unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius hat Kantorowicz, einer der bedeutendsten Vertreter dieser Schule, das Automaten-Ideal folgendermaßen karikiert:

„Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.“²

Im letzten Satz dieses Zitats wird angedeutet, dass das, was man im deutschsprachigen Raum auch „juristischen Determinismus“³ nennt, streng genommen

¹ Vgl. *Ogorek* (1986), *Pound* (1908).

² *Kantorowicz* (1906), S. 5.

³ Vgl. *Neumann* (1986), S. 2 f. Den Gegensatz zum Determinismus bildet nach Neumann der sog. „juristische Irrationalismus“ (Dezisionismus), der in der juristischen Fall-

nicht in *einer* These besteht, sondern in mehreren: (1) Das Recht enthält für alle Fälle genau eine Lösung, die (2) vom Gesetzgeber „vorherbestimmt“ wurde. Versteht man (2) als Kriterium für die Richtigkeit einer Fallentscheidung, dann könnte man (1) und (2) auch so zusammenfassen: Es gibt im Recht für jeden Fall genau eine richtige, da vom Gesetzgeber vorherbestimmte Lösung. (3) Mithilfe von Logik und der richtigen Exegese-Methode lässt sich die eine richtige Lösung so ermitteln, dass keine Zweifel an ihrer Richtigkeit bleiben. Es gibt also nicht nur für jeden Fall genau eine richtige Lösung; diese Lösung ist überdies *eindeutig* richtig beziehungsweise als eindeutig richtig nachweisbar.⁴

Man kann nun offenbar (1) vertreten, ohne sich auf (2) und (3) festzulegen. So könnte man etwa der Meinung sein, es gebe auf jede Rechtsfrage eine richtige Antwort, aber diese hänge nicht von irgendwelchen Bestimmungen des Gesetzgebers ab, sondern von den fundamentalen Prinzipien, die einer Rechtsordnung zugrunde liegen. (Man erhielte dann eine „Right-Answer-Thesis“ im Sinne Dworkins.) Ferner sieht man, dass der Vertreter des juristischen Determinismus auch eine rechtshermeneutische Verpflichtung auf die sogenannte „subjektive Auslegung“ eingeht: Wenn ein Fall korrekt gelöst werden soll, dann muss man den Normtext daraufhin befragen, was der Gesetzgeber für diesen Fall bestimmt hat.

Es fragt sich natürlich, ob jemals eine Rechtstheorie vertreten wurde, die den juristischen Determinismus in Reinkultur verkörpert hätte. Vielleicht wird man neben der „Begriffsjurisprudenz“, bei der wie erwähnt notorisch unklar bleibt, was genau darunter zu verstehen ist, an den Kelsen der *Reinen Rechtslehre* denken, der die Existenz von Gesetzeslücken geleugnet und den Ausdruck „Lücke im Gesetz“ als „typisch ideologische Formel“, gebrandmarkt hat:⁵

„Allein, echte Lücken in dem Sinne, daß ein Rechtsstreit gemäß den geltenden Normen nicht entscheidbar wäre, weil das Gesetz – wie man sagt – mangels einer auf diesen Fall beziehbaren Vorschrift nicht angewendet werden kann, gibt es nicht. Jeder Rechtsstreit besteht darin, daß eine Partei gegen eine andere einen Anspruch erhebt;

entscheidung einen bloßen Willensakt sieht: Angeführte Entscheidungsgründe sind genau genommen bloße „Entscheidungsgründe“, die rein dekorativen Charakter haben.

⁴ Vermutlich hatte *Kantorowicz* in der zitierten Stelle das vor Augen, was *Jhering* als „Begriffsjurisprudenz“ tituliert hat. Was genau darunter zu verstehen ist, bleibt im Detail meistens vage. Nach *Schröder* (2008), Sp. 501, „ist B. ein Verfahren, das Recht in gesetzlich nicht eindeutig geregelten Fällen aus Begriffen oder Prinzipien abzuleiten, die dem positiven Recht immanent sind, und nicht aus gesellschaftlichen Interessen, Zwecken, überpositiven Rechtswerten oder freier richterlicher Rechtswertung.“ Nach *Haferkamp* (2011) besteht bei „aller Einigkeit darüber, dass B. etwas Verwerfliches ist, [...] bis heute keine konsentrierte Definition der B. Zumeist werden ihr drei oft miteinander verknüpfte Grundpositionen unterstellt, die von den Kritikern als verfehlt bezeichnet werden: (1) Das gegebene Recht sei lückenlos; (2) das gegebene Recht könne auf ein rein logisch verknüpftes Begriffssystem zurückgeführt werden (Begriffspyramide); (3) wobei neues Recht durch Deduktion aus induktiv gefundenen übergeordneten Rechtsbegriffen logisch deduziert werden könne (Inversionsmethode).“

⁵ *Kelsen* (2008), S. 116.

und die stattgebende oder abweisende Entscheidung hängt davon ab, ob das Gesetz, das heißt eine geltende, auf den konkreten Fall anzuwendende Norm die behauptete Rechtspflicht statuiert oder nicht. Da es eine dritte Möglichkeit nicht gibt, ist eine Entscheidung immer möglich, und zwar immer auf Grund, das heißt in Anwendung des Gesetzes. [...] Spricht man dennoch in gewissen Fällen von einer ‚Lücke‘, so bedeutet dies nicht, wie der Ausdruck vortäuscht, daß eine Entscheidung mangels einer Norm logisch unmöglich, sondern nur, daß die – logisch mögliche – stattgebende oder abweisende Entscheidung von der zur Entscheidung, das heißt zur Gesetzesanwendung berufenen Instanz als zu unzumutbar oder als ungerecht empfunden wird, als so unzumutbar oder so ungerecht, daß sie zu der Annahme neigt, der Gesetzgeber habe an diesen Fall gar nicht gedacht und hätte, wenn er an ihn gedacht hätte, anders entschieden, als auf Grund des Gesetzes entschieden werden müßte.“⁶

Selbst wenn man aber Kelsens Meinung zu den Gesetzeslücken als Beleg dafür ansieht, dass er (1) vertreten hat, so ist es fraglich, ob er (2), und noch fraglicher, ob er (3) akzeptiert hätte: Wer (1) bejaht, legt sich nur darauf fest zu behaupten, dass es für jeden Fall genau eine Lösung gibt, nicht jedoch darauf, dass der Gesetzgeber den betreffenden Fall vorausgesehen und eine Lösung festgelegt hätte.⁷ Was (3) angeht, so wäre man angesichts der Skepsis, mit der Kelsen in Kapitel VI („Die Interpretation“) der *Reinen Rechtslehre* die Zuverlässigkeit von juristischen Auslegungsmethoden betrachtet, gelinde gesagt überrascht, wenn er (3) vertreten hätte.

Welche Rechtstheorie auch immer man als prototypischen „Determinismus“ ansehen möchte; es steht jedenfalls außer Frage, dass Konzeptionen, die man dafür hielt, zu den am meisten bekämpften rechtsphilosophischen Theorien der letzten hundert Jahre gehören. Nachdem die Bestimmtheit des Rechts bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts sowohl durch die Freirechtsschule und den Dezisionismus Carl Schmitts als auch durch den amerikanischen „Legal Realism“ bestritten worden war⁸, erlebte das Thema unter dem Eindruck der „Critical-Legal-Studies“ in den 80er Jahren als sog. „Indeterminacy Crisis“ eine Neuaufgabe.⁹ Die Ausdauer (und Schärfe), mit der die Debatte geführt wurde und wird, verdankt sich dem Umstand, dass der Streit um die Bestimmtheit des Rechts unmittelbar zwei rechtsphilosophisch fundamentale Probleme berührt, nämlich (a) das der Rolle der Justiz (wie der Rechtsanwendung generell) in einem gewaltenteiligen Rechtsstaat, und (b) das des Unterschieds zwischen korrek-

⁶ Kelsen (2008), S. 110 f.

⁷ Es gibt für (2) mehr als eine Lesart: „Vorausbestimmt“ könnte nämlich auch lediglich besagen, dass, insofern auf Grundlage des geltenden Rechts jeder Fall entscheidbar ist und sich das geltende Recht der Normsetzung des Gesetzgebers verdankt, dieser so in jedem Fall für eine Lösung gesorgt hat – gleichgültig, ob er diese Art von Fall und seine rechtliche Lösung vorausbedacht beziehungsweise vorausgesehen hat oder nicht. So verstanden wäre (2) aber nur (1) in neuem Gewande.

⁸ Vgl. beispielsweise Leiter (2001).

⁹ Vgl. anstatt vieler Solum (1987), Solum (1996).