

Sonderdruck aus:

Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)

Differenzierung als Legitimationsfrage

(APARIUZ Band 14)



DIKE

Zürich / St. Gallen 2012

ISBN 978-3-03751-478-8

«Die Kunst des richtigen Unterscheidens ist die wichtigste Fertigkeit des Juristen.»

PHILIPPE MASTRONARDI
(Juristisches Denken, 2. Aufl. 2003, Rz. 781)

Zum Thema «Differenzierung als Legitimationsfrage»

Leander D. Loacker

Nach traditionellem Verständnis ist die Rechtswissenschaft eine Ordnungswissenschaft.¹ Wer sein Schaffen in diesem Sinne der Systematisierung verschrieben hat,² gerät bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme bald in den Konflikt, zwischen Systemerhalt und Passgenauigkeit im Einzelfall entscheiden zu müssen. Für den einen wiegt dann der Erhalt des systematischen Ganzen schwerer,³ für den anderen die individuelle Angemessenheit.⁴ Auffallend ist, dass dabei beide Kernmerkmale anwendungsfokussierter rechtswissenschaftlicher Tätigkeit,⁵ also das *Generalisieren* ebenso wie das *Differenzieren* keineswegs beziehungslos nebeneinander stehen, sondern das eine jeweils Bezugspunkt des anderen ist.⁶ So beruht Generalisierung regelmässig auf einer Herausarbeitung der entscheidenden Leitaspekte einer Mehrzahl von Beobachtungen,⁷ ist also ihrerseits Ergebnis von Differenzierung, während letztere nicht selten das Resultat einer als inadäquat empfundenen Generalisierung sein wird.⁸ Ungeachtet dieser Henne-Ei-Konstellation ist es das Legitimationsbedürfnis, das beide verbindet.

¹ Vgl. für das Zivilrecht ERNST, in: ENGEL/SCHÖN, 3, 28, nach dem die Ordnung des positiven Rechts das «Produkt» der Rechtswissenschaft sei. Für das Strafrecht siehe JACOBS, in: ENGEL/SCHÖN, 103, 106.

² Paradigmatisch CANARIS, § 1.

³ Vgl. ERNST, in: ENGEL/SCHÖN, 3, 43: «Eine häufig übersehene Voraussetzung für gelungene Theoriebildung ist der Mut, die große theoretische Linie selbst gegen widerstrebendes Detail durchzuhalten.»

⁴ Grundsätzlich systemskeptisch EMGE, 378: «Ein System ist stets ein inhaltlich zu weit gehendes Unterfangen der «Vernunft».»

⁵ Ebenso schon MASTRONARDI, Rz. 725.

⁶ Vgl. auch MASTRONARDI, Rz. 784: «Die Unterscheidungskunst ist stets von ihrem Gegenteil, der Generalisierung, geprägt.»

⁷ Treffend F. BYDLINSKI, vii, nach dem prinzipiell-systematisches Rechtsdenken es grundsätzlich gebiete, vorab beim Einzelproblem anzusetzen.

⁸ Vgl. allg. schon WEINBERGER, in: FISCHER et al., 409, 420 ff.

Nicht zu übersehen ist, dass derjenige, der differenziert, gegenüber demjenigen, der generalisiert, schon insofern faktisch im Vorteil ist, als Grundlage seines Befundes regelmässig ein Anlass ist, der dem Generalisten möglicherweise im Zeitpunkt seiner Generalisierung noch gar nicht bekannt war. Deshalb indiziert gehäufte Differenzierungsbedarf oft auch die Überprüfungswürdigkeit der Generalisierung als solcher. In das Bild dieses Wechselspiels fügt sich die Beobachtung, dass der insgesamt vielleicht paradigmatischste Vorwurf, den man in juristischer Literatur finden kann, auf der einen Seite jener der Undifferenziertheit und auf der anderen Seite jener der künstlichen, die Rechtseinheit unnötig gefährdenden Differenzierung ist. Auf derselben Ebene liegt es, wenn die einen vehement Sonderregelungen für als sonderregelungswürdig empfundene Materien fordern, während andere vergrößerte, anstatt immer weiter verfeinerte gesetzliche Lösungen einmahnen.⁹ All dies nährt den Befund, dass Differenzierung an sich und die Auseinandersetzung mit ihr und über sie eines der elementarsten Charakteristika von Recht und Rechtswissenschaft darstellt.

Der vorliegende Band widmet sich diesem und einem anderen Aspekt, der bei jeglicher rechtlichen Differenzierung – mag sie nun eingefordert oder kritisiert werden – notwendig bedeutsam wird, nämlich der Frage nach ihrer Legitimation. Um die Antwort auf eine solche Frage nach der Erheblichkeit und Berechtigung einer Unterscheidung vorwegzunehmen oder besonders deutlich zu machen, hat es sich vor allem in der grundrechtsorientierten (und durchaus auch privatrechtsbezogenen¹⁰) Diskussion eingebürgert, bei illegitimer Differenzierung von *Diskriminierung* zu sprechen.¹¹ *Differenzierung* ist demgegenüber der weitere, jedenfalls neutralere Begriff. Er wurde für das Generalthema dieses Buches bewusst gewählt, um die inhaltliche Bandbreite der anvisierten Beiträge möglichst weit zu gestalten, anstatt sie im Wege negativer Konnotation vorab einzuschränken. Der Vorwurf, das Feld damit zu breit abgesteckt zu haben, ist damit zwar erwartbar, scheint aber bei einem fachbereichsübergreifenden Publikationsvorhaben wie dem vorliegenden zumindest relativierbar.

Indem die hier versammelten Arbeiten der Frage nach der Legitimation von Differenzierungen nachgehen, ist der Band thematisch an der Schnittstelle zwischen Normwissenschaft und normativer Wissenschaft angesiedelt.¹² Rechtsdogmatisches findet sich

⁹ Siehe MAYER-MALY, in: Ö. BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, 39, 45, der schon 1969 mit Blick auf die Gesetzgebung meinte: «Ausdrücklich plädiere ich für Vergrößerung statt Verfeinerung, fürs Pauschale statt des Eingehens auf Details.»

¹⁰ Ein eindrücklicher Beleg dafür aus jüngerer Zeit ist die Entscheidung des EuGH Rs. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u.a./Conseils des ministres* (noch nicht in der Slg. veröffentlicht) = HAVE 2011, 153 (PARLI) und 351 (LOACKER).

¹¹ Abl. gegenüber diesem *usus* (aus europarechtlicher Sicht) DAMMANN, 298 f.

¹² Mit Blick auf die *Propria* der Rechtswissenschaft diesbezüglich REIMANN, in: ENGEL/SCHÖN, 87 ff. Zum Begriff der Normwissenschaft etwa schon LARENZ, 195 ff.

deshalb ebenso wie Rechtspolitisches.¹³ Die Herausgeber hoffen, eine Themenstellung gefunden zu haben, die gleichermaßen zeitgemäß wie zeitlos ist.¹⁴ Nicht zu verkennen ist jedenfalls, dass die immer komplexeren Lebenssachverhalte Recht und Rechtswissenschaft vor beachtliche Herausforderungen stellen, sofern man nicht vor solcher Komplexität kapitulieren will, indem man sie entweder ignoriert oder schlicht 1:1 widerspiegelt. Die Art und Weise, wie Differenzierung als *rechtliche Antwort auf die Herausforderung Komplexität* ausgestaltet wurde, fiel zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedlich aus.¹⁵ Dies galt und gilt insbesondere für die Rechtsetzung: Während eine (aus heutiger Sicht) verschwindend geringe Zahl von Gesetzen schon *Tacitus* zu seiner bekannten Kritik «*corruptissima res publica, plurimae leges*»¹⁶ veranlasste, dominierte in den letzten Jahrzehnten – wohl auch infolge gelegentlich übertriebener Normgläubigkeit – vielfach eine regulatorische Detailversessenheit, der erst jüngst wieder (das Beispiel «Finanzmarktrecht» illustriert es) ein Trend in Richtung *principles-based regulation*¹⁷ entgegengesetzt wird.

Abgesehen von solch konzeptionellen Fragestellungen zur adäquaten Komplexität eines Rechtssystems,¹⁸ ist nicht zu übersehen, dass rechtliche Differenzierungen typischerweise eine *Etikettierungsfunktion* erfüllen.¹⁹ Mit ihrer Hilfe ist es möglich, vergleichsweise rasch und rechtssicher zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit, Zuständigkeit und Unzuständigkeit, Fristgerechtigkeit und Verspätung, Begründetheit und Unbegründetheit von Ansprüchen u.v.a.m. zu unterscheiden. Wo allerdings Etikettierungen winken, droht bisweilen auch Etikettenschwindel. Und der wiederum will aufgedeckt und analysiert werden. Der vorliegende Band schien den Herausgebern ein geeigneter Ort zu sein, um solche und andere themenbezogene Analysen zu initiieren. Die beitragenden Autoren waren eingeladen, ausgewählte Differenzierungen im Bereich ihrer jeweiligen Forschungsschwerpunkte zu problematisieren, auf ihre praktische Bedeutung hin zu untersuchen und ihre Einschätzungen dazu aus rechtswissenschaftlicher Sicht abzugeben. Wie diese Stellungnahmen im Einzelnen ausfielen, erfahren Sie auf den nachfolgenden Seiten.

¹³ Zu der nach traditionellem Rechtswissenschaftsverständnis weitgehend gebotenen Zurückhaltung gegenüber rechtspolitischer Betätigung und den möglichen Ursachen hierfür (illustriert am Beispiel des Zivilrechts) jüngst HENNSLER/HÖPFNER, in: GRUNDMANN/RIESENHUBER, 437, 448 f.

¹⁴ Vgl. BGE 131 V 107, E. 3.4.2 und 127 I 185, E.5, nach denen die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung oder für ihre Unterlassung vernünftige Gründe ersichtlich sind, insbesondere nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen zu beantworten ist.

¹⁵ Vgl. die Beobachtung von KEGEL, in: JAYME/KEGEL/LUTTER, 129: «Das Recht dient den Menschen und wandelt sich mit ihnen: vom Groben zum Feinen, vom Einfachen zum Verwickelten, vom Handfesten zum kaum noch Fassbaren.»

¹⁶ *Annales* 3.27.

¹⁷ Dazu instruktiv etwa BLACK/HOPPER/BAND, LFMR 2007, 191 ff.

¹⁸ Dazu LUHMANN, 388 ff., der diesen Aspekt überhaupt mit «Gerechtigkeit» gleichsetzt.

¹⁹ Vgl. in soziologischem Zusammenhang LUHMANN, 384 f.

Literaturverzeichnis

- BLACK JULIA/HOPPER MARTYN/BAND CHRISTA, Making a success of Principles-based regulation, LFMR 2007, 191
- BYDLINSKI FRANZ, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983
- DAMMANN JENS, Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten, Tübingen 2007
- EMGE CARL AUGUST, Einführung in die Rechtsphilosophie: Anleitung zum philosophischen Nachdenken über das Recht und die Juristen, Frankfurt a. M. 1955
- ERNST WOLFGANG, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: ENGEL CHRISTOPH/SCHÖN WOLFGANG, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 3
- HENNSLER MARTIN/HÖPFNER CLEMENS, Skizzenartige Impressionen zu einem verdienstvollen Werk, in: GRUNDMANN STEFAN/RIESENHUBER KARL, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler II, Berlin 2010, 437
- JACOBS GÜNTHER, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: ENGEL CHRISTOPH/SCHÖN WOLFGANG, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 103
- KEGEL GERHARD, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht, in: JAYME ERIK/KEGEL GERHARD/LUTTER MARCUS, Ius Inter Nationes: FS für Stefan Riesenfeld, Heidelberg 1983, 129
- LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991
- LUHMANN NIKLAS, Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1999
- MASTRONARDI PHILIPPE, Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003
- MAYER-MALY THEO, Die vielen Gesetze und der Einzelne, in: ö. BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, Wien 1970, 39
- REIMANN MATTHIAS, Die Propria der Rechtswissenschaft, in: ENGEL CHRISTOPH/SCHÖN WOLFGANG, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 87
- WEINBERGER OTA, Einzelfallgerechtigkeit: Ein Beitrag zum Studium der logischen Bedingungen der Gerechtigkeit, in: FISCHER MICHAEL/JAKOB RAIMUND/MOCK ERHARD/SCHREINER HELMUT, Dimensionen des Rechts – Gedächtnisschrift René Marcic, Berlin 1974, 409