

Herausgeber: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöller,
Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch
Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell
Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann
Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Mark Zöller,
Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner
Internetauftritt: René Grellert
Anzeigenschaltung: Dr. Anna Oehmichen
 ISSN: 1865-6331

Inhalt**AUFSÄTZE***Zivilrecht***Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht – Teil 1**

Von Privatdozentin Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Göttingen 441

*Strafrecht***Strafrechtliche Folgen für den Dopingmittel verabreichenden Arzt**

Von Rechtsanwalt Dr. Johannes Corsten, Frankfurt a.M., stud. iur. Amelie Kuse, Heidelberg 453

DIDAKTISCHE BEITRÄGE*Strafrecht***Die herrschende Meinung als Argument
Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive**

Von Christian Djeffal, Berlin 463

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht***Übungsfall: Der naturgetreue Otter
Case Study aus dem Gebiet des Marken- und Namensrechts**

Von Dipl. Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Waiblingen 467

*Öffentliches Recht***Übungsklausur Staatsorganisationsrecht: Präsidiale Privatisierungsprüfung**

Von Dr. Matthias Hong, Assessor Alexander Schiff, Freiburg i. Br. 475

Djefal, Christian (2013). Die herrschende Meinung als Argument: Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive, In: Zeitschrift für das juristische Studium, Band 5, S. 463-466.

Die herrschende Meinung als Argument

Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive

Von Christian Djeffal, Berlin

Begriffe wie „herrschende Meinung“ (h.M.), „überwiegende Ansicht“ oder „Mindermeinung“ (M.M.) werden in der juristischen Argumentation in Ausbildung und Praxis verwandt, Bedeutung und Potential dieser Figuren wird aber nicht immer erkannt. Dieser Beitrag will über Hintergründe der Begriffe aufklären und auf dieser Grundlage konkrete Hilfestellungen bei ihrer Feststellung und Verwendung geben. Denn die Beherrschung dieser Figuren kann entscheidend für erfolgreiche juristische Argumentation sein.

I. Einleitende Begriffsklärung

Mit dem Beginn des Studiums tauchen Studierende der Rechtswissenschaften in die juristische Fachsprache ein, die oft Besonderheiten bereithält. Eine besondere Unsicherheit von Studierenden, die sie oft über das ganze Studium hin begleitet, ist die Beschreibung von sogenannten Streitständen. Bestimmte Begriffe werden manchmal inflationär, manchmal gar nicht oder falsch gebraucht. Dieser didaktische Beitrag will die Vokabeln des Streitstandes nicht nur definieren, sondern auch Hintergründe offenlegen, die zu einer sicheren und richtigen Verwendung beitragen. Dabei werden wir uns auf den Begriff der h.M. konzentrieren, der Schlüssel für das Verständnis dieser Begrifflichkeiten ist. Was eine herrschende Meinung genau ist, konnte bisher noch nicht eindeutig definiert werden.¹

Daher wollen wir uns dem Thema vorsichtig aus zwei Richtungen nähern: Zum einen wollen wir die Vokabeln des Streitstandes und besonders der h.M. situativ verorten, d.h. die Situationen kenntlich machen, in denen sie gebraucht werden. Zum anderen ist der notwendige Bedeutungsgehalt festzustellen, der sich aus der Abgrenzung der Begriffe h.M., a.A., M.M. usw. ergibt. Die Begriffe und insbesondere der Begriff h.M. tauchen auf, wenn im Rahmen einer juristischen argumentativen Auseinandersetzung ein sogenannter Meinungsstreit behandelt wird. In der Regel ist das im deutschen Recht dann der Fall, wenn ein Rechtssatz in unterschiedlicher Art und Weise gedeutet werden kann und auch wird. Es geht also um Auslegungsfragen. Die jeweiligen tatsächlich vertretenen Lösungen werden als Meinungen gekennzeichnet und mit Argumenten unterfüttert. Der Meinungsstreit taucht in Gutachten, aber auch in Urteilen auf, in denen man sich regelmäßig auf eine Meinung festlegt und dies begründet. Was heißt nun aber herrschende Meinung?

Manche Eigenheiten der Begriffe ergeben sich schon aus der Abgrenzung zueinander: So wird z.B. zwischen h.M. und herrschender Lehre (h.L.) unterschieden, was darauf hinweisen könnte, dass eine h.M. auch eine Beteiligung der Rechtsprechung voraussetzt. Der Gegensatz zur h.M. ist dann die M.M., da sie gerade nicht herrschend ist. Die a.A. ist manchmal gleichbedeutend, manchmal aber auch weiter zu

verstehen: Wenn sich zwei gleichrangige Ansichten gegenüberstehen, gibt es die eine und die andere. Abstufend wird die herrschende Meinung folgendermaßen definiert: „Die allgemeine Meinung beherrscht das Feld ohne ernst zu nehmende Abweichler (oder jedenfalls werden die Abweichler ignoriert). Die h.M. behauptet sich innerhalb ihres Fachs als Geltungsgrund auch gegen nicht ignorierbare Kritik. Nimmt ihre Anhängerschaft ab, kann sie noch immer als *überwiegende* Meinung wirken.“² Was kennzeichnet nun aber genau eine h.M. und ihr Verhältnis zu anderen Meinungen? Um hier eine bessere Handhabe zu bekommen, soll der Begriff der h.M. schlaglichtartig aus historischer, rhetorischer und diskursanalytischer Perspektive geschildert werden.

II. Perspektiven

1. *Communis Opinio Doctorum*

Die rechtshistorische Perspektive offenbart, dass die h.M. früher durchaus als Argument gewertet wurde, das Rechtsstreitigkeiten entscheiden konnte.³ Darüber hinaus wurde sie bisweilen sogar als Rechtsquelle gesehen. Streitfragen wurden maßgeblich von ihr beeinflusst. So hatten die Meinungen von Rechtsgelehrten großen Einfluss auf das geltende Recht, wenn sie für sich die Autorität einer *communis opinio doctorum* in Anspruch nehmen konnten. Natürlich war der Kommunikationszusammenhang und damit auch das Bedürfnis nach Autoritäten z.B. vor Erfindung des Buchdrucks oder vor Einführung einer flächendeckenden Gerichtsbarkeit ein ganz anderer.⁴ Es trat allerdings schon damals die Frage auf, welchen Äußerungen eine solche Autorität zukommen kann. Neben bestimmten Autoren, wie etwa *Bartolus de Sassoferrato*, wurde auch eine Kategorisierung literarischer Gattungen vorgenommen, die von Gerichtsentscheidungen bis hin zu Gutachten für verschiedene Parteien reichten. Mit der steigenden Anzahl gerichtlicher Judikate nahm die Bedeutung insbesondere der Lehrmeinung ab. Dieser Prozess setzte für das deutsche Verfassungsrecht relativ spät mit der Institutionalisierung des Bundesverfassungsgerichts ein, die prominent als „Entthronung der Staatsrechtslehre durch das Verfassungsgericht“ bezeichnet wurde.⁵ Evident ist die Bedeutung der Lehre jedoch im Völkerrecht, hier werden „die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“ herangezogen.⁶ In der Geschichte des Rechts kam es aber durch-

² *Gast*, Juristische Rhetorik, 4. Aufl. 2006, S. 159.

³ Siehe einen Überblick bei *Lepsius*, *Communis opinio doctorum*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl. 2008, Sp. 875-877.

⁴ *Drosdeck*, Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle, 1989, S. 111 ff.; er folgert daraus, dass die *opinio* gar nicht mehr vergleichbar mit den heutigen Verhältnissen sei.

⁵ *Schlink*, Der Staat 1989, 161.

⁶ Dies wird gemeinhin aus Art. 38 Abs. 1 lit. d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs gefolgert. Dabei handelt es sich

¹ Einen Überblick zu verschiedenen Definitionen liefert *Tuschak*, Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur, 2009, S. 5 ff.

aus auch vor, dass Lehrmeinungen völlig ignoriert wurden, teilweise um den wahren Willen des Gesetzgebers zu schützen. Das konnte bis zu einem strafrechtlich bewährten Verbot von Gesetzeskommentierungen reichen.⁷

2. Topik und Jurisprudenz

Eine weitere interessante Perspektive auf die Vokabeln des Meinungsstreits bietet die Rhetoriktheorie des Rechts.⁸ Die Kennzeichnung des Rechts als argumentative Praxis hat weitreichende Konsequenzen für die Frage „Was ist Recht?“. Es ist grundsätzlich möglich, das Recht als etwas zu sehen, was durch ein rationales und geregeltes Verfahren ermittelt und eindeutig erkannt werden kann. Mithilfe von Methoden ließe sich zweifelsfrei und nachvollziehbar die Rechtslage feststellen. Rhetorische Ansätze jedoch brechen mit dieser Ansicht und stellen die Entscheidung von Rechtsfragen in den Vordergrund, die durch rechtliche Argumente gestützt, erklärt und gerechtfertigt, nicht jedoch zweifelsfrei begründet und abgesichert werden kann. Argumente stützen, beweisen aber nicht. An die Stelle von objektiver Richtigkeit tritt die Plausibilität.⁹

Wie nah der Begriff der herrschenden Meinung den argumentativen und rhetorischen Theorien des Rechts steht, ergibt sich schon aus dem Begriff der „Meinung“,¹⁰ denn „meinen“ kennzeichnet notwendigerweise einen subjektiven Standpunkt, der eben nicht objektiv und eindeutig richtig ist. Daraus lässt sich auch ableiten, dass mehrere Ansichten zu einer bestimmten Frage existieren können. Aus der rhetorischen Perspektive können diese Ansichten als vorzugswürdig oder zu vernachlässigen, als gut oder schlecht begründet erscheinen. Genaugenommen verbietet sich aber eine Kennzeichnung als kategorisch richtig oder falsch. Diese prinzipielle Gleichrangigkeit und Zulässigkeit verschiedener Ansichten finden wir auch wieder, wenn wir verschiedene Meinungen diskursiv werten. Es kann also durchaus verschiedene Meinungen zu einem Thema geben, von denen keine objektiv unrichtig ist.

3. Der Meinungsstreit als Diskurs

In Geistes- und Sozialwissenschaften haben sich sogenannte Diskurstheorien als sehr fruchtbar erwiesen. Was im Einzel-

nen unter Diskurs verstanden wird und wie Diskursanalysen durchgeführt werden, variiert stark.¹¹ Prägend sind und waren jedoch die Arbeiten von *Michel Foucault*.¹² Seine und von ihm inspirierte Diskurstheorien legen zugrunde, dass Wissen - und damit auch die Bedeutung sprachlicher Äußerungen - Worten nicht innewohnt, sondern vielmehr konstruiert wird. Diese Produktion von Wissen auch durch Sprache findet zwischen verschiedenen Akteuren statt und kann als Diskurs bezeichnet werden.¹³ Daher nehmen Diskursanalysen Sprechsituationen und die daran beteiligten Akteure in den Blick. Das besondere Augenmerk einer bestimmten Richtung liegt dabei auch auf den Machtverhältnissen zwischen den Akteuren.¹⁴ Die Stellung der Akteure zueinander beeinflusst die Produktion von Bedeutung und Wahrheit.

Aus der holzschnittartigen Skizze wird klar, dass der Meinungsstreit in der behandelten Aufmachung (h.M. gegen M.M.) die Züge einer Diskursanalyse trägt:¹⁵ verschiedene Ansichten werden erwähnt, sie werden verschiedenen Akteuren zugeordnet, durch die Zitate wird die jeweilige Sprechsituation kenntlich gemacht. Durch die Kennzeichnung als h.M. und M.M. werden die Hierarchie zwischen den Ansichten und damit die Herrschaftsverhältnisse erläutert. Im Rahmen der Diskurstheorie würde sich jedoch grundsätzlich die Entscheidung für die eine oder die andere Alternative verbieten. Sie will beobachtend und gerade nicht wertend sein. Dennoch ist der Meinungsstreit bis zu einem gewissen Grad mit der Diskursanalyse vergleichbar.

III. Praktische Konsequenzen

1. Feststellung

Was nun das Herrschende an einer Meinung ausmacht, lässt sich schwer eindeutig definieren und fassen. Voraussetzung ist jedenfalls, dass ein Konsens zwischen bestimmten Stimmen besteht und dieser anderen Ansichten überlegen ist. Für diese Überlegenheit gibt es allerdings keine festen Kriterien, sie ist letztlich ein Konstrukt¹⁶ und damit eine Wertungsfrage.¹⁷ Quantitative, qualitative und temporale Aspekte können hier eine Rolle spielen.¹⁸ *Quantitativ* könnte man davon ausgehen, dass die h.M. der Mindermeinung im Hinblick auf

zwar um eine prozessrechtliche Vorschrift, die jedoch eine große Ausstrahlungswirkung entfaltet hat und gemeinhin als Spiegel der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre gesehen wird; siehe nur *Vitzthum*, in: *Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010, S. 1 (S. 50 ff.).

⁷ Für einen Überblick siehe *Becker*, *Kommentierverbot*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 2. Aufl. 2008, Sp. 1979-1981.

⁸ Siehe grundlegend *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. 1974; *Perelmann*, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, 1979; *Stone*, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, 1964.

⁹ *Gast* (Fn. 2), S. 167.

¹⁰ Siehe in kritischer Stoßrichtung *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, S. 389.

¹¹ *Gast* (Fn. 2), S. 72 ff.; *Habscheid*, *Text und Diskurs*, 2010, S. 72 ff.

¹² Hierzu einleitend *Baer*, *Rechtssoziologie*, 2011, S. 153 ff.; *Mills*, *Michel Foucault*, 2003.

¹³ Einen Überblick über die Bedeutung(en) des Diskursbegriffs bei *Foucault* bietet *Parr*, in: *Kammler/Parr/Schneider* (Hrsg.), *Foucault-Handbuch*, 2008, S. 233.

¹⁴ *Keller*, *Wissenssoziologische Diskursanalyse, Grundlegung eines Forschungsprogramms*, 3. Aufl. 2010, S. 142.

¹⁵ Prägnante Zusammenfassungen der Methoden der Diskursanalyse finden sich bei *Keller* (Fn. 14), S. 149; *Parr* (Fn. 13), S. 236.

¹⁶ *Drosdeck* (Fn. 4), S. 100 ff.

¹⁷ *Valerius*, *Einführung in den Gutachtenstil*, 3. Aufl. 2009, S. 29; *Drosdeck* (Fn. 4), S. 99.

¹⁸ Zu quantitativen und qualitativen Aspekten siehe *Gast* (Fn. 2), S. 161.

ihre Vertreter zahlenmäßig zumindest überlegen ist,¹⁹ fernerhin, dass es überhaupt schon eine substantielle Anzahl von Äußerungen zu dem Thema gibt. Als Mindestanforderung werden u.a. zwei bis drei Belege jeweils aus Rechtsprechung und Literatur gefordert um von einer h.M. sprechen zu können.²⁰ Aufgrund von Zahlen allein wird sich eine Meinung aber kaum als herrschend kennzeichnen lassen.²¹ Vielmehr spielen auch verschiedene *qualitative* Aspekte eine Rolle: zum einen natürlich Bekanntheit und Autorität der Autorin bzw. des Autoren. Abgestellt wird zum anderen auch auf die Publikationsform (Kommentare und Handbücher oder Fachzeitschriften), die die höchste Auflage haben oder in der Praxis standardmäßig verwandt werden.²² Dabei wird darauf hingewiesen, dass „meinungsbildende Literatur“ „leicht erreichbar“ sein müsse.²³ Manche Publikationsformen schieben wegen mangelnder Zitierfähigkeit aus.²⁴ Es kann auch der Raum, der einer Argumentation eingeräumt wird, eine Rolle spielen. Ebenso können die verwendeten Medien entscheidend sein: Kommentare, Handbücher, aber auch Fachzeitschriften werden dabei hervorgehoben.²⁵ Ist sich die Kommentarliteratur mit der Rechtsprechung einig, dann wird man wohl schneller von einer h.M. sprechen, als im Falle von spezialisierten Aufsätzen. Eine weitere interessante Frage ist die nach der *temporalen* Perspektive: wenn bestimmte Äußerungen über einen längeren Zeitraum weder repetiert noch rezipiert werden, wird man kaum mehr von einer h.M. sprechen können. Die Meinung muss also noch vorherrschen. Daraus wird deutlich, dass eine Ansicht den Status als h.M. verlieren kann und auch M.M. zu h.M. erstarken können. So wichtig es ist, die Kriterien für die Feststellung einer herrschenden Meinung zu kennen, so wichtig ist es auch zu wissen, dass man bei der Feststellung einer herrschenden Meinung in der praktischen Argumentation nicht zu ausführlich werden sollte: Wenn man eine Meinung als herrschend ausgibt, wird man bis zu einem gewissen Grad unterstellen dürfen, dass dies evident ist. Daher kann man Daumenregeln in praktischen Ratgebern folgen, obwohl diese wohl in Wirklichkeit nicht ausreichen, eine herrschende Meinung zu begründen. Der Status als herrschende oder Mindermeinung ist

¹⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2011, S. 27; Gast (Fn. 2), S. 161) spricht beispielsweise im Falle von Kommentaren bei einem Verhältnis von 5:1 von einer herrschenden, bei einem Verhältnis von 4:2 von einer überwiegender Meinung.

²⁰ Beaucamp/Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Aufl. 2011, S. 127.

²¹ Drosdeck (Fn. 4), S. 107.

²² Gast (Fn. 2), S. 160; interessanterweise beginnt ein englischer Verlag jetzt damit, bestimmte Werke zum Völkerrecht als „scholarly authorities“ auszuweisen und ihnen so eine gesteigerte Autorität zuzuweisen, siehe: http://ukcatalogue.oup.com/product/9780199603114.do#_UjGqgAUieo (25.9.2013).

²³ Gast (Fn. 2), S. 160 Fn. 214.

²⁴ Gast (Fn. 2), S. 162.

²⁵ Kommentare und Fachzeitschriften werden im deutschen Kontext hervorgehoben von Tuschak (Fn. 1), S. 68.

aber nicht nur das Ergebnis einer Argumentation, er kann auch selbst im Rahmen der Begründung herangezogen werden.

2. Argumentation

Im Ausbildungskontext wird oft darauf verwiesen, dass die h.M. kein „valides Argument“ sei.²⁶ Dies kann zum Beispiel aus einem naturalistischen Fehlschluss gefolgert werden: Nur weil Rechtsprechung und Lehre bisher an einem Ergebnis festhalten, heiße dies nicht, dass dies auch das richtige Ergebnis sei.²⁷ Relevanz habe diese Information allenfalls für das Prozessrisiko.²⁸

Die Betonung des Umstandes, dass allein der Verweis auf die herrschende Meinung nicht ausreicht, um die Entscheidung eines Meinungsstreits in Theorie und Praxis zu begründen, ist richtig und wichtig.²⁹ Wer Erfahrungen mit der Korrektur von juristischen Qualifikationsarbeiten hat, der weiß, wie unprofessionell und laienhaft es wirkt, wenn eine Streitfrage einfach mit dem Hinweis auf die herrschende Meinung schlichtweg übergangen wird.³⁰ Das wiegt umso schwerer, wenn ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass es sich dabei wirklich um eine h.M. handelt. Eine solche Darstellung ist geeignet, den ganzen Eindruck von einer Qualifikationsarbeit wesentlich zu trüben, weshalb Studierende dies um jeden Preis vermeiden sollten und müssen!

Daraus aber zu schließen, der Verweis auf die h.M. sei kein Argument, greift seinerseits wieder zu kurz. Wer ein Auslegungsproblem anhand von verschiedenen Alternativen schildert und eine der Alternativen als herrschend kennzeichnet, beeinflusst die Argumentation damit zumindest implizit.³¹ Die Kennzeichnung hat eine Orientierungsfunktion.³² Tatsächlich wird sie von Gerichten auch öfter verwandt. Am deutlichsten äußert sich dies durch die Argumentationslast: Wer gegen die herrschende Meinung argumentieren will, braucht schlagkräftige Argumente und muss sich eingehend mit den Argumenten der h.M. auseinandersetzen.³⁴ Wer hingegen mit der h.M. argumentiert, kann eher darauf vertrauen, dass die Argumente bekannt und eingängig sind. Die h.M. entspricht oft der höchstrichterlichen Rechtsprechung und damit auch der Rechtsrealität. Damit verbindet sich zwar kein Sollen, in vielen Fällen aber ein Indiz der Praktikabilität, denn die Ansichten sind dann bereits in der Praxis verwandt worden, so dass ihre Folgen in der Regel schon bekannt sind. Das ist dann durchaus ein wirksames Argument. Es bedeutet natürlich nicht, dass der h.M. immer zu folgen ist. Ganz im Gegenteil, manchmal kann man sich sogar dadurch auszeich-

²⁶ Muthorst (Fn. 19), S. 138 f.

²⁷ Muthorst (Fn. 19), S. 139.

²⁸ Beaucamp/Treder (Fn. 20), S. 121.

²⁹ So z.B. ausführlich Pilniok, JuS 2009, 394.

³⁰ Valerius (Fn. 17), S. 29.

³¹ Müller/Christensen (Fn. 10), S. 389.

³² Tuschak (Fn. 1), S. 12.

³³ Eine eingehende Untersuchung der Rechtsprechung bis 1986 findet sich bei Drosdeck (Fn. 4), S. 19 ff.

³⁴ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, S. 188.

nen, den „conventional wisdom“ durch gute Argumente zu erschüttern.³⁵ In jedem Fall ist es aber wichtig, die Strukturen des Diskurses zu kennen und seine Argumentation ggf. auch daran auszurichten. Die juristische Argumentation - so wie sie an deutschen Hochschulen gelehrt wird - findet nicht in einem Vakuum statt, sondern im Rahmen eines Falles. Richter und Gutachter stehen nicht einem abstrakten Text das erste Mal gegenüber, sie fällen vielmehr Entscheidungen vor dem Hintergrund einer Auseinandersetzung im Hinblick auf bestimmte Fragen. Die Hierarchie im Diskurs kann indizieren, wie hoch der Rechtfertigungsaufwand ist.³⁶ Er wird bei einer h.M. höher sein als bei einer Mindermeinung.³⁷ Natürlich kann auch eine herrschende Meinung widerlegt werden.³⁸ Die herrschende Meinung ist – wie übrigens die meisten anderen Erwägungen auch – kein sicherer Beweis der Richtigkeit. Allein die Strukturierung eines Meinungsstreits durch diese Begriffe kann aber Wirkungen haben und das Ergebnis des Meinungsstreits beeinflussen: Gute Arbeiten in Theorie und Praxis wissen dies zu nutzen.

3. Subtext

Die Wirkung einer solchen Einkleidung von Meinungsstreitigkeiten erschöpft sich aber nicht im Effekt auf die Argumentation. Das wird besonders im Vergleich mit anderen Präsentationsformen von Meinungsstreitigkeiten deutlich: Die Möglichkeiten umfassen Stellungnahmen in *utramque partem* (pro und contra), „sachorientierte Meinungsgruppen“, „Ordnung nach der Überzeugungskraft der Argumente“ oder eine Darstellung entlang der Auslegungsmethoden.³⁹ Geht man aber den anderen Weg und spricht von verschiedenen Ansichten, die man entsprechend ihrer Autorität wertend in die Argumentation einbringt, ist der Effekt größer als nur die Wirkung für die konkrete Argumentation. Dahinter steht ein bestimmtes Rechtsverständnis: dieses erkennt neutral an, dass es grundsätzlich verschiedene Auffassungen gibt und dass diese grundsätzlich diskussionswürdig sind. Hier kommt also keine Methode zum Zug, die Schritt für Schritt zu einem richtigen Ergebnis führt. Vielmehr ist die Argumentation als Wahl- und Entscheidungsprozess zwischen verschiedenen Möglichkeiten inszeniert. Wenn die Argumentation auch überzeugend ist, so verbindet sich mit ihr eben kein absoluter Wahrheitsanspruch. Fernerhin ist interessant, dass das Recht nicht nur als Text gedacht wird, sondern dass auch die Akteursperspektive wertend miteingebracht wird.

³⁵ Dies kommt häufig bei Qualifikationsarbeiten vor, bei denen man sich etwas eingängiger mit bestimmten Problemen beschäftigen kann.

³⁶ Heyen, in Heyen (Hrsg.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, 1986, S. IX-XVII, IX.

³⁷ Pawlowski ([Fn. 34], S. 188) begründet dies mit einer Vermutung für den *status quo*, die einer Widerlegung hart und auch mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot.

³⁸ Riehm, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 169.

³⁹ Siehe Pilniok (Fn. 29), S. 397 (*Hervorhebung durch den Verf.*).

Die Konstruktion als Meinungsstreit nimmt nicht nur Argumente, sondern auch Akteure in den Blick und kennzeichnet diskursive Hierarchien. Bei Lichte betrachtet ist diese eine sehr rechtsrealistische Einkleidung von Streitfragen. Wenn auch das Ergebnis nicht determiniert wird, so wird doch sensibilisiert für die unterschiedlichen Akteure, die die jeweiligen Meinungen vertreten. Das Befolgen der herrschenden Meinung kann auch dazu dienen, die Pfadabhängigkeit des Rechts darzustellen und *ex ante* zu prognostizieren oder *ex post* Entscheidungen zu beschreiben. Darüber hinaus kann man auch erwägen, das Befolgen einmal eingeschlagener Pfade normativ durch Erwägungen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung abzustützen.⁴⁰ Das kann zwar keinen absoluten Befolgungsanspruch begründen, die Frage nach der Abweichung von der herrschenden Meinung wird damit aber auf die allgemeine Problemlage von Statik und Dynamik im Recht erweitert.⁴¹

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es keine festen Kriterien zur Bewertung von Meinungen gibt. Ob eine Meinung etwa herrschend ist, lässt sich durch quantitative, qualitative (Autorität des Autors bzw. der Publikationsform etc.) und temporale Aspekte begründen. Es muss plausibel gemacht werden, dass die Meinung ein fester Referenzpunkt im Diskurs ist, der regelmäßig von den entscheidenden Akteuren befolgt wird und sich gegenüber alternativen Entwürfen durchsetzt. Hat man dies festgestellt, geht von der h.M. eine gewisse Sogwirkung aus: schließt man sich ihr an, erhält man durch die Autorität argumentativen Rückenwind, sonst einen gewissen Gegenwind. Aus einer plausiblen Kennzeichnung des Meinungsstandes kann man also ableiten, wie viel Aufwand zur Stützung einer gewissen Position nötig ist. Das gibt ein Indiz dafür, wie man seine zeitlichen und argumentativen Ressourcen einsetzen sollte. Herrschende Meinungen sind nicht in Stein gemeißelt, sie sollten aber auch nicht leichtfertig übergangen werden. Wer sich mit der Eigenart und der Feststellung der herrschenden Meinung beschäftigt hat, kann diese und andere Figuren nutzen, um überzeugend und kunstgerecht zu argumentieren.

⁴⁰ Drosdeck (Fn. 4), S. 95.

⁴¹ Drosdeck (Fn. 4), S. 124 ff.