

Michel de Araujo Kurth

Legal Defeasibility, materielle Gründe  
und die Werteperspektive des Rechts



**Nomos**

Studien zur Rechtsphilosophie  
und Rechtstheorie

herausgegeben von  
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy  
Prof. Dr. Carsten Bäcker und  
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 79

Michel de Araujo Kurth

## Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts



**Nomos**

Diese Publikation geht hervor aus dem Forschungsverbund „Normative Ordnungen“ der Goethe Universität Frankfurt am Main.

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

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8115-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2532-3 (ePDF)

**D30**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinem Vater*



## Vorwort

Ich möchte allen Menschen meinen aufrichtigen Dank aussprechen, die mir während der Entstehung dieser Arbeit zur Seite standen. Sie wäre ohne den Zuspruch und die vielfältige Unterstützung dieser Menschen sicher nicht zustande gekommen.

Herzlichen Dank gebührt vor allem Prof. Marcus Willaschek, der diese Arbeit stets gefördert und über einen langen Zeitraum mit viel Geduld und Verständnis begleitet hat.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Klaus Günther für seine Bereitschaft, diese Arbeit zu begutachten.

Dank schulde ich überdies den TeilnehmerInnen des wöchentlichen Kolloquiums am Institut für Philosophie der Goethe Universität.

Besonderen Dank möchte ich den TeilnehmerInnen des Workshops „Defeasibility in Law“ aussprechen, das mir die einmalige Gelegenheit bot, meine Gedanken vor einem Publikum sehr erfahrener Experten vorzustellen. Ich bedanke mich bei Carsten Bäcker, Stefano Berteau, Ruth Chang, Jonathan Dancy, Matthias Klatt, Susanne Mantel, Andrei Marmor, José Juan Moreso und Andreas Müller.

Dem Exzellenzcluster die „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ danke ich für die großzügige finanzielle Förderung und für die hervorragenden Forschungsbedingungen, von denen ich beim Verfassen dieser Arbeit profitiert habe.

Bedanken möchte ich mich auch bei meiner gesamten Familie und meinen Freunden, die mich immer ermutigt und aufgebaut haben. Unter den letztgenannten Menschen möchte ich mich besonders bei Maya Lippmann bedanken, die mich sehr darin bestärkt hat, diese Arbeit mit der gebotenen Hartnäckigkeit weiterzuverfolgen.

Meiner Freundin Isabel und meinen Kindern Tiago und Leandro möchte ich für ihre Liebe und ihr Verständnis danken, das sie mir stets entgegengebracht haben – trotz der vielen Wochenenden, an denen sich Papa mal wieder für die Arbeit an seinem Dissertationsprojekt zurückziehen musste.

Frankfurt am Main, Januar 2022

*Michel de Araujo Kurth*



# Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	15
	I. Thematische Einführung	15
	II. Problemaufriss	22
	III. Gang der Darstellung	30
	IV. Methode der Untersuchung	35
§ 2	Implizite Ausnahmen, implizite Anfechtung und starke implizite Anfechtbarkeit	37
	I. Grundstruktur der Regelanfechtung	39
	II. Explizite Ausnahmen	42
	III. Implizite Ausnahmen und implizite Anfechtung	47
	IV. Starke implizite Anfechtbarkeit	49
§ 3	Anfechtbares Schließen und die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung	55
	I. Einleitung	55
	II. Was ist Anfechtbares Schließen?	57
	III. Distinktionsthese und Abhängigkeitsthese	60
	IV. Anfechtbarkeit von Regeln und Begriffen als Argument für Anfechtbares Schließen in der Praxis und als Argument gegen die Tauglichkeit der klassischen Logik	67
	V. Argumente für die Anfechtbarkeit von juristischer Begründung	77
	1. Strukturen anfechtbaren Schließens als Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung	77
	2. Rechtfertigungsanfechtung als eine Form von rechtlicher Anfechtbarkeit?	80
	3. Asymmetrische Darlegungs- und Beweislastverteilung im Prozessrecht als Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung	90
	VI. Fazit	94

§ 4	Die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen	96
I.	Systematische Explikation der Nichtaufzählbarkeitsthese	96
1.	Die systematische Bedeutung der Nichtaufzählbarkeitsthese	96
2.	Widerlegende und begründende Bedingungen	101
3.	Gemäßigte und anspruchsvolle Fassung der Nichtaufzählbarkeitsthese	103
4.	Elementare Angemessenheitsbedingungen für Ausnahmen	108
5.	Sind normative Ausdrücke für die Formulierung von Ausnahmebedingungen zulässig?	111
a.	Bestimmte deskriptive Ausdrücke	112
b.	Vage normative Ausdrücke	112
c.	Richard Turs und Jose Moresos Vorschlag rechtliche Regeln durch offene Formulierungen mit normativen Ausnahmeklauseln zu repräsentieren	116
d.	Konkrete normative Begriffe	117
e.	Abstrakte Ausnahmetypen	118
f.	Konkrete Ausnahmetypen	119
6.	Weitere Rahmenbedingungen für vollständige Formulierungen	120
a.	Generalisierbarkeitskriterium für Ausnahmen	120
b.	Rechtshängigkeit als Zeitbedingung	121
c.	Einschränkung auf normativ gerechtfertigte Ausnahmen/Verbot von Ad-hoc-Ausnahmen	122
II.	Drei Argumente für die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen	123
1.	ARGUMENT 1	123
2.	ARGUMENT 2	133
a.	Was ist eine neue Anwendungssituation?	133
b.	Vorstellungskraft und die Fähigkeit zur gerechtfertigten Vorhersage	137
3.	ARGUMENT 3	142
a.	Das Regel/Prinzip-Modell	142
b.	Anfechtungskonstellationen innerhalb des Regel/Prinzip-Modells	148
aa.	Fallkonstellation 1 (Wechsel des Rangverhältnisses bei gleichbleibender Menge relevanter Prinzipien)	148

bb.	Fallkonstellation 2 (Wechsel des Rangverhältnisses infolge der Änderung der Menge relevanter Prinzipien)	149
c.	Ausformulierung des dritten Arguments	151
III.	Prüfung von ARGUMENT 3 als zentrales Argument für die Nichtaufzählbarkeitsthese	155
1.	Veränderung empirischer Gegebenheiten	155
2.	Veränderung normativer Gegebenheiten	158
a.	intern ausgelöste normative Veränderungen	158
b.	extern ausgelöste normative Veränderungen	160
aa.	wertebasierte Gründetheorie	161
bb.	Der Einfluss gesellschaftlicher Wertevorstellungen auf materielle Gründe	163
cc.	Sind veränderte Gewichtungsverhältnisse zwischen materiellen Gründen infolge veränderter Wertevorstellungen immer möglich?	166
3.	Weitere Einwände gegen ARGUMENT 3	169
4.	Zwischenergebnis und systematische Konsequenzen	171
5.	Fazit und weitere systematische Konsequenzen	174
§ 5	Der normative Anfechtungsbegriff und Schauers Angriff auf notwendige Anfechtbarkeit	177
I.	Schauers Angriffsziele	182
II.	Schauers Argumente gegen deskriptiv notwendige Regelanfechtungen	187
III.	Pragmatische Anfechtung	194
IV.	Normative Anfechtung	196
V.	Pragmatisch-institutionelle Anfechtung	199
VI.	Relativierung von Schauers Argumenten gegen deskriptiv notwendige Regelanfechtungen	204
VII.	Schauers Argumente gegen normativ notwendige Regelanfechtungen und Regelanfechtbarkeit	209
VIII.	Die Eliminierbarkeitsthese	222

§ 6	Die wertebasierte Gründetheorie und das Zwei-Ebenen-Modell von Anfechtungsbegründungen	226
I.	Eine wertebasierte Gründetheorie für das Recht	226
1.	Grundlegende Annahmen der wertebasierten Gründetheorie	227
a.	Die Verbindung zwischen Wertungen des Rechts und materiellen Gründen	227
b.	Die Struktur von Gründen	229
c.	Rechtliche materielle Gründe als Tatsachen des Förderns und des Verhinderns der Beeinträchtigung von rechtlichen Werten	231
d.	Überlappung zwischen moralischen und rechtlichen Werten	236
2.	Analyse der Defeasibility rechtlicher Regeln auf Basis der wertebasierten Gründetheorie	239
II.	Das Zwei-Ebenen-Modell der Begründung von Anfechtungen	244
1.	Widerspruch zwischen zwei Sollensurteilen als Ausgangspunkt für Anfechtungen	244
2.	Die Struktur der Anfechtung	249
3.	Das Problem der Widerstandskraft rechtlicher Regeln	250
4.	Die Regel als Autoritätsgrund	251
5.	Alternative Konzeptionen zur Sicherung des Eigengewichts rechtlicher Regeln	253
6.	Ersetzung des Kombinationsmodells durch ein Zwei-Ebenen-Modell	260
7.	Aufgabenverteilung auf der Rechtfertigungsebene	263
8.	Die materielle Anfechtung und Regelanwendungsanfechtung	268
III.	Materielle Anfechtung und die Eliminierbarkeitsthese	270
1.	Die eigenständige Bedeutung der materiellen Anfechtung	270
2.	Resistenz der materiellen Anfechtung	274
a.	Warum die Eliminierbarkeitsthese keine Auswirkungen auf die materielle Anfechtung hat	274
b.	Mögliche Einwände	278
aa.	Zwei Inkonsistenzeinwände	278
bb.	Einwand der Identität von materieller und moralischer Anfechtung	281

cc.	Einwand von der nicht durchführbaren Unterscheidung zwischen moralischer und materieller Anfechtung auf der Grundlage der wertebasierten Grundetheorie	283
§ 7	Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	287
	Literaturverzeichnis	297



## § 1 Einleitung

### I. Thematische Einführung

Das Phänomen dürfte vielen Juristen gut vertraut sein: Die Lebenssituation, die nach einer rechtlichen Beurteilung verlangt, ist sprachlich passgenau auf den Tatbestand einer gesetzlichen Regel zugeschnitten. Ohne große Mühe gelingt es, die Eigenschaften des Sachverhalts unter die sprachlichen Ausdrücke der Gesetzesformulierung zu subsumieren. Der Fall ist semantisch gesehen eindeutig. Es findet sich auch keine einschlägige Ausnahmevorschrift, die man heranziehen könnte, um die Anwendung der Regel noch zu verhindern. Wenn wir einmal von beweisrechtlichen Unwägbarkeiten absehen, dann – so scheint es – hätte ein Richter in einem solchen Fall die Rechtsfolge der Regel am Ende des Verfahrens in einem entsprechenden Urteil festzusetzen. Die unterliegende Partei würde dann die gesamte Wucht staatlich institutionalisierter Gewalt treffen. Von einem wertenden Blickwinkel betrachtet, erscheint uns das Ergebnis dennoch irgendwie ungerechtfertigt zu sein – im besten Fall nur unverhältnismäßig oder gemessen an der Zielvorgabe des Gesetzgebers suboptimal; im schlimmsten Fall aber absurd oder sogar grob ungerecht. Dieses Spannungsverhältnis zwischen einer formalistischen bzw. auf sprachliche Fixierungen beschränkten Perspektive und einer wertenden Betrachtungsweise ist auch Ausgangspunkt für eine Begründungsoperation, die zum Grundinventar aufgeklärter juristischer Methodik gehört: die teleologische Reduktion. Von teleologischer Reduktion spricht man, wenn eine Fallgruppe, die sich sprachlich eindeutig unter die Formulierung der Regel subsumieren lässt, von ihrem Tatbestand ausgenommen wird, weil die Anwendung der Regel auf diese Fallgruppe dem Zweck der Regel widersprechen oder ihn zumindest nicht fördern würde. Auf diese Weise kann das unbefriedigende Ergebnis abgewendet werden.

In der neueren Rechtstheorie und Rechtsphilosophie wird unter dem Begriff „Legal Defeasibility“ (oder: rechtliche Anfechtbarkeit) ein Phänomen intensiv diskutiert, das mit der teleologischen Reduktion eng verwandt ist. Dabei dreht sich ein Gutteil der Diskussion speziell um die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln und die Folgen, die diese für unser

theoretisches Verständnis von juristischer Begründung hat.<sup>1</sup> Unter der Anfechtbarkeit einer Regel versteht man dabei etwas allgemeiner und weniger technisch formuliert ihre Eigenschaft, möglicherweise auch in solchen Fällen nicht zur Anwendung zu gelangen, in denen ihr Tatbestand erfüllt ist.<sup>2</sup> Die Anfechtbarkeit einer Regel zeigt sich dann in jenen besonderen Fällen, in denen ihre Anwendung durch eine implizite Ausnahme zurückgedrängt wird, die nicht vorhergesehen wurde. Ein nicht unerhebliche Anzahl der bislang vorgelegten Analysen sieht – ganz ähnlich wie es oben für den Fall der teleologischen Reduktion angedeutet wurde – in dem Spannungsverhältnis zwischen einer auf sprachliche Fixierungen fokussierten Perspektive und einer wertenden Betrachtungsweise den theoretischen Schlüssel zum Verständnis von Regelanfechtbarkeit.<sup>3</sup>

Rechtliche Anfechtbarkeit kann wohl ohne Übertreibung zu den meistdiskutiertesten Problemen der neueren Rechtsphilosophie und Rechtstheorie gezählt werden.<sup>45</sup> H.L.A. Hart und Ronald Dworkin haben eine Diskussion angestoßen, die schon lange nicht mehr auf die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie begrenzt ist, sondern mittlerweile auch in anderen Disziplinen deutliche Spuren hinterlassen hat.<sup>6</sup> Insbesondere in der KI-

---

1 Vgl. auch Brozek 2014, S. 167 der die Auffassung vertritt, dass sich alle Formen der Defeasibility auf die allgemeine Defeasibility von Regeln zurückführen lassen.

2 Vgl. auch Brozek 2014, S. 167.

3 Vgl. Beltrán/ Ratti 2012, S. 17 f.; Schauer 1991, S. 200, Schauer 2013, S. 207.

4 Das starke Interesse, das dieses Thema in der englischsprachigen Literatur erfährt, findet allerdings keine Entsprechung in der deutschsprachigen Diskussion – wenn man von der deutschen Rezeption der Hart-Dworkin-Debatte und einigen neueren Entwicklungen in der juristischen Logik (vgl. Ratschow 1998) absieht. Ausnahmen sind die Dissertationen von Günther 1988 und Wang 2003, S. 13-19; Vgl. auch Bäcker 2010.

5 Dieser Trend wird durch das Erscheinen eines großangelegten Sammelbandes zur Legal Defeasibility bei Oxford University Press bestätigt. Siehe Beltrán/ Ratti 2012.

6 Von Hart 1948-1949 wurde „Defeasibility“ wohl erstmals als technischer Begriff in die rechtstheoretische und rechtsphilosophische Diskussion eingeführt. Dazu ausführlich Wang 2003, S. 13-19.

Wegweisend für die Entwicklung des rechtsphilosophischen Diskussionsstranges ist auch Dworkins Angriff auf den Rechtspositivismus Harts gewesen (Dworkin 1978, S. 14-45). Nach Dworkin gehe Hart von einem Regelmodell des Rechts aus, das Gerichten einen Ermessensspielraum belässt, wenn ein Fall durch keine Regel abgedeckt werde. Dworkin kritisiert, dass Hart in seinem Rechtsmodell Prinzipien nicht berücksichtige, die ergänzend für die Beurteilung eines Falles herangezogen werden können, wenn Regeln nicht greifen. Auf der anderen Seite macht Dworkin geltend, dass die Berücksichtigung von Prinzipien einer Anwendung von Regeln auch entgegenstehen könne und gegebenenfalls zu ihrer Aussetzung führe. Im Anschluss an Dworkin haben viele Autoren die Defeasibility über die Kollision

und Recht-Forschung werden die mit dem Terminus „Legal Defeasibility“ assoziierten Probleme ausgiebig erörtert. Eine intensive Diskussion hat dort zur Entwicklung höchst interessanter theoretischer Ansätze geführt.

Das große Interesse an rechtlicher Anfechtbarkeit steht allerdings in einem auffälligen Missverhältnis zu dem bisher erreichten Erkenntnisstand. Schuld daran ist nicht ein Mangel an angebotenen Theorien, sondern im Gegenteil die unüberschaubare Vielzahl unterschiedlicher theoretischer Ansätze und Positionen. Deutlichstes Symptom dieser unübersichtlichen Debattenlage ist bereits die fehlende Einigkeit darüber, wie das Phänomen der rechtlichen Anfechtbarkeit begrifflich überhaupt einzugrenzen ist.<sup>7</sup> So findet man in der Literatur eine Vielzahl unterschiedlicher

---

von Regeln mit Prinzipien analysiert. Defeasibility bedeutet nach diesen Ansätzen dann, dass die Anwendung einer Regel durch Prinzipien zurückgedrängt werden kann.

- 7 Diese Einschätzung teilt auch Brozek 2014: „Defeasibility is a fashionable concept, at least in the domain of legal theory. The problem is, however, that it is quite difficult to provide a definition of defeasibility that would be commonly acceptable“ (Brozek 2014, S. 165).

Ein weiterer Beleg für diese Vielfalt ist allein der Umstand, dass nahezu alle in Beltrán/ Ratti 2012 vertretenen AutorInnen von eigenen Definitionen der Defeasibility ausgehen. Um dies zu veranschaulichen, sollen hier einige dieser Definitionen exemplarisch wiedergegeben werden.

Für Rodríguez 2012 besteht die Defeasibility rechtlicher Regeln in ihrer Eigenschaft nur beitragende aber keine hinreichenden Bedingungen für ihre Rechtsfolge anzugeben: „Legal rules specify only contributory, yet not sufficient, conditions to derive the normative consequences fixed by a legal system“ (Rodríguez 2012, S. 88). Marín 2012 bezieht die Defeasibility auf Sätze und unterscheidet bei ihnen zwischen einem buchstäblichen Bedeutungsgehalt und einem umfassenderen Bedeutungsgehalt, der über den buchstäblichen Bedeutungsgehalt hinausgehen kann. Ein Satz soll dann anfechtbar sein, wenn der buchstäbliche Bedeutungsgehalt eines Satzes nicht mit seinem umfassenderen Bedeutungsgehalt zusammenfällt: „[...] we can suppose the opposite thesis, according to which whenever the total sense of a legal sentence does not coincide with its literal sense, the sentence is defeasible“ (Marín 2012, S. 140).

Nach Guastini 2012 sind es Formulierungen von (Rechts-)Normen die anfechtbar sind, insofern sie impliziten Ausnahmen unterliegen, die den Eintritt der Rechtsfolge verhindern. Guastini versteht unter impliziten Ausnahmen dann Tatsachen, die zuvor von keiner normativen Autorität in einer Formulierung ausdrücklich festgehalten wurden: „Many of the norm formulations (maybe every rule formulation) that can be encountered in a legal system are defeasible, i.e. there are fact situations that defeat the rule although they are in no way expressively stated by normative authorities, in such a way that the legal obligation (or, generally speaking, the legal consequence) settled by the rule does not hold anymore (Guastini 2012, S. 183).

Definitionen, die das Phänomen mit unterschiedlichen Bezugsgegenständen verbinden. So kann die Anfechtbarkeit von Rechtsnormen (oder von Normformulierungen), oder spezifischer von Regeln sowie von Klagen, Rechtsansprüchen, rechtlicher Geltung, der Grundnorm oder von juristischer Begründung, Konklusionen, Argumenten, Schlussregeln, Überzeugungen und Begriffen untersucht werden.<sup>8</sup>

Die Gefahr, die diese Vielfalt mit sich bringt, liegt auf der Hand: Wenn die vorgeschlagenen Erklärungsansätze und Argumente von unterschiedlichen Definitionen ausgehen, dann ist nicht auszuschließen, dass die Diskussionsteilnehmer einander vorbeireden und in der Sache kein Fortschritt erzielt wird. Jede Untersuchung zur rechtlichen Anfechtbarkeit muss daher eine begriffliche Eingrenzung dieses Problems vornehmen. Hier wird dem Vorschlag einiger Autoren gefolgt, verschiedene Ebenen auseinander zu halten, auf denen das Phänomen der rechtlichen Anfechtbarkeit analysiert werden kann. Anfechtbarkeit lässt sich nach diesem Vorschlag u.a. auf einer normtheoretischen und einer axiologischen Ebene<sup>9</sup> (oder auch: Wertebene) untersuchen. In dieser Arbeit wurde die Entscheidung getroffen, Anfechtbarkeit als eine Eigenschaft von rechtlichen Regeln zu untersuchen und darauf aufbauend auch als eine Eigenschaft von

---

Sartor wiederum bezieht die Defeasibility auf Schemata des Schließens. Solche Schemata bestimmen Regeln für den Gebrauch von Schlussfolgerungen: „A reasoning schema is defeasible if one should, under certain conditions, refrain from adopting the conclusion of the schema (and withdraw that conclusion if one has already adopted it by instantiating that schema)“ (Sartor 2012, S. 112).

Nash orientiert sich stark an John Pollock und definiert die Defeasibility auf einer logischen Ebene. Defeasibility soll – sinngemäß – dann vorliegen, wenn ein Schlussfolgerungszusammenhang zwischen zwei Propositionen P und Q nach der Berücksichtigung einer dritten Proposition R nicht mehr gegeben ist: „Given propositions P, Q, and R, the inference  $(P \Rightarrow Q)$  is defeasible if and only if there exists some proposition R that is logically consistent with P such that P and R together defeat the original inference, i.e. if  $\sim[(P \wedge R) \Rightarrow Q]$ “ (Nash 2012, S. 379).

8 Vgl. Survey Beltran und Waluchov. Vgl. auch Chiassoni 2012, S. 162 der allein zwischen elf verschiedenen möglichen Gegenständen unterscheidet, denen Defeasibility zugeschrieben werden kann.

9 Vgl. Guastini 2012, S. 182 ff., der eine enge Verbindung zwischen Anfechtungsfällen und axiologischen Lücken sieht. Letztere seien von Gesetzeslücken auf einer normtheoretischen Ebene zu unterscheiden. Gesetzeslücken bestehen, wenn ein Fall sich unter keine Regel subsumieren lässt. Bei axiologischen Lücken ist die Ausgangssituation hingegen eine andere: Die Subsumtion des Falles unter eine Regel ist zwar möglich, aber aus Sicht des Interpretierenden von einem axiologischen (Werte-) Standpunkt unerwünscht. Vgl. auch Wang 2003, S. 19 ff., der ebenfalls der Auffassung ist, dass die Defeasibility auf einer normtheoretischen Ebene untersucht werden kann.

juristischer Begründung, die ohne rechtliche Regeln nicht denkbar wäre. Unter einer rechtlichen Regel wird eine spezifische Subkategorie von Rechtsnormen verstanden, die durch eine bestimmte Struktur und durch spezifische Funktionen gekennzeichnet ist. Anfechtbarkeit wird letztlich so verstanden, dass sie auf der Anfälligkeit von Regeln beruht, die ihnen zugrundeliegenden Wertungen fehlerhaft wiederzugeben. Die vorliegende Untersuchung schließt damit eine normtheoretische (durch den Bezug auf Regeln) und eine axiologische Ebene (durch den Bezug auf Werte) ein und ist von der Überzeugung getragen, dass beide Ebenen für das Verständnis von Anfechtbarkeit wichtig sind. Eine wichtige These dieser Arbeit ist, dass Anfechtbarkeit nur angemessen verstanden werden kann, wenn auch die axiologische Ebene zu ihrem Recht kommt. Dem entspricht eine Zurückweisung von Ansätzen, die die axiologische Ebene marginalisieren, indem sie Anfechtungen ausdrücklich oder unter der Hand mit faktisch vollzogenen Gerichtsentscheidungen gleichsetzen<sup>10</sup>, in denen Ad-hoc-Ausnahmen getroffen werden.

Ebenso Ausdruck des noch ungeklärten Problem- und Diskussionsstands in der Literatur ist eine auffällige Unsicherheit hinsichtlich der Einschätzung der systematischen Tragweite des Phänomens der Defeasibility. Unklar ist insbesondere, inwiefern die Defeasibility Probleme aufwirft, die das große Interesse an ihr rechtfertigen könnten. Dass Regeln unbekanntem Ausnahmen unterliegen, ist schließlich kein neuartiges Phänomen und dürfte die Rechtswissenschaft seit ihren Anfängen beschäftigen.

Als immer wiederkehrender Bezugspunkt der Diskussion hat sich die Frage herauskristallisiert, ob die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln mit dem deduktivistischen Modell<sup>11</sup> von juristischer Begründung vereinbart werden kann.<sup>12</sup> Aus der Möglichkeit impliziter Ausnahmen scheint sich nämlich folgender Einwand gegen das deduktivistische Begründungsmodell zu ergeben.

Sicherlich besteht ein Teil der juristischen Begründung in der Subsumtion von Sachverhalten unter rechtliche Regeln. Deduktivistische Modelle

---

10 Eine solche Tendenz ist etwa bei Marmor 2015, S. 16; Schauer 2012, S. 81 und Posner 1988, S. 833-834 erkennbar. Dass insbesondere Schauer Anfechtungen mit Gerichtsentscheidungen gleichsetzt, in denen die Anwendung einer Regel ausgesetzt wird, wird in § 5 aufgezeigt. Interessanterweise grenzt Bulygin 2003, S. 248 die Anfechtung einer Regel klar von der Entscheidung eines Rechtsprechungsorgans ab, die Regelanwendung in einem Urteil auszusetzen.

11 Einflussreiche Vertreter des Deduktivismus in Deutschland sind beispielsweise Koch/Rüßmann 1982, S. 14-115 und Alexy 1995, S. 13-52; Vgl. auch Bäcker 2012.

12 Vgl. Beltrán/ Ratti 2012, S. 13 ff.; Vgl. auch Bayon 2001, S. 327.

von juristischer Begründung versuchen nun den Subsumtionsteil in der einen oder anderen Weise<sup>13</sup> als logisch gültige Schlussfolgerung zu rekonstruieren. Eine Eigenschaft logischer gültiger Schlussfolgerungen ist nun, dass sie auch nach Hinzufügung weiterer beliebiger Prämissen gültig bleiben. Das bedeutet, dass die Konklusion einer solchen Schlussfolgerung sich nicht im Nachhinein als falsch erweisen dürfte, wenn die Prämissenmenge später um weitere Prämissen angereichert wird. Diese Eigenschaft logischer gültiger Schlussfolgerungen wird auch als Monotonie bezeichnet und ist ein wichtiger Pfeiler der klassischen Logik bzw. der Standard-Logik. Aus der Monotonie ergibt sich demnach eine entscheidende Anforderung für deduktivistische Modelle. Wenn die Subsumtion als logisch gültige Schlussfolgerung modelliert wird, dann müsste sich auch das Ergebnis einer Subsumtion durch die Berücksichtigung einer zusätzlichen Prämisse (oder allgemeiner ausgedrückt: einer zusätzlichen Information) nicht als falsch erweisen können. Dies scheint allerdings nur schwer mit der Möglichkeit impliziter Ausnahmen vereinbart werden zu können. Schließlich kommt in den Fällen der Anfechtung in Form einer impliziten Ausnahme genau eine solche zusätzliche Prämisse ins Spiel, deren Berücksichtigung dazu zwingt, das Ergebnis der Subsumtion zurückzunehmen.

Hinzukommt, dass die Defeasibility häufig mit der These verbunden wird, dass die Ausnahmen von Regeln nicht aufzählbar sind und daher nicht vollständig im Voraus in einer Formulierung der Regel zusammengefasst werden können.<sup>14</sup> Die Möglichkeit impliziter Ausnahmen soll sich dann aus der Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen ergeben. Nun versperrt die mit der Defeasibility verbundene Unmöglichkeit, alle Ausnahmen im Voraus zusammenzufassen, für Deduktivisten einen naheliegenden Ausweg zur Umgehung des oben skizzierten Einwands. Eine mögliche Strategie zu seiner Bewältigung bestünde darin, alle Ausnahmen von Regeln als negative Tatbestandsmerkmale innerhalb einer reformulierten Prämissenmenge zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Wenn diese Reformulierung vollständig wäre, dann wäre eine spätere Widerlegung des Subsumtionsergebnisses durch die Berücksichtigung neuer Prämissen ausgeschlossen. Die Defeasibility schließt diese Reformulierungsstrategie allerdings aus. Wenn es nämlich tatsächlich nicht möglich sein sollte, alle Ausnahmen zu einer Regel im Voraus zusammenzufassen, dann ist keine Reformulierung der

---

13 Infrage kommen hierfür die Aussagenlogik und die Prädikatenlogik erster Stufe; Vgl. Alexy 1995.

14 Vgl. Hart 1994, S. 139; Boonin 1966, S. 372; Alexy 1985, S. 16; Wang 2003, S. 25.

15 Vgl. auch Wang 2003, S. 25.

Prämissenmenge möglich, die bereits alle Ausnahmen als negative Tatbestandsvoraussetzungen einbezieht. Die Möglichkeit impliziter Ausnahmen – und die mit ihr verbundene Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen – scheint damit das deduktivistische Modell zu widerlegen. Dieses Problem kann als *logische Problem der rechtlichen Defeasibility*<sup>16</sup> bezeichnet werden.

Ob dieser Einwand tatsächlich durchschlagend ist<sup>17</sup> oder die theoretische Leistungsfähigkeit des Deduktivismus unterschätzt oder auf einer verzerrten Wiedergabe der theoretischen Zielsetzungen von Anhängern des Deduktivismus beruht<sup>18</sup>, ist Gegenstand intensiver Diskussionen.<sup>19</sup> Es ist nicht abzusehen, wie dieser Streit entschieden wird. Unbestritten dürfte nur sein, dass Anfechtbarkeit eine ernstzunehmende Herausforderung für die Anhänger des Deduktivismus darstellt, die eine theoretische Neujustierung ihres Modells erfordert und die nicht einfach ignoriert werden kann.

Dabei hat sich die Diskussion in zwei gegensätzliche Lager aufgespalten. Auf der einen Seite stehen traditionelle Verfechter des Deduktivismus, die die Standard-Logik als wichtiges Analyseinstrument der juristischen Begründung verteidigen, das zur Aufdeckung versteckter Prämissen eingesetzt werden kann und das die Einhaltung von elementaren Rationalitätsanfor-

---

16 Wang 2003 legt in seiner Dissertation den Schwerpunkt auf eine Analyse des logischen Problems: „Gegenstand dieser Arbeit ist der Versuch einer logischen Analyse der Defeasibility der juristischen Begründung“ (Wang 2003, S. 11).

17 Holton ist nicht der Auffassung, dass die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen einer deduktivistischen Analyse rechtlicher Regeln im Wege steht. Holton analysiert rechtliche Regeln mithilfe von sogenannten „Thats it“-Klauseln. Diese Klauseln sollen gewährleisten, dass eine rechtliche Regel nur dann zur Anwendung gelangt, wenn keine weiteren Anhaltspunkte für eine Ausnahme gegeben sind. Die Berücksichtigung dieser Bedingung in Gestalt einer „Thats it“-Klausel innerhalb einer formalen Darstellung der Regel soll ihre deduktive Analyse zulassen.

18 Vgl. Bäcker 2012.

19 Alexy 2000, S. 70 weist die von einigen Vertretern der nichtmonotonen Logik aufgestellte These zurück, dass die materiale Implikation der Standard-Logik durch eine anfechtbare Implikation ersetzt werden muss, um juristische Begründung formal angemessen darstellen zu können. Die materiale Implikation ist strikt und lässt keine Ausnahmen zu. Sie hat vereinfacht ausgedrückt diese Form: Wenn A, dann B. Dagegen hat eine anfechtbare Implikation – wieder vereinfacht ausgedrückt – folgende Form: Wenn A, dann gilt anfechtbar B. Anfechtbare Implikationen lassen Ausnahmen zu, unter denen die im Konditional ausgedrückte Implikationsbeziehung nicht gegeben ist. Andere Weisen die Form anfechtbarer Implikationen zu charakterisieren wären: Wenn A, dann möglicherweise B oder: Wenn A, dann nicht notwendigerweise B. Vgl. auch dazu Hage 2003, S. 226.

derungen sicherstellt, die seitjeher an das Subsumtionsmodell herangetragen wurden. Auf der anderen Seite stehen Gegner des Deduktivismus, die die mangelnde Flexibilität der Standard-Logik kritisieren. Sie schlagen vor, die Standard-Logik durch nichtmonotone Logiken zu ersetzen, die die Ausnahmefähigkeit rechtlicher Regeln einfangen können und anfechtbare Schlussfolgerungen zulassen.

Die vorliegende Untersuchung versteht sich nicht als Beitrag zum logischen Problem der Defeasibility und nimmt dazu nur am Rande Stellung. Stattdessen sollen hier eine Reihe von Fragestellungen intensiver untersucht werden, die in der Literatur bisher wenig erörtert wurden und die das Interesse an der rechtlichen Defeasibility über das logische Problem hinaus rechtfertigen können. Auf diese Weise soll das Verständnis von rechtlicher Anfechtbarkeit weiter vertieft und neue Perspektiven in die Diskussion eingebracht werden.

## II. Problemaufriss

Die Fragestellungen, deren Behandlung in dieser Arbeit im Vordergrund stehen, lassen sich grob vier Problemen bzw. Problembereichen zuordnen.

Das erste Problem wurde schon angesprochen und betrifft die Definition der rechtlichen Anfechtbarkeit. Es wird hier entsprechend als das Definitionsproblem bezeichnet. Es wurde bereits erwähnt, dass Anfechtbarkeit in dieser Arbeit als eine Eigenschaft rechtlicher Regeln untersucht wird. Nun gibt es selbst unter den Ansätzen, die Anfechtbarkeit als Eigenschaft von Regeln verstehen, keine kanonische oder allgemein akzeptierte Definition.<sup>20</sup> Hinzukommt, dass die meisten Ansätze vage bleiben und nicht über die schlagwortartige Wendung hinauskommen, dass Regeln Ausnahmen unterliegen, die nicht vollständig im Voraus angegeben werden können. Eine präzise Definition des Begriffs der Anfechtung von Regeln und der Anfechtbarkeit von Regeln, die theoretisch tragfähig ist, fehlt bislang. Diese Arbeit enthält mehrere Definitionsvorschläge, die versuchen, Anfechtbarkeit sprachlich und systematisch präziser zu fassen.

Die in dieser Untersuchung entwickelten Definitionen stehen auf einer groben Linie mit den in der Literatur dominierenden Positionen, die Anfechtbarkeit als die Eigenschaft rechtlicher Regeln verstehen, impliziten Ausnahmen zu unterliegen, die im Voraus nicht vollständig angegeben werden können. Wie sich herausstellen wird, kann diese Charakterisierung

---

20 Siehe auch die Positionen in Fn. 7.

aber nur als erster Ausgangspunkt dienen und ist für eine informativere Analyse untauglich. Sie ist ungenau und in mehreren Hinsichten erläuterungs- und ergänzungsbedürftig. Eine wichtige Aufgabe, die in dieser Arbeit aufgenommen wird, besteht darin, diese grobe Charakterisierung weiter zu verfeinern und auf eine tragfähige theoretische Grundlage zu stellen.

Mit dem ersten Problem sind weitere Teilprobleme verknüpft, die in dieser Arbeit behandelt werden. Ein wichtiges Anschlussproblem ist die Reichweite oder Stärke der Anfechtbarkeitsdefinition. Unklar ist nach dem gegenwärtigen Diskussionsstand, ob Anfechtbarkeit sich nur auf einige oder auf alle Regeln beziehen soll<sup>21</sup> und, ob mit der Behauptung von Anfechtbarkeit eine Aussage über Regeln einer bestimmten Rechtsordnung getroffen wird, oder ob sie sich auf die Regeln aller (möglicher oder realer) Rechtsordnungen bezieht. In ihrer stärksten möglichen Version erstreckt sich die Anfechtbarkeitsdefinition auf alle möglichen Regeln aller möglichen Rechtsordnungen.

Unabhängig von der Frage, ob alle oder nur einige Regeln anfechtbar sind, stellt die Bezugnahme auf alle möglichen Rechtsordnungen eine Verbindung zwischen Anfechtbarkeit und der Frage nach dem Begriff des Rechts her. Wenn anfechtbare Regeln in allen möglichen Rechtsordnungen einen Platz haben müssten, dann wären anfechtbare Regeln Bestandteil eines allgemeinen Begriffs davon, was es überhaupt heißt, eine Rechtsordnung zu sein. Sie wären Bestandteil eines Rechtsbegriffs, der notwendige Bedingungen für alle Rechtsordnungen bestimmt. Regelanfechtbarkeit wäre dann eine notwendige Eigenschaft von Rechtsordnungen.

Allerdings lässt sich die These, dass anfechtbare Regeln eine notwendige Eigenschaft von Rechtsordnungen sind, auch abschwächen. Sie erstreckt sich dann nicht auf alle möglichen Rechtsordnungen. Dies ist der Fall, wenn notwendige Regelanfechtbarkeit in einem deskriptiven oder normativen Sinne verstanden wird.

Wenn notwendige Regelanfechtbarkeit deskriptiv verstanden wird, dann wird mit ihr eine Aussage über alle realen Rechtsordnungen getroffen. Nach der These von der deskriptiven Notwendigkeit anfechtbarer Regeln, enthalten alle realen Rechtsordnungen anfechtbare Regeln. Die Wahrheit der deskriptiven Version setzt nicht voraus, dass anfechtbare Regeln Bestandteil aller möglichen Rechtsordnungen wären und ist damit schwächer als die Version, die anfechtbare Regeln als Bestandteil aller möglichen Rechtsordnungen versteht.

---

21 Waluchow 2012, S. 254.

Wird Anfechtbarkeit hingegen normativ verstanden, dann geht es um die Frage, ob anfechtbare Regeln zumindest notwendiger Bestandteil einer idealen Rechtsordnung sind. Rechtsordnungen, die keine anfechtbaren Regeln enthielten, wären dann in normativer Hinsicht fehlerhaft. Die normative Spielart schwächt die Anfechtbarkeitsdefinition weiter ab, weil sie wahr sein könnte, ohne dass es tatsächlich eine einzige reale Rechtsordnung gibt, die anfechtbare Regeln enthält.

Alle diese drei Spielarten begreifen Anfechtbarkeit auf unterschiedliche Weise als notwendige Eigenschaft von Rechtsordnungen. Von allen diesen Spielarten notwendiger Anfechtbarkeit sind wiederum Variationen möglich, die sich hinsichtlich der Menge anfechtbarer Regeln unterscheiden. Anfechtbarkeit lässt sich innerhalb dieser Spielarten dann für einige oder für alle Regeln vertreten.

Das zweite Problem betrifft die Frage, ob rechtliche Regeln unter Zugrundelegung einer bestimmten Definition tatsächlich anfechtbar sind. Schon diese grundlegende Frage ist in der Literatur sehr umstritten.<sup>22</sup> Eine These dieser Arbeit ist, dass die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln davon abhängt, ob alle Ausnahmen zu Regeln im Voraus angegeben werden können. Die Behauptung, dass dies möglich sei, ist die sogenannte Aufzählbarkeitsthese.<sup>23</sup> Rechtliche Regeln sind anfechtbar, wenn die Aufzählbarkeitsthese falsch ist. Dies erkennen wir in aller Deutlichkeit, wenn wir uns vor Augen führen, welche systematischen Folge es hätte, wenn die Aufzählbarkeitsthese wahr wäre.

Es wurde bereits im Zusammenhang mit dem logischen Problem erwähnt, dass die Aufzählbarkeit von Regelausnahmen einen Weg zur Bewältigung impliziter Ausnahmen eröffnen würde. Wenn Ausnahmen aufzählbar wären, dann könnten alle Ausnahmen als negative Tatbestandsmerkmale in einer neuen Formulierung der Regel berücksichtigt werden. Es wäre dann im Prinzip möglich, auf der Grundlage einer solchen Formulierung für jeden Fall das Vorliegen aller positiven sowie das Nichtvorliegen aller negativen Tatbestandsmerkmale erschöpfend durchzuprüfen. Wenn wir am Ende einer solchen Prüfung zu dem Ergebnis gelangten, dass die Regel auf den Fall anzuwenden ist, dann wäre dieses Urteil unanfechtbar und könnte nicht mehr durch neue implizite Ausnahmen ausgehebelt werden. Dass Regeln wiederum doch anfechtbar sein sollen,

---

22 Die intuitiv plausible These, dass Regeln anfechtbar sind, wird von folgenden Autoren abgelehnt. Rodríguez 2012 S. 90; Bayon, S. 332; Schauer 2012, S. 77, S. 88.

23 Vgl. Wang 2003, S. 26.

setzt demnach umgekehrt voraus, dass die Ausnahmen von Regel nicht aufzählbar sind.

Die *Nichtaufzählbarkeit* von Ausnahmen ist das zentrale Argument für die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln. Daraus ergibt sich ihr hoher systematischer Stellenwert. Nun ist die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln – wie schon gesagt – stark umstritten. Dies bedeutet, dass ihre Behauptung in der Diskussion nicht ohne Argument akzeptiert werden sollte. Dennoch gibt es bislang weder eine präzise Formulierung der Nichtaufzählbarkeitsthese noch eine systematische Ausarbeitung von Argumenten für die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen. Diese Haltung ist widersprüchlich und muss angesichts des hohen systematischen Stellenwerts der Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen verwundern. Angesichts des unbefriedigenden Diskussionsstands ist eine systematische Untersuchung der Nichtaufzählbarkeitsthese und möglicher Argumente für sie dringend erforderlich. In dieser Arbeit werden erstmals präzisere Fassungen der Nichtaufzählbarkeitsthese und mögliche Argumente für sie systematisch ausgearbeitet.

In diesem Zusammenhang sollte außerdem nicht unerwähnt bleiben, dass Argumente für die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen im Idealfall allgemeiner Natur sind und sich auf alle möglichen Regeln übertragen lassen sollten, wenn mit ihnen überhaupt irgendetwas Substantielles begründet werden soll. Dass diese Argumente sich auf alle möglichen Regeln übertragen lassen müssten, rückt gleichsam von selbst eine Version der Regelanfechtbarkeit in den Vordergrund, die sich auf alle möglichen Rechtsordnungen bezieht. Wenn nämlich alle möglichen Regeln anfechtbar sind, und alle möglichen Rechtsordnungen Regeln enthalten, dann müssen auch alle möglichen Rechtsordnungen anfechtbare Regeln enthalten. Eine besondere Vorliebe für metaphysische Fragestellungen ist also gar nicht nötig, um eine Verbindung zwischen Anfechtbarkeit und dem Begriff des Rechts herzustellen. Sie ergibt sich schon aus plausiblen Annahmen über die Struktur aussichtsreicher Argumente für die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen. Man sollte daher dem Impuls widerstehen, die Frage nach dem Begriff des Rechts im Zusammenhang mit der Defeasibility als metaphysischen Unsinn abzutun und zu ignorieren. Vielmehr ist die Annahme, dass sich Anfechtbarkeit ohne eine Bezugnahme auf den Begriff des Rechts untersuchen lässt, selbst erklärungsbedürftig und sollte nicht grundlos akzeptiert werden.

Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen ist nicht nur ein Argument für die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln. Da die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln auch die Anfechtbarkeit von juristischer Begründung zur

Folge hätte, ist die Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen zugleich ein Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung. Nun werden in der Literatur neben der Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen weitere Argumente für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung diskutiert. Das prominenteste unter diesen ist wahrscheinlich die asymmetrische Darlegungs- und Beweislastverteilung im Prozessrecht.<sup>24</sup> Beispielsweise ist im Zivilprozess eine asymmetrische Verteilung der Darlegungslast zwischen Kläger und Beklagten üblich. Eine solche asymmetrische Darlegungslastregel ist in einer Hinsicht günstig für den Kläger. Sie verlangt nämlich vom Kläger lediglich, dass dieser die positiven Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs darlegt und entbindet ihn davon, darüber hinaus das Nichtvorliegen aller möglichen Ausnahmen darzulegen. Dagegen ist es Aufgabe des Beklagten, das Vorliegen von Ausnahmen darzulegen, die den klägerischen Anspruch zu Fall bringen könnten. Unter den Bedingungen des Prozessrechts kann die Begründung eines klägerischen Anspruchs damit schon hinreichend und fehlerfrei sein, obwohl sie nicht alle Bedingungen – und zwar insbesondere nicht die negativen Tatbestandsvoraussetzungen in Form von Ausnahmen – darlegt. Das Recht lässt unter den Bedingungen des Prozessrechts also genuin anfechtbare Begründungen zu. Ein Anspruch ist mit der Darlegung aller positiven Tatbestandsvoraussetzungen hinreichend begründet, weil der Kläger damit alles rechtlich Erforderliche getan hat, um seiner Rechtfertigungspflicht nach zu kommen. Interessanterweise kommt diese Form von rechtlicher Anfechtbarkeit ohne die Postulierung der theoretischen Nichtaufzählbarkeit von Regelausnahmen aus. Einige Autoren sind allerdings der Auffassung, dass dieses Argument nur eine begrenzte Reichweite hat und nicht in der Lage ist, die allgemeine Anfechtbarkeit von juristischer Begründung zu belegen.<sup>25</sup> Dieser Ansicht wird hier gefolgt. Eine asymmetrische Darlegungs- und Beweislastverteilung ist nur im Zivilprozess üblich und ist somit nicht imstande, bereichsübergreifend die Anfechtbarkeit aller Formen von juristischer Begründung zu belegen (dies gilt insbesondere für juristische Begründungen, die außerhalb des Gerichtskontexts stattfinden; wie zum Beispiel juristische Begründungen im Rahmen der anwaltlichen Beratung oder innerhalb des rechtswissenschaftlichen Diskurses).

---

24 Insbesondere Sartor 1993, S. 28; MacCormick 1996, S. 99 und D'Almeida 2015 betonen Defeasibilityformen, die sich aus dem Prozessrecht ergeben und die auf einer pragmatischen Ebene mit Darlegungs- und Beweislastfragen verbunden sind.

25 Vgl. Bayon 2001, S. 331 f.; Wang 2003, S. 77 f..

Jape Hage hat ein weiteres Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung vorgeschlagen. Danach soll sich die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung nicht nur aus der Unaufzählbarkeit von Regelausnahmen ergeben, sondern auch aus einem Phänomen, das er als „Rechtfertigungsanfechtung“ bezeichnet.<sup>26</sup> Hages Konzeption der Rechtfertigungsanfechtung wird in dieser Arbeit eingehend untersucht und anschließend zurückgewiesen. Die sogenannte „Rechtfertigungsanfechtung“ ist weder ein Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung noch stellt sie selbst eine substantielle Form der rechtlichen Anfechtbarkeit dar. Damit wird in dieser Arbeit die Position aus der Literatur bestätigt, dass die Nichtaufzählbarkeitsthese das einzige ernstzunehmende Argument für die Anfechtbarkeit der juristischen Begründung ist.<sup>27</sup>

Das Problem der Untersuchung von Argumenten für eine bestimmte Form rechtlicher Anfechtbarkeit oder spezifischer für anfechtbare Regeln überschneidet sich mit dem Definitionsproblem. Die Ausformulierung unterschiedlicher Spielarten von notwendiger Regelanfechtbarkeit betrifft die Definition von Anfechtbarkeit und wird in der Literatur direkt mit der Frage verknüpft, ob eine dieser Spielarten wahr ist und welche Argumente zu ihrer Begründung angeführt werden können.

Ein *drittes Problem*, das in der Literatur bisher nur am Rande diskutiert wird, aber tatsächlich von zentraler Bedeutung ist, ist das inhärente Spannungsverhältnis, das zwischen einem Modell anfechtbarer Regeln einerseits und einem regelbasierten Begründungsmodell andererseits besteht.<sup>28</sup> Auf der einen Seite soll die Rechtsfolge einer Regel auch in Einzelfällen, die alle ihre Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, über die Begründung einer impliziten Ausnahme ausgesetzt werden können. Dies bedeutet nicht anders, als dass das Ergebnis einer Regel in besonderen Einzelfällen schlicht übergangen werden kann. Die Anfechtung hat damit die Struktur einer *contra legem*-Entscheidung, die sich über die Wortlautauslegung einer Regel hinwegsetzt, um die unerwünschten Konsequenzen einer strikten Regelanwendung zu vermeiden. Auf der anderen Seite stehen die Gesetzesbindung und die zentrale Funktion von Regeln, unabhängig von Fragen der Einzelfallgerechtigkeit und des konkreten Gewichts entgegenstehender materieller Gründe, ein bindendes Ergebnis vorzugeben. Die Regel hat so gesehen ein normatives Eigengewicht. Dieses kommt darin zum

---

26 Hage 2003, S. 211.

27 Vgl. Bayon 2001, S. 338 ff.

28 Schauer 2011 diskutiert dies als grundsätzliches Problem von Regeln im Allgemeinen und nicht nur von rechtlichen Regeln im Besonderen.

Ausdruck, dass das Ergebnis einer Regel bindend sein sollte, unabhängig von dessen inhaltlicher oder materieller Richtigkeit. Das dritte Problem betrifft damit die äußerst wichtige – und auch praxisrelevante – Frage, wie das normative Eigengewicht einer rechtlichen Regel mit (der Möglichkeit) ihrer Anfechtung vereinbart werden kann. Meiner Meinung nach ist allein dieses Problem schon in der Lage, die systematische Relevanz des Phänomens der Defeasibility unabhängig von dem logischen Problem zu rechtfertigen. Zumal die Ansätze zur Defeasibility einen neuartigen theoretischen Rahmen bieten, innerhalb dessen sich dieses Problem auf einer grundsätzlicheren Analyseebene untersuchen lässt. Auf diese Weise ließen sich die Ansätze aus der juristischen Methodenlehre auf interessante Weise ergänzen und in ein neues theoretisches Licht rücken. Dieses Problem wird hier als *das Problem des normativen Eigengewichts* oder der *Widerstandskraft rechtlicher Regeln* bezeichnet.

Zu seiner Lösung wurden unterschiedliche Ansätze entwickelt, die aber nur in wenigen Einzelfällen auch systematisch ausgearbeitet wurden.<sup>29</sup> Nach einem prinzipientheoretischen Ansatz besteht die Lösung dieses Problems darin, die Anfechtung von einer übergreifenden Abwägung abhängig zu machen, die neben materiellen Prinzipien, die für und gegen die Regelanwendung sprechen, formelle Prinzipien berücksichtigt, die einer Regel zusätzliches Gewicht verleihen und sie stützen.<sup>30</sup> Diese formellen Prinzipien sprechen immer für die fortgesetzte Anwendung der Regel. Ein wichtiges Prinzip ist beispielsweise das Prinzip der Rechtssicherheit. Das formelle Prinzip der Rechtssicherheit stützt eine Regel zusätzlich und erschwert damit Abweichungen von dem Ergebnis einer strikten Regelbefolgung. Nach dem prinzipientheoretischen Ansatz ist eine Anfechtung dann gerechtfertigt, wenn die materiellen Prinzipien gegen die Regelanwendung nicht nur stärker wiegen als die materiellen Prinzipien für die Regelanwendung, sondern wenn die materiellen Prinzipien gegen die Regelanwendung darüber hinaus stärker wiegen als die materiellen Prinzipien für die Regelanwendung und die formellen Prinzipien zusammengenommen, die eine Regel zusätzlich stützen.

---

29 Beispielsweise diskutiert Hage 2003, S. 221 das Problem, deutet aber nur in Grundzügen eine Lösung dafür an.

30 Alexy 1994, S. 89 vertritt die Position, dass rechtliche Regeln durch die zusätzliche Stützung, die sie durch formelle Prinzipien erhalten, einen stärkeren prima facie Charakter zukommt als Rechtsprinzipien. Die Negation dieses stärkeren prima facie Charakters würde Alexy zufolge hingegen das Ende von Regeln in der uns bekannten Form bedeuten.

Das Problem des Eigengewichts rechtlicher Regeln überschneidet sich mit dem Definitionsproblem. Die Ausformulierung von Bedingungen, unter denen eine Anfechtung auch unter Berücksichtigung des normativen Eigengewichts von Regeln gerechtfertigt ist, ist nichts anderes (eine mögliche) Definition dessen, was eine Anfechtung bedeutet.

Das *vierte Problem*, das in der Diskussion vergleichsweise wenig Beachtung findet, aber ebenso wie das dritte Problem für das Verständnis der Defeasibility von zentraler Bedeutung ist, hängt mit der Frage zusammen, ob eine Rechtsordnung das Ausmaß an Anfechtbarkeit bis zu einem Punkt reduzieren kann, bei dem Anfechtbarkeit praktisch bedeutungslos und marginal wird. Eine weitergehende Frage in diesem Zusammenhang ist, ob Rechtsordnungen allen ihren Regeln sogar die Anfechtbarkeit beliebig entziehen kann. Die erste Position kann als *Reduzierbarkeitsthese* bezeichnet werden und die zweite radikalere Position als die *Eliminierbarkeitsthese*. Prominente Vertreter der Reduzierbarkeitsthese sind Frederick Schauer<sup>31</sup> und Juan Carlos Bayon.<sup>32</sup> Insbesondere Schauer argumentiert für die Position, dass die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln ein kontingentes Phänomen darstellt, das, je nachdem, ob rechtsstaatlichen Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und der Machtbegrenzung von Gerichten gegenüber Gesichtspunkten der Einzelfallgerechtigkeit ein größeres oder geringeres Gewicht gegeben wird, mal schwächer und mal stärker ausgeprägt sein kann. Nach Schauer kann eine Rechtsordnung Gesichtspunkte der Rechtssicherheit, die gegen die Anfechtbarkeit von Regeln sprechen, so sehr betonen, dass die Anfechtbarkeit rechtlicher Regeln nur noch in einem sehr geringen Maß vorkommt.

Nun lassen sich diese Überlegungen unabhängig von Schauers eigenen Begründungszielen zu einem Argument für die Eliminierbarkeitsthese radikalieren. Nach diesem verstärkten Argument wäre es zumindest empirisch möglich, dass eine Rechtsordnung den elementaren Wert der Einzelfallgerechtigkeit vollkommen aus ihrem normativen Universum verbannt und Gerichten die Kompetenz zu Rechtsfortbildungen und weiten teleologischen Auslegungen ohne Einschränkung untersagt, die eine Voraussetzung für Anfechtungen zu sein scheinen. Die Konsequenz solcher einschneidenden Maßnahmen wäre auf den ersten Blick, dass Anfechtungen und damit auch Anfechtbarkeit in solchen Rechtsordnungen nicht nur marginalisiert, sondern vollkommen ausgeschlossen wären. Wenn die Eliminierbarkeitsthese wahr wäre, dann wären Rechtsordnungen möglich,

---

31 Schauer 2012, S. 86.

32 Bayon 2003, S. 328.

deren Regeln ausnahmslos unanfechtbar sind. In dieser Arbeit wird erstmals eine gründliche Untersuchung der Reduzierbarkeitsthese und der Eliminierbarkeitsthese vorgenommen, die zum Ergebnis führt, dass beide Thesen erheblich zu relativieren und teils zurückzuweisen sind.

### III. Gang der Darstellung

Die soeben skizzierten Probleme werden in dieser Arbeit allerdings nicht in der oben angedeuteten Reihenfolge behandelt. Der Grund dafür ist, dass diese Ordnung artifizuell ist und sich die skizzierten Probleme mehrfach überlagern und nicht unabhängig voneinander untersucht werden können. Der *Aufbau* dieser Arbeit orientiert sich an den folgenden Fragen: Was bedeutet Anfechtbarkeit zunächst auf einer normtheoretischen Ebene (§ 2: Problemeingrenzung)? Welche Argumente können für eine so verstandene Form der Regelanfechtbarkeit möglicherweise gegeben werden und welche sind besonders aussichtsreich? (§ 3: Mögliche Argumente sind: die Rolle des anfechtbaren Schließens in der juristischen Begründung, Darlegungs- und Beweislastverteilung im Prozessrecht, die Konzeption der Rechtfertigungsanfechtung von Hage, die Nichtaufzählbarkeitsthese). Hält das aussichtsreichste Argument einer gründlichen Prüfung stand (§ 4: Prüfung der Nichtaufzählbarkeitsthese). Verbleiben selbst nach einer Bestätigung des aussichtsreichsten Arguments noch ernstzunehmende Einwände gegen Regelanfechtbarkeit (§ 5: Prüfung von Frederick Schauers Einwänden gegen Regelanfechtbarkeit)? Lässt sich eine Konzeption von Regelanfechtbarkeit entwickeln, mit der diese Einwände ausgeräumt werden können (§ 6)?

Aus der Abarbeitung dieses Fragenkatalogs ergibt sich dann folgender Aufbau: In § 2 wird eine Definition von Anfechtung und Anfechtbarkeit entwickelt, die sich auf Regeln bezieht. Diese Definition bewegt sich nur auf einer normtheoretischen Ebene. Sie geht von dem Grundbegriff der Anfechtung aus und entwickelt auf dieser Basis eine komplementäre Definition der anfechtbaren Regel. Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass der Begriff der Anfechtbarkeit strukturell auf dem basaleren Begriff der Anfechtung aufbauen muss und nicht unabhängig von ihm verstanden werden kann. Die Definitionen von Anfechtung und Anfechtbarkeit auf der normtheoretischen Ebene dienen primär einer ersten begrifflichen Eingrenzung, die als Grundlage für eine vertiefende Untersuchung in den darauffolgenden Kapiteln (bzw. Paragraphen) dient.

Im § 3 wird das Verhältnis zwischen dem anfechtbaren Schließen und der These untersucht, dass juristische Begründung anfechtbar ist (die sich unmittelbar aus der Anfechtbarkeit von Regel ergeben würde). Das Verhältnis zwischen dem anfechtbaren Schließen und der Anfechtbarkeit von juristischer Begründung berührt das logische Problem der Defeasibility. Es wurde bereits erwähnt, dass das logische Problem der Anfechtbarkeit nicht auf der Agenda dieser Untersuchung steht. Dennoch wird in § 3 eine zentrale Annahme untersucht, von der in der Literatur bei der Diskussion des logischen Problems ausgegangen wird. Diese Annahme betrifft den Zusammenhang zwischen rechtlicher Anfechtbarkeit und dem Phänomen des anfechtbaren Schließens, das innerhalb der KI- und Recht- Forschung analysiert wird.

Autoren wie Henry Prakken<sup>33</sup>, Giovanni Sartor<sup>34</sup> und Jaap Hage<sup>35</sup> gehen davon aus, dass rechtliche Anfechtbarkeit mit dem anfechtbaren Schließen eng verwandt ist und dass die nichtmonotone Logik, die zur Untersuchung des anfechtbaren Schließens entwickelt wurde<sup>36</sup>, entsprechend für eine Analyse von rechtlicher Anfechtbarkeit eingesetzt werden kann.<sup>37</sup> Damit ist häufig die Behauptung verbunden, dass die Theorien zur nichtmonotonen Logik besser zur Analyse von juristischer Begründung geeignet sind als die klassische Logik (und letztere durch erste gegebenenfalls sogar ersetzt werden sollte), weil nur erstere in der Lage sei, ihren anfechtbaren Charakter einzufangen. Diese Behauptung soll in dieser Arbeit weder bestätigt noch widerlegt werden. Allerdings wird in § 3 eine wichtige Annahme kritisiert, von der viele Diskussionsteilnehmer – und zwar Gegner und Fürsprecher der nichtmonotonen Logik gleichermaßen – in diesem Zusammenhang auszugehen scheinen. Nach dieser Annahme soll eine Analyse von juristischer Begründung mit den Mitteln der nichtmonotonen Logik nur sinnvoll sein, wenn juristische Begründung tatsächlich in einem starken Sinne anfechtbar ist. Diese Annahme wird hier als Abhängigkeitsthese bezeichnet. In § 3 wird hingegen gezeigt, dass die Abhängigkeitsthese nicht haltbar ist und auf einem falschen Verständnis von rechtlicher Anfechtbarkeit beruht. Die Nützlichkeit des Einsatzes von nichtmonotoner Logik ist entgegen einer weitverbreiteten Vorstellung nicht davon abhän-

---

33 Prakken 1997, S. 67.

34 Sartor 1993, S. 281.

35 Hage 2003, S. 221.

36 Einen Überblick über verschiedene nichtmonotone Logiken gibt Ginsberg 1987, S. 1-19.

37 Vgl. Gordon 1988.