

Hans-Joachim Strauch

Methodenlehre
des gerichtlichen
Erkenntnis-
verfahrens

Prozesse richterlicher Kognition

VERLAG KARL ALBER



VERLAG KARL ALBER 

Hans-Joachim Strauch

Methodology of
judicial contentious proceedings

Processes of judicial cognition

Judicial proceedings that start with filing an action and end with a verdict are called »contentious proceedings« in procedural law, in contrast to enforcement proceedings. At the same time this term also illustrates the decisive theoretical perspective of this book: The questions: »How do the judges recognize the facts of the case?«, »How do they recognize the law?«, »How do they reach their verdict?« always and unavoidably deal with epistemological conditions and requirements for judicial verdicts.

»The« truth and »the« law are not »found« by the judge. They are »constructed« in complex cognitive processes. For these processes it is necessary to determine the patterns of description and explanation, with which we can analyze them and within this context it is necessary to mention epistemology, cognitive sciences, linguistics, semiotics (pattern recognition), form of thought and sociological patterns of explanation, for example by Luhmann and Bourdieu. All cognitive processes that are relevant for a judicial decision are in principle objects of a methodology of judicial practice.

The central theoretical perspective of this book is determined by the thought that method is to be understood as establishing coherence. By taking up the philosophical discussion about »coherence« and expanding on it, Hans-Joachim Strauch gains a sustainable theoretical approach, from which answers to questions about the »right decision« can be concluded.

The author:

Hans-Joachim Strauch, honorary professor of administrative law and legal theory at Friedrich-Schiller University in Jena. He was president of the Higher Administrative Court in Thuringia (Weimar) and judge at the Federal Administrative Court. The emphasis of his publications over the last years has been on the topics of theory of jurisdiction and fundamental epistemological questions of methodology.

Hans-Joachim Strauch

Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens

Prozesse richterlicher Kognition

Das gerichtliche Verfahren, das mit einer Klage oder Anklage beginnt und mit einem Urteil abschließt, wird in der Prozessrechtslehre im Gegensatz zum »Vollstreckungsverfahren« als »Erkenntnisverfahren« bezeichnet. – Zugleich stellt dieses Wort aber auch die entscheidende theoretische Perspektive des Buches klar: Es geht bei den Fragen: »Wie erkennt der Richter den Sachverhalt?«, »Wie erkennt er das Recht?«, »Wie kommt er zu seinem Urteil?« immer und unhintergebar um die erkenntnistheoretischen Bedingungen und Voraussetzungen richterlicher Urteilsbildung.

»Die« Wahrheit und »das« Recht werden vom Richter nicht »gefunden«. Sie werden in komplexen kognitiven Prozessen »konstruiert«. Für diese Prozesse gilt es, die Beschreibungs- und Erklärungsmuster aufzuspüren, über die wir sie analysieren können. Zu nennen sind Erkenntnistheorie, Kognitionswissenschaften, Linguistik, Semiotik (Mustererkennung), Denkformen und soziologische Erklärungsmuster, etwa die von Luhmann und Bourdieu. Denn Gegenstand einer Methodenlehre der richterlichen Praxis sind prinzipiell alle kognitiven Prozesse, die für eine richterliche Entscheidung Relevanz haben.

Die zentrale theoretische Perspektive dieses Buches wird durch den Gedanken bestimmt, dass Methode als Herstellung von Kohärenz zu verstehen ist. Indem er die philosophische Diskussion über »Kohärenz« aufgreift und weiterführt, gewinnt Hans-Joachim Strauch einen tragfähigen theoretischen Ansatz, aus dem sich auch Antworten auf die Frage nach der »richtigen Entscheidung« ableiten lassen.

Der Autor:

Hans-Joachim Strauch, Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Rechtstheorie an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, war Präsident des Thüringer Obergerichtes (Weimar) und Richter am Bundesverwaltungsgericht. Der Schwerpunkt seiner Veröffentlichungen liegt in den letzten Jahren bei den Themen Rechtsprechungstheorie und den erkenntnistheoretischen Grundfragen der Methodenlehre.

Hans-Joachim Strauch

Methodenlehre des
gerichtlichen
Erkenntnisverfahrens

Prozesse
richterlicher
Kognition

Verlag Karl Alber Freiburg/München

Für Clara, Vincent, Kasimir, und Laurenz

Originalausgabe

© VERLAG KARL ALBER
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg / München 2017
Alle Rechte vorbehalten
www.verlag-alber.de

Satz und PDF-E-Book: SatzWeise GmbH, Trier
Herstellung: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN (Buch) 978-3-495-48807-2
ISBN (PDF-E-Book) 978-3-495-81331-7

Inhalt

| | |
|--|-----------|
| Einleitung | 19 |
| Teil A: Methodik der gerichtlichen Praxis – der notwendige Wandel des Methodenbegriffs | 37 |
| Kapitel 1: Methode – ein Begriff mit vielfältigen Deutungen | 39 |
| I. Zwingende Regeln oder freie Methodenwahl? | 39 |
| II. Methode – ein Instrument für unterschiedliche Zielsetzungen | 41 |
| Kapitel 2: Methode und Methodenlehre | 44 |
| I. Methode als Handwerk | 44 |
| II. Schematismus im Vordergrund – Theorie im Hintergrund | 46 |
| 1. <i>Teleologische Auslegung und Richterbild</i> | 47 |
| 2. <i>Topische oder normative Struktur der Kanones</i> | 48 |
| 3. <i>Rekonstruktion oder Interpretation – Exkurse zur Sprachphilosophie und Hermeneutik</i> | 50 |
| III. Schlussfolgerungen | 54 |
| Kapitel 3: Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens | 56 |
| I. Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Methodik der Praxis | 57 |
| II. Die Praxis der akademischen Methodenlehre und die Methode der gerichtlichen Praxis | 59 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 4: Die »Vagheit in den Regeln« und der Methodenskeptizismus | 61 |
| I. Das Dilemma der Urteilskraft | 62 |
| II. Was heißt es, »einer Regel zu folgen«? | 63 |
| III. Wider den Methodenskeptizismus | 68 |
| Kapitel 5: Methode und Handhabungsroutinen – Erkenntnis, Habitus und Kognition | 71 |
| I. Habitus und Richtertypen | 71 |
| 1. <i>Habitus</i> | 74 |
| 2. » <i>Richtertypen</i> « | 77 |
| II. Kognition und Erkenntnisverfahren | 79 |
| 1. <i>Erkenntnis oder Dezision</i> | 81 |
| 2. <i>Kognition und Kognitionswissenschaft</i> | 84 |
| 3. » <i>Prozedurales Wissen</i> « und <i>juristische Methode</i> | 85 |
| III. Kognitive Strukturen des Habitus – Schlussfolgerungen | 88 |
| 1. <i>Habitus und Lernen</i> | 88 |
| 2. Zum » <i>Fließcharakter</i> « von <i>Habitus und normativen Regeln</i> | 90 |
| Kapitel 6: Zum Zusammenhang von Gerichtsorganisation und Methode – »Wahrung der Kohärenz« | 93 |
| I. Die Problemstellung | 94 |
| II. Rechtsmittelrecht – die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung | 95 |
| 1. <i>Die Wahrung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung als Funktion des Rechtsbehelfssystems</i> | 97 |
| 2. <i>Der Perspektivwechsel – von der Methodenlehre der Rechtswissenschaft zur Methodik der gerichtlichen Praxis</i> | 99 |
| III. Das »erkennende Gericht« | 101 |
| 1. <i>Institutionelles Denken als Befund</i> | 102 |
| 2. <i>Zuordnungsobjekt – Subjekt des Erkenntnisverfahrens?</i> | 104 |
| IV. »Wie Institutionen denken« – Kohärenz und Bindung | 104 |
| 1. <i>Erklärungsmuster</i> | 106 |
| 2. <i>Kohärenz</i> | 111 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 7: Schlussfolgerungen für die Methodik des gerichtlichen Verfahrens | 113 |
| I. Schlussfolgerungen für den Methodenbegriff | 113 |
| II. Erste Thesen zu den Rahmenbedingungen des methodischen Arbeitens | 114 |
| III. Die Perspektive des »erkennenden Richters« | 116 |
| | |
| Teil B: Kohärenz und juristische Methode | 119 |
| | |
| Kapitel 8: Kohärenz und Akzeptanz | 121 |
| I. Zum Begriff »Kohärenz« | 122 |
| 1. <i>Unterschiedliche Kohärenzphänomene – gemeinsame Struktur</i> | 123 |
| 2. <i>Kohärenz als Kriterium juristischer Methodik</i> | 124 |
| II. Die Kohärenz des Rechtsprechungsprozesses in drei Thesen | 125 |
| 1. <i>Zur ersten These</i> | 126 |
| 2. <i>Zur zweiten These</i> | 127 |
| 3. <i>Zur dritten These</i> | 128 |
| III. Die Kohärenzformel Otto Neuraths | 129 |
| IV. Der Kohärenzgedanke – seine zentrale Rolle für die Methode | 131 |
| V. Kohärenz – zum theoriehistorischen Zusammenhang | 133 |
| VI. Die Kohärenzlehre – Grundannahmen und Implikationen | 135 |
| VII. Kohärenz und Akzeptanz als ihre notwendige Bedingung | 140 |
| 1. <i>Akzeptanz</i> | 141 |
| 2. <i>Der graduelle Charakter der Kohärenz</i> | 142 |
| 3. <i>Juristisch-dogmatische Fundierung und gesellschaftliche Akzeptanz</i> | 144 |
| VIII. Akzeptanz, Konsens, Institutionen – die verfassungsrechtliche Perspektive | 151 |

| | |
|--|-----|
| Teil C: Das Erkenntnisverfahren – der Sachverhalt . . . | 155 |
| Kapitel 9: Der »Fall« als Gegenstand des »Erkenntnisprozesses«. | 157 |
| I. »Wahrheitstheorien« und »Wahrheitsfindung« | 157 |
| II. Die Perspektive des Falls | 159 |
| Kapitel 10: Philosophische Wahrheitstheorien und prozessuale Wahrheit | 162 |
| I. Wahrheitsfindung – Verfahrensrecht – Kohärenz | 163 |
| II. Die »Wahrheit« – ein prozessrechtlicher Begriff | 165 |
| 1. <i>Verhandlungsmaxime – Amtsermittlung</i> | 165 |
| 2. <i>Präklusion – oder »die Gerechtigkeit wartet nicht«</i> | 167 |
| III. Korrespondenz- und Konsenstheorie – untaugliche »tools for handling« | 168 |
| 1. <i>Korrespondenz- oder Abbildtheorie</i> | 169 |
| 2. <i>Konsenstheorie der Wahrheit</i> | 170 |
| Kapitel 11: Der Sachverhalt als Konstrukt | 175 |
| I. »Der Ball war rot« – war der Ball auch tatsächlich rot? – die prozessrechtliche Perspektive | 175 |
| II. Kohärenz einer Aussage und Nullhypothese | 180 |
| III. Der »richtige« Sachverhalt – die revisionsrechtliche und die erkenntnistheoretische Perspektive | 182 |
| Kapitel 12: Einordnung in die erkenntnistheoretische Diskussion | 185 |
| I. Die erkenntnistheoretische Perspektive | 185 |
| 1. <i>Ausgangskriterien</i> | 186 |
| 2. <i>Notwendige Reduktion des Diskussionsstandes</i> | 187 |
| II. Die entscheidenden Ansätze: Subjektivität, Vermittlung und Intersubjektivität | 187 |
| 1. <i>Zur Phänomenologie der Vermittlung</i> | 188 |
| 2. <i>Zur Phänomenologie des erkennenden Subjekts</i> | 192 |
| 3. <i>Intersubjektivität</i> | 194 |
| III. Die entscheidenden Folgerungen: Konstruktivität, Kohärenz und Akzeptanz | 196 |
| 1. <i>Konstruktivität</i> | 196 |
| 2. <i>Kohärenz</i> | 197 |
| 3. <i>Akzeptanz der Prämissen – Wissenschaft und Alltagstheorien</i> | 199 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 13: Regeln der Sachverhaltsermittlung | 207 |
| I. Grundregel | 207 |
| II. Die Sachverhaltskonstruktion – als Prozess | 208 |
| 1. <i>Parteivorbringen, Informationen und Hypothesen-</i> <i>bildung</i> | 208 |
| 2. <i>Problemfelder der »Verifizierung«</i> | 210 |
| III. Problemfelder methodischer Sachverhaltsermittlung | 211 |
| 1. <i>Der Zeugenbeweis</i> | 211 |
| 2. <i>Sachverhaltsermittlung: Kommunikation zwischen</i> <i>Zielgerichtetheit und Offenheit</i> | 223 |
| 3. <i>Der Sachverhalt – eine Verknüpfung von Indizien</i> | 235 |
| | |
| Kapitel 14: Der »richtige« Sachverhalt – Herstellung von Kohärenz | 246 |
| I. Der Sachverhalt – die drei Elemente der Kohärenz | 246 |
| 1. <i>Widerspruchsfreiheit</i> | 246 |
| 2. <i>Umfassendheit</i> | 247 |
| 3. <i>Stimmigkeit</i> | 248 |
| II. »Gesamtschau«, »Gesamtwürdigung« | 250 |
| 1. <i>Die revisionsrechtliche Sicht</i> | 250 |
| 2. <i>Die Wahrscheinlichkeitstheorie – eine allgemeine</i> <i>Lehre vom Indizienbeweis?</i> | 253 |
| 3. <i>»Gesamtschau« – kognitive Mechanismen</i> <i>(Exkurs II)</i> | 257 |
| III. Die Stimmigkeit des Sachverhaltes – das Beweismaß und die richterliche Überzeugungsbildung | 271 |
| 1. <i>Die prozessrechtliche Seite und ihre praktischen</i> <i>Probleme</i> | 272 |
| 2. <i>Wahrheit – Wahrscheinlichkeit – Gewissheit</i> | 278 |
| 3. <i>Die höchstpersönliche Verantwortung des Richters</i> <i>für seine »Gewissheit«</i> | 284 |
| | |
| Teil D: Das Erkenntnisverfahren – Determinanten der Rechtserkenntnis | 287 |
| | |
| Kapitel 15: Rechtserkenntnis – eine Frage des Vorverständnisses | 289 |
| I. Das »Recht« und die divergierenden Vorstellungen vom Recht | 289 |

| | |
|---|-----|
| II. Methodenlehre im Netz ihrer Abhängigkeiten | 290 |
| III. Determinanten der Rechtserkenntnis – ein grundlegend verändertes methodisches Vorverständnis | 293 |
| 1. <i>Der Justizsyllogismus und seine theoretischen Vorverständnisse</i> | 294 |
| 2. <i>Der veränderte Rahmen – neue theoretische Ansätze</i> | 296 |
| Kapitel 16: Rechtsprechung und Regelbindung | 299 |
| I. Notwendige Regelbindung | 300 |
| 1. <i>Der argumentationstheoretische Ansatz</i> | 300 |
| 2. <i>Gebot des Gleichheitssatzes</i> | 302 |
| 3. <i>Bindung an »Gesetz und Recht«</i> | 303 |
| II. Zur Struktur der Regel – das Toulmin-Schema | 304 |
| 1. <i>Die Begründung der Prämisse</i> | 305 |
| 2. <i>Allsätze – Regel und Ausnahme</i> | 306 |
| 3. <i>Struktur der Regelbindung</i> | 309 |
| III. Regelbindung und Richterrecht | 311 |
| 1. <i>Justizgewährleistungsanspruch</i> | 311 |
| 2. <i>Rechtserzeugung und Urteilsgründe</i> | 313 |
| 3. <i>Offene Regelungen – gesetzgeberische Gründe und die Mechanismen der Konkretisierung</i> | 316 |
| 4. <i>Wertbegriffe und Wertewandel als Problem der Regelbindung</i> | 322 |
| IV. Vertikale Struktur der Regelbindung – Gesetzesbindung und Systemtheorie | 325 |
| 1. <i>Das Gesetz – nur ein Topos?</i> | 325 |
| 2. <i>Das Mehrebenensystem – das Regelwerk der Regelbindung</i> | 327 |
| 3. <i>Der systemtheoretische Ansatz: Gesetz und strukturelle Koppelung</i> | 330 |
| Kapitel 17: Rechtsprechung und Sprache | 334 |
| I. Der Gerichtssaal als Kommunikationsraum | 335 |
| 1. <i>Alltagssprache – Fachsprache</i> | 336 |
| 2. <i>Die Janusköpfigkeit der Rechtssprache</i> | 337 |
| II. Recht und Semantik | 340 |
| 1. <i>Die Gebrauchstheorie der Bedeutung</i> | 341 |
| 2. <i>Die Gebrauchstheorie – das Gebot des korrekten Gebrauchs (Exkurs III zu Wittgenstein)</i> | 343 |

| | |
|--|------------|
| 3. Sprachspiel, Intersubjektivität und Interpretationsgemeinschaft | 345 |
| III. Juristische Semantik | 348 |
| 1. Textverstehen – ein Gedankenexperiment | 348 |
| 2. Das Spezifische juristischer Semantik | 351 |
| 3. Vom »invisible-hand Phänomen« zur gerichtlichen »Definitionscompetenz« | 352 |
| 4. Semantische Stabilität und semantische Spielräume | 354 |
| IV. Wortbedeutung – Rechtsbegriff, Hypertext und Rechts- ermittlung | 356 |
| 1. Der Rechtsbegriff – zur juristischen Begriffsbildung | 357 |
| 2. Recht als Hypertext | 359 |
| V. Die »Wortlautgrenze« | 365 |
| 1. Notwendige Differenzierungen | 367 |
| 2. Art. 103 Abs. 2 GG | 369 |
| 3. Art. 20 Abs. 3 GG und die »Wortlautgrenze« | 375 |
| 4. Zur Veranschaulichung: BAGE 137, 275–291 (sachgrundlose Befristung) | 377 |
| Kapitel 18: Recht – System – Kohärenz | 381 |
| I. Paradigmen des Systemdenkens: Positivismus – Topik – Wertsystem | 381 |
| 1. Die Begriffsjurisprudenz – Paradigma 1 | 382 |
| 2. Der Gesetzespositivismus – Paradigma 2 | 384 |
| 3. Die Topik – Paradigma 3 | 385 |
| 4. Wertsysteme – Paradigma 4 | 395 |
| 5. System und Gerechtigkeit – ein Fazit | 402 |
| II. Juristisches Systemdenken – Elemente und Funktionen | 403 |
| 1. Elemente eines juristischen Systems | 404 |
| 2. Zu den Funktionen juristischer Systeme | 413 |
| III. Systemdenken – juristische Theorien, Kohärenz und Dogmatik | 416 |
| 1. Theorien | 417 |
| 2. Kohärenz | 418 |
| 3. Dogmatik | 420 |
| IV. Rechtsdogmatik und Methode | 431 |
| 1. »Stoppregel« – kein »Negationsverbot« | 432 |
| 2. Das »Berücksichtigungsgebot« und seine methodischen Regeln | 433 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 19: Kohärenz und die Einheit der Rechtsordnung | 435 |
| I. Zum Systemcharakter des Rechtssystems | 435 |
| 1. <i>Das Rechtssystem – ein kohärentes System?</i> | 436 |
| 2. <i>Das Rechtssystem – ein Gefüge partieller, temporär kohärenter Strukturen</i> | 444 |
| II. Die Einheit der Rechtsordnung | 447 |
| 1. <i>Widersprüche und Kollisionsregeln</i> | 448 |
| 2. <i>Kohärenz und Kompetenzkonflikte – Gerichte und Rechtsordnungen im europäischen Mehrebenensystem</i> | 451 |
| Kapitel 20: Grundfragen der Gesetzesauslegung – die verfassungsrechtliche Perspektive | 455 |
| I. Das Ziel der Auslegung – der traditionelle Ausgangspunkt | 457 |
| 1. <i>Zur Begrifflichkeit</i> | 457 |
| 2. <i>Zum Streitstand – die Grundpositionen</i> | 458 |
| II. Die Vorgaben des GG aus der Perspektive historischer Auslegung – welche Maßstäbe hat der Verfassungsgeber gesetzt? | 461 |
| 1. <i>Erste Konsequenzen aus Art. 20 Abs. 3; 103 Abs. 2 GG</i> | 462 |
| 2. <i>Erste Konsequenzen aus dem Gewaltenteilungsprinzip</i> | 465 |
| 3. <i>Konsequenzen aus der Bindung an »Gesetz und Recht«</i> | 468 |
| 4. <i>Konsequenzen aus der Konkurrenz unterschiedlicher »Gesetzgeber« – »konkurrierende Bindungsformen«</i> | 476 |
| 5. <i>Zwischenbilanz</i> | 477 |
| III. Recht – ein Steuerungsinstrument oder ein selbstreferentielles System? | 478 |
| 1. <i>Recht als Schöpfung des »Volksgesistes« (Savigny)</i> | 478 |
| 2. <i>Recht als »vernünftige« Ordnung (urspr. objektive Theorie)</i> | 480 |
| 3. <i>Recht als eine vom Gesetzgeber geschaffene Ordnung</i> | 481 |
| 4. <i>Recht als politisches Steuerungsinstrument und als »objektives« Ordnungssystem</i> | 482 |
| 5. <i>Zwischenergebnis</i> | 483 |

| | |
|---|-----|
| IV. Die Absicht des Gesetzgebers – zur Problematik und Tauglichkeit der historischen Auslegung | 485 |
| 1. <i>Rüthers' Methodenkonzeption</i> | 486 |
| 2. <i>Kritik der erkenntnistheoretischen Ausgangs- positionen</i> | 488 |
| 3. <i>Die Befunde – Gesetzgebungs- und Begründungs- praxis</i> | 491 |
| 4. <i>Über die Tauglichkeit der Gesetzgebungsmaterialien als Auslegungsgrundlage</i> | 498 |
| 5. <i>Die Entstehungsgeschichte als relevanter Auslegungsgesichtspunkt – eine Typologie</i> | 504 |
| V. Gesetzesauslegung und ihre verfassungsrechtlich vorgegebene Regelstruktur | 506 |
| 1. <i>Auslegung und ihre pragmatische Ausrichtung (Subsumtion und Rechtsfortbildung – Dogmatik und der Hypertext Recht)</i> | 509 |
| 2. <i>Die Auslegungsregeln – Konzept einer kohärenten Regelstruktur</i> | 514 |
| 3. <i>Der teleologische Ansatz – Funktion und Problematik</i> | 519 |
| | |
| Teil E: Das Erkenntnisverfahren – Mustererkennung und »Fallverstehen« – Entscheidungstheorien | 527 |
| | |
| Kapitel 21: Mustererkennung und Subsumtion | 529 |
| I. Mustererkennung – ein entscheidender Modus der Rechtserkenntnis | 530 |
| 1. <i>Beispiel »Gesamtwürdigung«</i> | 531 |
| 2. <i>Beispiel »Einordnungsmuster«</i> | 532 |
| II. Subsumtion | 534 |
| 1. <i>Von der »Begriffsarbeit« zur Mustererkennung</i> | 535 |
| 2. <i>Mustererkennung statt Subsumtion</i> | 536 |
| III. Zum Wechselspiel von Subsumtion und Muster- erkennung | 537 |
| 1. <i>Das semantische Dreieck</i> | 538 |
| 2. <i>Das semantische Dreieck und der Prozess der Rechtsfortbildung</i> | 540 |
| 3. <i>Rechtsfortbildung – Rechtsgefühl, »reflektierende Urteilkraft« und Mustererkennung</i> | 542 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 22: Phänomene, Terminologie und Typologie methodisch relevanter Muster | 545 |
| I. Phänomene der Mustererkennung und Musterbildung | 545 |
| 1. <i>Einübungen in der Juristenausbildung</i> | 545 |
| 2. <i>Mustererkennungen im Prozess des »Fallverstehens«</i> | 547 |
| II. Zur Terminologie | 550 |
| 1. <i>»Schema« und »Paradigma«</i> | 551 |
| 2. <i>Leitbilder</i> | 552 |
| III. Typologie | 553 |
| 1. <i>Einordnungsmuster</i> | 554 |
| 2. <i>Rechtsanwendungsmuster</i> | 555 |
| 3. <i>Problemlösungsmuster</i> | 555 |
| 4. <i>Regelungsmuster</i> | 556 |
| 5. <i>Muster und Sachverhaltskonstituierung</i> | 557 |
| IV. Wechsel und Veränderung von Mustern | 559 |
| | |
| Kapitel 23: Juristische Muster – Theorie der Mustererkennung und Musterbildung | 561 |
| I. Vom »Hin- und Herwandern des Blicks« und dem hermeneutischen Zirkel | 563 |
| II. Subsumierende und reflektierende Urteilskraft | 565 |
| III. Die Vermittlungsfunktion von Mustern | 568 |
| IV. Gründe für den gewählten kognitionswissenschaftlichen Ansatz und zu den Grenzen der Analysierbarkeit kognitiver Prozesse | 571 |
| 1. <i>Der Richter – seine Vorurteile und Befindlichkeiten</i> | 572 |
| 2. <i>Unhintergehbare Subjektivität – rationale Struktur des analogen Erkenntnisvermögens</i> | 573 |
| V. Juristische Muster – Versuch einer kognitionswissenschaftlichen Erklärung | 574 |
| 1. <i>Kognitive Mechanismen (Exkurs III)</i> | 575 |
| 2. <i>Wir alle lernen Muster – aber nicht alle gleich gut</i> | 580 |
| | |
| Kapitel 24: Von der Mustererkennung zum Urteil – Entscheidungstheorien | 585 |
| I. Entscheidungstheorien | 585 |
| II. Entscheidungsstrategie und richterliche Praxis | 587 |
| 1. <i>Theorien der »rationalen Wahl« und reduktionistische Entscheidungsstrategien</i> | 588 |

| | |
|---|------------|
| 2. <i>Intuitiv-automatische Strategien</i> | 588 |
| III. Gemeinsame Bausteine eines kohärenztheoretischen Modells | 589 |
| IV. Gesicherte neurowissenschaftliche Grundlagen (Exkurs IV) | 591 |
| V. Die Entscheidungsfindung im Modell | 592 |
| VI. Konsistenzmaximierungsprozesse vs. »richtige Entscheidung« | 594 |
| 1. <i>Die notwendige Unterscheidung von »Konsistenz« im Sinne intuitiv-automatischer Entscheidungstheorien und »Kohärenz«</i> | 595 |
| 2. <i>Von der Mustererkennung zum Urteil – zwei grundlegende Einsichten</i> | 596 |
| | |
| Teil F: Die »richtige Entscheidung« – Herstellung von Kohärenz | 599 |
| | |
| Kapitel 25: Methoden der Praxis im Wandel | 601 |
| I. Zur Typik methodischer Regeln | 601 |
| 1. <i>Such- und Begründungsregeln</i> | 602 |
| 2. <i>Arbeits- und Anwendungsregeln</i> | 602 |
| II. Wandel durch moderne Informationstechnologien | 603 |
| III. Informationstechnik und die Methoden der Praxis | 605 |
| 1. <i>»Methode Simile«</i> | 605 |
| 2. <i>»Methode Stachelschwein«</i> | 606 |
| 3. <i>»Methode Collage« – »copy and paste«</i> | 607 |
| 4. <i>»Methode Sherlock Holmes«</i> | 609 |
| IV. Der Referenzmaßstab – das idealtypische Prüfprogramm | 612 |
| | |
| Kapitel 26: Methode als Herstellung von Kohärenz | 614 |
| I. Das Postulat der »richtigen Entscheidung« | 616 |
| 1. <i>Die »richtige Entscheidung« – eine Frage im Kontext der Methodendiskussion</i> | 616 |
| 2. <i>Die »richtige Entscheidung« als »regulative Idee«</i> | 617 |
| II. Sachverhalt, Rechtsfeststellung, Urteil – Drei Aspekte der Kohärenz | 620 |

Inhalt

| | |
|--|-----|
| III. Die Kohärenzkriterien | 622 |
| 1. <i>Widerspruchsfreiheit</i> | 623 |
| 2. <i>Umfassendheit</i> | 624 |
| 3. <i>Stimmigkeit</i> | 627 |
| IV. Herstellung von Kohärenz – Regeln und Operationen | 627 |
| 1. <i>Zum Vorgang des »Eingliederns« – Prozesse des Abgleichens</i> | 628 |
| 2. <i>Kohärenz und ihre logischen Operationen</i> | 629 |
| 3. <i>Subsumtion und Abwägung</i> | 635 |
| V. Methodik und ihre Grenzen – Offenheit und Kontingenz | 643 |
| 1. <i>Die evolutionäre Struktur des Rechts</i> | 644 |
| 2. <i>Rechtsfindung und ihre gesellschaftlichen Realitäts- koordinaten</i> | 646 |
| 3. <i>Die Grenze des methodisch nicht mehr Vertretbaren</i> | 649 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 653 |
| | |
| Abkürzungsverzeichnis | 671 |
| | |
| Stichwortverzeichnis | 675 |

Einleitung

Juristen haben ein zwiespältiges Verhältnis zu ihrer Methode. – Da ist einerseits ihr Selbstverständnis. Die Fähigkeit, auch einen unbekanntem Fall methodisch so zu lösen, dass andere, Juristen wie auch Laien, seine Einschätzung als professionelle Lösung akzeptieren können, macht die Professionalität des Juristen aus. Doch: »Grau, teurer Freund, ist alle Theorie«, sagte der Teufel (alias Mephisto) zum Scholaren und dieser stimmte freudig zu: Zum Selbstverständnis des Juristen gehört es keineswegs – und das ist die andere Seite –, dass man sich auch entsprechend ausgiebig der Methodenlehre als theoretischem Fach gewidmet hat und sich in der Methodendiskussion auskennt, wie man sich in der Rechtsprechung seines Fachgebietes auskennen muss. Man lernt die juristische Methode zumeist nicht aus Lehrbüchern und in Vorlesungen zur Methodenlehre, man lernt sie in Übungen und Klausurenkursen, aus Fallsammlungen und »Kochbüchern«. Für die methodischen Regeln schließlich, die der Richter braucht – etwa für die »Tatsachenarbeit«, den Umgang mit Präjudizien oder juristischen Datenbanken –, ist eine *theorieferne* Einübung in die Praxis dann nahezu Prinzip. Erlern werden sie im Verfahren »learning by doing« und/oder, je nach Situation, die die Proberichterin oder der Proberichter in einer Kammer antrifft, auch über »Meister-Schüler-Beziehungen«. – Das Ergebnis ist eine »**Gebrauchsmethodik**«. Methodik wird nach dem Motto gehandhabt: »Methode hat man, über Methode spricht man nicht!«¹

I.

»Methode hat man« – man hat ein Wissen um die für die tägliche Praxis notwendigen *Handwerksregeln* und *Routinen*. Wer in der

¹ A. Voßkuhle 2002, S. 175.

Routine steckt, denkt über sie nicht nach. Der Vorteil von Handlungsregeln liegt ja nicht zuletzt darin, dass sie auch ohne weiteres Nachdenken gehandhabt werden können und funktionieren. Funktionieren kann diese Gebrauchsmethodik freilich nur so lange, als die Methode, »die man hat«, die Praxis (noch) hinreichend erfasst und es der Methodenlehre, die hinter den Routinen steht, auch zugebraut wird, ihre Aufgabe zu erfüllen und die Praxis zu steuern. Beide Voraussetzungen können heute aber nicht mehr als gegeben unterstellt werden. Dafür gibt es zahlreiche Gründe. Zunächst zu denjenigen, die in der Praxis selbst liegen.

1. Ein erster Grund ergibt sich aus dem Befund, dass sich sowohl die praktischen als auch die theoretischen Bedingungen richterlicher Arbeit in den letzten Jahrzehnten z. T. so grundlegend verändert haben und noch stärker verändern werden, dass die hergebrachten methodischen Regeln – Auslegungsregeln und Subsumtion – die Praxis nicht mehr adäquat erfassen können.

Seit der Zeit, als die Juristen begannen, in nennenswertem Umfang mit gedruckten Büchern zu arbeiten, hat es keinen so einschneidenden Wandel in ihren Arbeitstechniken gegeben. Um ein konkretes Beispiel herauszugreifen: Hatte ein erstinstanzlicher Richter noch in den 1980er Jahren oft nicht mehr als einen, meist schon älteren, Standardkommentar auf seinem Schreibtisch, steht ihm heute über *Datenbanken* nahezu die gesamte relevante Rechtsprechung zur Verfügung. **Datentechnik und Informationstechnologie** bestimmen so zunehmend Techniken, Muster und Stil, mit denen der Richter Informationen aufnimmt und verarbeitet – also die Methode, die »man hat«. Auch die *Integration von Datenbanknutzung und Textproduktion* ist am juristischen Arbeitsplatz weitgehend zur Selbstverständlichkeit geworden. Und die generelle Einführung der *elektronischen Akte* wird diese Integration richterlicher Arbeit in Architektur und Strukturen der eingesetzten Informationstechnik demnächst noch um entscheidende Schritte verstärken.²

2. Zu analysieren ist aber nicht nur eine »Rechtsfindung«, die sich immer stärker von der *Auslegung zur Rechtsermittlung* über Datenbanken verschiebt. Die am Kodifikationsmodell entwickelte Aus-

² Zu diesem Zusammenhang von Informationstechnik und Methode meine Beiträge Strauch 2007 und Strauch 2009.

legungstheorie³ kann sich auch immer weniger an diesem Idealtyp eines Gesetzes bewähren. Wesentliche Entwicklungen in Rechtsgebieten wie z. B. dem Arbeits- oder Gesellschaftsrecht lassen sich mit dem herkömmlichen Instrumentarium der juristischen Methode kaum noch als methodisch abgeleitete Rechtsfindung rekonstruieren. Da eine juristische Methode immer von dem **Wechselspiel** zwischen **Gesetzgebungs-** und **Rechtsprechungspraxis** abhängig ist, ergeben sich auch aus dem *europäischen Mehrebenensystem* – nationaler Gesetzgeber, EU-Richtlinien, EuGH-Rechtsprechung – neue Anforderungen an das methodische Instrumentarium; Diskussionen über die klassischen Streitfragen um die so genannte objektive oder subjektive Auslegungstheorie gehen dann oft schon an den Gegebenheiten vorbei.

3. Ein weiterer und entscheidender Grund, über Methode zu sprechen, liegt schließlich in dem Umstand, dass die Erkenntnis- und Handlungsprozesse, die die **Sachverhaltsfeststellungen** bestimmen, für die herkömmliche Methodenlehre weitgehend außerhalb des Blickfeldes liegen. Für eine Methodik der gerichtlichen Praxis ist die Feststellung dessen, »was Sache ist«, aber von zentraler Bedeutung, und für diese Prozesse gilt es, systematisch Strukturen und Regeln zu beschreiben. »Rechtens« kann eine Entscheidung nur sein, wenn auch ihre Tatsachengrundlage »richtig« ist.

II.

Über Methode zu sprechen, kann aber nicht nur heißen, über die genannten Gründe zu diskutieren und über Abhilfen und Mängelbeseitigungen nachzudenken. Die Gründe für das Unbehagen an der Methodik liegen tiefer. Zu reden ist zunächst über das **Selbstverständnis**, mit dem Richterinnen und Richter – die im Folgenden nur noch unter der Funktionsbezeichnung »Richter« firmieren – das gerichtliche Erkenntnisverfahren eigentlich betreiben – und betreiben sollten. Aber zu fragen ist nicht nur nach dem wünschbaren Ethos und nach der richterlichen Methodenbefindlichkeit. Noch wichtiger sind die Antworten, die wir erwarten können, wenn wir die Methodenlehre auf dieses Selbstverständnis hin befragen.

³ Nachweise bei Hassemer 2004, S. 252 ff.; Strauch 2002, S. 312 ff.

1. Einen anschaulichen Einblick in das richterliche Selbstverständnis gibt die 1988 von J. Schmid u. a. durchgeführte und 1997 publizierte empirische Studie »Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt«. Bereits einleitend möchte ich auf sie näher eingehen, weil sie nicht nur dieses Selbstverständnis, sondern auch die unterschiedlichen Perspektiven der »Methodentheoretiker« und der richterlichen Praktiker hervortreten lässt. Zum anderen ist sie eine der wenigen *empirischen* Studien über methodisches Verhalten von Richtern. Zugrunde lag ihr ein Arzthaftungsfall mit drei Klageanträgen (Schmerzensgeld, monatliche Rente und Feststellungsantrag hinsichtlich der materiellen und immateriellen Schäden). Beteiligt waren 52 Richterinnen und Richter (AG, LG, OLG). Sie konnten auf ein chirurgisches und ein neurologisches Gutachten zurückgreifen sowie auch auf Krankenunterlagen und vier Zeugen. Mündliche Verhandlungen und Beweisnahmen wurden als Simulationen durchgeführt.

Auffallend waren zum einen die erheblichen Varianzen, die sich sowohl im richterlichen Entscheidungsverhalten als auch bei der Entscheidungsfindung zeigten. Die vorgelegten 51 Entscheidungen kamen zu 13 unterschiedlichen Urteilen – wobei weder die Divergenzen in den Beträgen, die bei teilweiser Stattgabe zugesprochen wurden, noch die in den herangezogenen Anspruchsgrundlagen und Begründungen berücksichtigt sind. Die Befunde, so J. Schmid in ihrem Resümee, legten »die Vermutung nahe, daß der Zufall bei der Konstitution des Rechtsfalles eine größere Rolle spielen könnte, als ihm in der Literatur bislang zugestanden wird«. ⁴ Aber nicht nur dieses Fazit über die Rolle des Zufalls fordert zum Nachdenken über Methode heraus, sondern vor allem auch die kollegialen Reaktionen auf die unterschiedlichen Ergebnisse. Sie werden wie folgt beschrieben:

»Regelmäßig wurde in den sich an die Verhandlungssimulation anschließenden Nachbefragungen nicht nur die Vermutung geäußert, wie die Mehrheit geurteilt zu haben, sondern die meisten Richter waren der Ansicht, daß der von ihnen eingeschlagene Weg die einzig »richtige« Lösung sei. Viele Richter artikulierten ihre Verwunderung darüber, daß von Kollegen eine andere Begründung vorgezogen worden sei, und sprachen in diesem Zusammenhang von der »Eindeutigkeit« des Falles. Auffällig war auch, daß viele Richter, unabhängig davon, ob sie sich der Mehrheitsmeinung oder der Minderheitsmeinung zuordneten, nach den anderen Lösungen und deren Häufigkeit fragten und diese Lösungen mit zum Teil zynischen

⁴ J. Schmid 1997a, S. 114.

Bemerkungen versahen: »absurd«, »Quatsch«, »eigentlich überhaupt nicht zu beurteilen«, »dazu konnte man nicht kommen«, »unglaublich«, »spitzfindig«, »Unschlüssigkeit wäre eine glatte Fehlentscheidung – bei so etwas werde ich giftig«, »abwegig«, »weltfremd – das sind die, die die Hose mit der Beißzange anziehen«, »nicht richtig, dies so zu behandeln«, »seltsam! ...«⁵

Hier werden offenbar nicht nüchtern unterschiedliche Ergebnisse registriert; diese Unterschiede lösen vielmehr massive Emotionen aus. Das *richterliche Selbstverständnis* – eingangs nur als professionelle Perspektive genutzt – scheint hier im Nerv getroffen. Völlig anders dagegen die Sicht des »Methodentheoretikers«: Er zeigt sich verwundert, dass die Richter mit den unterschiedlichen Ergebnissen Probleme haben. Sein Kommentar im unmittelbaren Anschluss an die Zitate: »Es scheint – bei vorsichtiger Bewertung dieses Phänomens – offensichtlich immer noch die Meinung vorzuherrschen, dass richterliche Entscheidungstätigkeit keine interpretative, sondern eine subsumtive Tätigkeit mit Richtigkeitsgewähr ist, eine Vorstellung, die ganz offensichtlich aus der der antizipierten Vereinheitlichung und Typisierung durch Präjudizien und dogmatische Konstruktionen erzielt wird.«⁶

2. Über diese unterschiedlichen Perspektiven wird in diesem Buch zu reden sein, wenn es darum geht, über Aufgabe und Zustand der juristischen Methode nachzudenken. Da ist die typische *Beobachterposition* des Theoretikers, der als Befunde eine bisher so noch nicht gesehene Rolle des »Zufalls« und auf Seiten der richterlichen Akteure theoretische Naivität und unreflektierte Vorverständnisse konstatiert. Was er nicht sieht, weil es wahrscheinlich außerhalb seiner Perspektive liegt, ist die zentrale Rolle, die das »richtige Ergebnis« für den Richter spielen muss. Wir werden also der Frage nicht ausweichen können, die jeder Methodenskeptiker schnell als Zeichen unreflektierten Methodendenkens verspotten würde: Gibt es die »**richtige Entscheidung**«? Sie gibt es sicher nicht als die objektiv einzig richtige Entscheidung, die heute mit Dworkins Bild vom allwissenden »Richter Herkules« beschrieben wird. Notwendig ist die Perspektive der »richtigen Entscheidung« aber als »**regulative Idee**«. ⁷ Zu verstehen ist diese nicht als Ideal, das auch faktisch erreichbar wäre. Zu

⁵ Th. Drosdeck 1997, S. 24.

⁶ Th. Drosdeck 1997, S. 24f.

⁷ Im Anschluss an Kant, KrV A 644/B 672; näher Kap. 26 I.

verstehen ist sie als konstruktionsbedingter Fixpunkt, ohne den wir juristische Methode – so wir diese nicht nur als Beschreibung rhetorischer Figuren verstehen – weder entwickeln noch verstehen, noch sinnvoll handhaben können. Sie ist ihr **konstituierendes Prinzip**. Sie ist auch das Prinzip, an dem sich der Richter letztlich allein der Sinnhaftigkeit seiner Praxis vergewissern kann. Insoweit gibt es auch den elementaren Zusammenhang zwischen dem Postulat der »richtigen Entscheidung« und dem **richterlichen Selbstverständnis**.

Sinnvoll zu diskutieren ist der Gedanke der »richtigen Entscheidung« aber selbst als »regulative Idee« nur, wenn davon auszugehen ist, dass die juristische Methode ihre Aufgabe, die Urteilsfindung durch Regeln zu steuern, prinzipiell auch erfüllen kann – und sie diese Funktion auch erfüllen muss, weil die Einhaltung dieser Regeln eine notwendige Bedingung für die »Richtigkeit« ist. Konkreter werden wir das Postulat der »richtigen Entscheidung« als »regulative Idee« also erst im Schlusskapitel bestimmen können (Kap. 26 I.).

3. Genau diese Voraussetzung wird jedoch in der Methodenlehre vielfach in Zweifel gezogen. Und es ist in der Tat nicht zu bestreiten, dass sich der theoretische Anspruch der Methodenlehre, Rechtsanwendung und Rechtsfindung voraussehbar und nachvollziehbar zu machen, allzu oft nicht bestätigt. Nicht die Rechtsbindung des Richters erscheint als das richtige Bild, sondern der desillusionierende Vergleich des Gerichts mit den Unberechenbarkeiten der hohen See.

Angesichts dieses Befundes sind drei grundsätzliche Reaktionen zu verzeichnen: Da sind die Methoden-Skeptiker, die nur sagen können: Anderes kann man auch nicht erwarten, denn das, was man »Rechtswissenschaft« nennt, sei bei Lichte betrachtet eigentlich nichts anderes als ein Zweig der Rhetorik, die Hoffnung auf wissenschaftlich-methodisch abgesicherte Ergebnisse sei also gleichsam a limine zum Scheitern verurteilt. Methodenlehre solle diesen rhetorischen Charakter nur verschleiern.⁸ Ein ähnliches Ergebnis intendieren Ansätze, die der philosophischen Hermeneutik folgen. Die Argumentation ließe sich hier so beschreiben: Gesetzesauslegung vollziehe

⁸ Charakteristisch Ballweg 1970; näher zur »Mainzer Schule« Lege 1999, S. 434f. Methode wird weitgehend auf Argumentationstheorie reduziert und diese wesentlich auf die Analyse der rhetorischen Figuren in den Urteilsgründen; repräsentativ die Arbeiten von K. v. Schlieffen; vgl etwa dies. 2011, JZ 2011, S. 109–116. Kritisch U. Neumann 2008, S. 239f.; H. Wohlrapp 2008, S. 148.

sich in einem hermeneutischen Prozess und diesem Prozess sei eine prinzipielle Unbestimmtheit eigen – die Unendlichkeit der Interpretation.⁹

Die dritte Reaktion, die Gegenposition, sieht demgegenüber prinzipiell Möglichkeiten, den genannten, ernüchternd negativen Befunden zum Positiven abzuhelfen; man kann diesen Weg als den Versuch beschreiben, das vorhandene Instrumentarium, das die Auslegungsregeln bieten, zu optimieren, zu schärfen und zu präzisieren. Um zur Veranschaulichung Namen und Beispiele zu nennen, seien insbesondere B. Rüthers genannt mit seiner Forderung: zurück zur subjektiven, d. h. historischen Auslegung¹⁰ oder Koch/Rüßmann mit ihrem analytisch-linguistischen Ansatz.¹¹ Dafür, dass es mit diesen Ansätzen wirklich gelungen wäre, die Rechtsanwendung berechenbarer zu machen, sind überzeugende Nachweise freilich nicht gelungen.¹² Auch die Empirie ist, wie eben gezeigt, über diese Feststellungen nicht hinausgekommen.

Ausgehend von dem Zentralelement der herkömmlichen Methodenlehre, der Gesetzesauslegung, hatte H.-J. Koch in den 90er Jahren konstatiert: »Die Diskussion um die Gesetzesauslegung pendelt seit Jahrzehnten zwischen einem vermeintlich rechtsstaatlichen, in Wahrheit nur realitätsblindem Gesetzbindungsdogmatismus einerseits und einer Bindungsskepsis.«¹³ Im Kern trifft diese Feststellung die entscheidende Diskussionslinie der 60er Jahre genauso wie die gegenwärtige.¹⁴ – Aber ist mit ihr auch bereits alles Wesentliche gesagt?

⁹ Im philosophischen Zusammenhang gut dargestellt bei D. Mersch 1993, S. 105 ff., 132 f.; aus juristischer Sicht M. Frommel 1981; D. Simon 1975, S. 74 ff.; 94 ff. Die neuere juristische Hermeneutik beruft sich zwar auf Gadamer; übergeht dabei aber, dass Heidegger und auf ihm fußend Gadamer ihre Hermeneutik ausdrücklich nicht als Methodik (miss-)verstanden wissen wollten; mit den klaren Worten Gadamers 1990, S. 3: »Die Hermeneutik [...] ist [...] nicht etwa eine Methodenlehre«.

¹⁰ Siehe u. a. Rüthers 2006, S. 56 ff.; Rüthers/Fischer/Birk 2015, Rn. 778 ff.

¹¹ Koch/Rüßmann 1982.

¹² Zum Ansatz von Rüthers ausführlich Kap. 20. Die analytischen Ansätze sind im Zusammenhang der jeweiligen Problemlagen zu erörtern – etwa der Anwendung von Wahrscheinlichkeitsberechnungen im Bereich von Indizienbeweisen.

¹³ H.-J. Koch 2003, S. 248; gehalten wurde der Vortrag 1995.

¹⁴ Die bibliographischen Kommentare von D. Simon, 1975, geben deshalb über die Grundpositionen immer noch einen guten Überblick. Aktueller der eher beschreibende Überblick über die »Haupt- und Gegenströmungen in der juristischen Methodik« von W. Krawietz 2011.

Sicher ist: Das Ideal einer Methode, die den Rechtsfindungsprozess präzise steuert, wird uns aus prinzipiellen Gründen verschlossen bleiben. Selbst bei gleichen Sachverhalten wird es immer eine Streubreite juristischer Lösungen, richterlicher Entscheidungen geben, die unaufhebbar ist. *Menschliche Kognition ist nicht programmierbar*. Dieser Punkt scheint heute keiner Diskussion mehr zu bedürfen. Doch Kognition ist eben auch nicht nur ein Prozess unergründlicher Willkür; es sind Prozesse, die analysierbar sind und Regeln folgen. Allein auf den dezisionistischen Charakter richterlicher Entscheidungsfindung¹⁵ lassen sich die grundlegenden theoretischen Einwände gegen die Möglichkeiten juristischer Methodik also nicht stützen. Viel eher bedarf die Annahme, dass für die juristische Methode *nur* diejenigen kognitiven Prozesse von Bedeutung sind, die man in *Auslegungs- und Subsumtionsregeln* greifen und begreifen kann, einer grundsätzlichen Diskussion. Und damit steht auch die theoretische Grundausrichtung der herrschenden Methodenlehre zur Diskussion: ihre hermeneutische Fixierung auf das Verstehen von Gesetzestexten.

Mit der Eröffnung einer solchen Diskussion ist aber schon ein entscheidender Wechsel in der theoretischen Perspektive vollzogen, durch die das methodische Denken bestimmt wird. Nicht, dass Gesetzestexte unwesentlich wären, aber Thema dieses Buches ist das methodische Vorgehen des Richters und dieses erschöpft sich nicht in der Gesetzesauslegung. Methodisch sollen nicht nur Rechtsanwendung (Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung eingeschlossen) und Sachverhaltsfeststellung sein; Gegenstand einer Methodenlehre der richterlichen Praxis sind prinzipiell *alle Prozesse richterlicher Kognition*, die zu einer richterlichen Entscheidung führen. – Notwendig ist also nichts weniger als eine grundlegende Neuorientierung der Methodenlehre. Diese muss mehr sein, als ein weiterer Versuch, die Konstruktionsprinzipien und Annahmen, mit denen die Methodenlehre bisher gearbeitet hat, mehr oder minder zu verbessern. Für eine **Neu-Konzeption** bedarf es vor allem eines *Paradigmenwechsels in den theoretischen Grundlagen*. Es wird deshalb ein wesentliches Ziel dieses Buches sein, zu zeigen, dass mit dem Verständnis von *juristischer Methode als Herstellung von Kohärenz* (auf allen Stufen richterlicher Informationsverarbeitung) für ein solches Konzept auch eine tragfähige theoretische Grundlage zur Verfügung steht. Der **ko-**

¹⁵ So dezidiert C. Schmitt 1912.

härenztheoretische Ansatz gibt so das Modell für eine *theoretische Struktur vor*, die es ermöglicht, die richterliche »Tatsachen- und Rechtserkenntnis« nicht nur punktuell, sondern in ihrer *Komplexität* zu erfassen.

III.

Die Grundgedanken, die dieser Neu-Konzeption der richterlichen Methodik zugrunde liegen, lassen sich in drei Thesen zusammenfassen:

Erste These: Methode ist immer auf die **Praxis**, das praktische Feld bezogen, in der sie ihren Gegenstand findet. Die Praxis der »Rechtsprechung« ist eine andere als etwa die der »Rechtswissenschaft« oder die des Klausurenschreibens. Dem hat die Methodik durch eine konsequente Ausrichtung auf die richterliche Praxis Rechnung zu tragen.¹⁶

Zweite These: Gegenstand einer Methode des »**gerichtlichen Erkenntnisverfahrens**« sind *all* die Operationen, die der Richter auf dem Weg zu einer Entscheidung in diesem Verfahren vornimmt.

Dritte These: Methode wird als **Herstellung von Kohärenz** verstanden, die alle Prozesse richterlicher Kognition umfasst – und nicht mehr nur als Beachtung explizierter Regeln, die aus dem Gesetz die richtige Ableitung dessen gewährleisten sollen, was konkret rechtens ist.

Das Methodenverständnis, das mit diesen Thesen skizziert ist, hat auch den gewählten **Titel** dieser Methodenlehre bestimmt:

1. Man kann den **Titel** zunächst durchaus konservativ verstehen: Üblicherweise und ganz selbstverständlich wird das Urteils-, Klage- oder Entscheidungsverfahren in der *Prozessrechtslehre* als »**Erkenntnisverfahren**« bezeichnet.¹⁷ In diesem Sinne dient der Begriff schlicht dazu, den *Handlungszusammenhang* abzustecken, den die Metho-

¹⁶ Es geht mir also nicht um das hergebrachte »Theorie-Praxisproblem« als Problem der Integration von Theorie und Praxis, etwa in der Juristenausbildung.

¹⁷ Vgl. etwa Rosenberg/Schwab/Gottwald Rosenberg/Schwab 2010, § 1 Rn 17; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl., 2007, § 2 I; A. Blomeyer 1985, § 3, 1.

denlehre erfassen will, und ihn von dem der Rechtswissenschaft oder dem des Rechtsanwaltes abzugrenzen. Entsprechend erfolgen auch in der Prozessrechtsliteratur keine näheren Reflexionen über die Bedeutung des Wortes »Erkenntnis« in dem Begriff des »Erkenntnisverfahrens«; man behandelt ihn mit Selbstverständlichkeit ausschließlich im Begriffsfeld der Prozessrechtsterminologie,¹⁸ d. h. zur Abgrenzung vom Vollstreckungs- und Arrestverfahren. – Im Gegensatz dazu soll der Begriff hier aber schon im Titel klarstellen, dass sich für eine Methodik des »Erkenntnisprozesses«¹⁹ immer und unhintergebar auch die Frage nach den **erkenntnistheoretischen** Bedingungen und Voraussetzungen von Sachverhaltsermittlung und Rechtskenntnis stellt.

2. Außerhalb des Begriffsfeldes der Prozessrechtsterminologie liegt dagegen der **Untertitel: »Prozesse richterlicher Kognition«**. Schon im Titel soll damit deutlich gemacht werden, dass »Erkenntnis« nicht nur auf die »Erkenntnisse« beschränkt werden darf, die sich auf deduktive, logisch zwingende Schlüsse zurückführen lassen. Nur ein *weiter Begriff des »Erkennens«*, der grundsätzlich alle kognitiven Prozesse erfasst, die zur »Entscheidung« oder, wie es in Österreich heißt, zu einem »Erkenntnis« führen, ermöglicht es auch, für Beschreibung, Analyse und das Verstehen solcher Prozesse und ihrer Mechanismen auf die Kognitionswissenschaften zurückzugreifen. Diese hat die Fokussierung auf die Logik längst aufgegeben. – »Vor hundert Jahren hätte«, schreibt etwa Anderson einleitend in dem Kapitel »Logisches Denken und Entscheidungsfindung« seines Standardlehrbuches der Kognitiven Psychologie, »ein psychologischer Text, der sich auf ›kognitive Prozesse‹ bezieht, ausschließlich das ›logische Denken‹ behandelt. Die Tatsache, daß im vorliegenden Buch nur ein Kapitel vom logischen Denken handelt, spiegelt die derzeitige Auffassung wider, derzufolge sich ein Großteil des menschlichen Denkens nicht sinnvoll unter dem Gesichtspunkt des logischen Schlußfolgerns betrachten läßt.«²⁰

Nun hat sich auch die juristische Diskussion von der Gleichung

¹⁸ Eine wesentliche Ausnahme macht die Schrift von J. Rödiger 1973, dem es um die Untersuchung des Rechtsanwendungsprozesses »in seinen logischen Strukturen« geht.

¹⁹ Schwab/Rosenberg/Gottwald 2010, a. a. O.

²⁰ J. R. Anderson 2001, S. 315.

Erkenntnis gleich logische Schlussfolgerung befreit; dem ist an dieser Stelle aber nicht nachzugehen.²¹ Hervorzuheben ist jedoch die spezielle Funktion, die dem kognitionswissenschaftlichen Ansatz für ein Zentralproblem der Methodik zukommt: die Rolle des »**Vorverständnisses**«. ²² J. Esser behandelte in seiner überaus einflussreichen Schrift »Vorverständnis und Methodenwahl«²³ die Grenzen der herkömmlichen Methodenlehre und des sogenannten Justizsyllogismus. Auf den Erkenntnisbegriff bezogen, wird mit der hermeneutischen Figur des Vorverständnisses also der Bereich abgegrenzt, der jenseits des logischen Denkens, der klaren und zwingenden Ableitung liegt. Was aber dieses Vorverständnis nun genau ist, welche Inhalte und Mechanismen hier konkret wirksam sind, blieben weitgehend ungeklärte Fragen.²⁴ Instrumente, um auf diese Fragen Antworten geben zu können, vermochte die Hermeneutik auch nicht zu entwickeln.²⁵ Mit erkenntnistheoretischen und kognitionswissenschaftlichen Ansätzen stehen solche Instrumentarien aber zur Verfügung: Prozesse der Mustererkennung, die Prägung und Steuerung von Vorverständnissen durch Interpretationsgemeinschaften, die Bedeutung von Kontexten für die Informationsverarbeitung etc. sind Stichworte zu den Prozessen, die auf ihre methodische Bedeutung hin zu analysieren sind.

IV.

Einer Methodik der richterlichen Praxis, der es entscheidend darauf ankommen muss, **alle** für die Urteilsfindung *relevanten kognitiven Prozesse* in den Blick zu nehmen, kann dies nur als **multiperspektivische** Reflexion gelingen.

²¹ Etwa durch Rückgriff auf die Arbeiten von Ch. S. Peirce und die Figur der Abduktion – vgl. dazu J. Lege 1999 u. L. Schulz 2008, S. 286, 305 ff. sowie Kap. 26 IV. 2. a.

²² Vgl. hierzu die insbesondere auf K. Larenz und J. Esser bezogene Analyse von M. Frommel 1981, S. 83 ff.

²³ J. Esser 1972.

²⁴ Zum Begriffsverständnis bei Esser: M. Frommel 1981, S. 90, 93.

²⁵ Mit den Worten D. Simons 1975, S. 96: »Angaben, wie das Vorverständnis in den Griff der Rationalität zu bringen sei, konnten von den Hermeneutikern allerdings auch billigerweise nicht erwartet werden.«

1. Warum »multiperspektivisch«? Weil die vielfältigen Prozesse, die das »Erkenntnisverfahren« ausmachen, zu einer Komplexität führen, die aus *einer* theoretischen Perspektive nicht zu erfassen ist. Theorien repräsentieren wohl nicht »die Welt« und liefern keine ausschließlichen Kriterien für »Wahrheit« und »Richtigkeit«, sie müssen aber in ihrer Funktion als »tools for handling«²⁶ verstanden und gehandhabt werden können.

So sind **konstruktivistische Theorieansätze** sehr viel besser als andere geeignet, Grundstrukturen der richterlichen Sachverhaltsfeststellung zu beschreiben: Der Sachverhalt ist ein Konstrukt. Das ist einleuchtend, wenn er auf Indizien beruht, die Tat etwa aufgrund von Zeugenaussagen dem Angeklagten zugeordnet wird. Wird diese Zuordnung dagegen auf eine DNA-Analyse gestützt, ist diese Feststellung auf eine völlig andere Weise »konstruiert« und auch in anderer Weise inter-subjektiv verbindlich. Die Argumentation mit konstruktivistischen Ansätzen soll also nicht bedeuten, dass in dieser Methodik der »Radikale Konstruktivismus« als alles erklärende »Großtheorie« übernommen wird.²⁷ Menschliche Erkenntnis ist nicht mit stets gleichem Realitätsbezug konstruiert: Wenn wir einen Voodoo-Priester beim Regenzauber und eine Sonde nach zehnjährigem Flug bei ihrer nahezu punktgenauen Landung auf einem Kometen analysieren, liegt beiden Vorgängen eine »Konstruktion von Wirklichkeit« zugrunde – beide haben jedoch einen völlig anderen Zugang zur Realität. Das gilt jedenfalls aus unserer kulturellen Erkenntnisperspektive, und anders als aus dieser Perspektive kann auch die juristische Methodik nicht reflektiert werden. Auch die **Neurowissenschaften** sind als Grundlage für eine »Großtheorie« ungeeignet. Sie haben für unsere Thematik etwa einen unverzichtbaren Erklärungswert, wenn es um die Einschätzung des Zusammenhanges von Zeugenaussagen und Gedächtnisleistungen geht, überschätzen ihren Erklärungshorizont aber augenscheinlich, wenn sie beim derzeitigen Wissensstand meinen, endgültige Antworten auf die Fragen der Willensfreiheit geben zu können.²⁸

²⁶ Nach einer Formulierung Richard Rortys, vgl. M. Frank 1992, S. 25.

²⁷ Zu Grundüberlegungen des Radikalen Konstruktivismus Strauch, JZ 2000, 1020 m. N. Zur juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht ausführlich K. I. Lee 2010.

²⁸ Zur ersten Übersicht über die inzwischen fast unübersehbare Diskussion mit grundsätzlicher Kritik an den Positionen von G. Roth und dem Neurowissenschaftler W. Singer vgl. Th. Fuchs 2010, S. 77 ff.

Die zentrale Rolle, die in dieser Methodenlehre die **Kohärenztheorie** einnimmt, steht zu der Forderung nach multiperspektivischer Reflexion nicht im Widerspruch. Denn anders als Konstruktivismus, Korrespondenz- und Diskurstheorie der Wahrheit macht die Kohärenztheorie keine Vorgaben über die Perspektive, aus der Fragen nach »Wahrheit« und »Richtigkeit« zu beantworten sind, indem sie bereits ein bestimmtes Wahrheitsverständnis voraussetzt. Wir haben es vielmehr mit einer *ihrer Struktur nach offenen Theorie* zu tun, die deshalb auch das strukturell adäquate Instrument ist, um komplexe Zusammenhänge und Prozesse aus unterschiedlichen Perspektiven erfassen und beschreiben zu können.

2. Wenn wir von einer **Bindung des Richters an Gesetz und Recht** durchaus auch als Faktum und nicht nur als kontrafaktische Idee reden können, dann beruht das mithin auf einem komplexen Geflecht sehr unterschiedlicher Mechanismen. Stark vereinfachend kann man aber zwei Ebenen unterscheiden, auf denen diese Mechanismen zu beschreiben sind: Zum einen die Ebene, auf der die **theoretische Grundstruktur** einer Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens zu entwickeln ist (insbes. Kohärenztheorie, Mustererkennung), und zum anderen die Ebene, auf der die einzelnen, sehr unterschiedlichen **methodischen Prozesse** zu analysieren und gegebenenfalls auch die dazugehörenden Regeln zu erarbeiten sind.

Beide Ebenen werden bei den Lesern auf unterschiedliche Erwartungs- und auch Verständnishorizonte treffen. Auf beiden Ebenen sind jedoch Ableitungen nötig, die auf Wissen, Denkformen und Theorien zugreifen, die außerhalb der Felder liegen, auf denen Juristen sich auskennen und die ihnen vertraut sind. Aber gerade dort, wo es für die theoretische und praktische Neuausrichtung der Methodik darum geht, neue Ansätze zu gewinnen und diese auch zu entwickeln und gegebenenfalls für die Praxis handhabbar zu machen, müssen die entsprechenden Ableitungen auch Schritt für Schritt nachvollziehbar sein. Das verlangt, dass sie aus beiden Perspektiven diskutiert werden können – aus der juristischen und aus der des philosophischen oder jeweiligen wissenschaftlichen Ansatzes. Nur so kann die juristische Methodik auch wieder Anschluss an neue wissenschaftliche und wissenschaftstheoretische Entwicklungen finden. – Aus dieser Notwendigkeit folgt aber nicht, dass der Leser dem Autor in allen theoretischen Auseinandersetzungen zwingend bis in die Einzelheiten folgen

muss, sondern für ihn unwegsame Passagen auch überfliegen oder überblättern kann, ohne Gefahr zu laufen, den Anschluss an die für die Anwendungspraxis – und das Nachdenken über sie – entscheidenden Überlegungen und Ergebnisse zu verlieren.

3. Neben den genannten zwei Ebenen hat eine Methodenlehre der gerichtlichen Praxis immer noch eine dritte Ebene in die »multiperspektivische Reflexion« einzubeziehen: die **Richterethik**. – Im Ansatz ist die hier vertretene Methoden-Konzeption »szientistisch« oder, passender, »wissenschaftsorientiert«, denn sie versucht, die kognitiven Prozesse, die zur richterlichen Entscheidung führen, mit Hilfe unterschiedlicher wissenschaftlicher Ansätze so zu erfassen, dass man sie in ihrer Regelmäßigkeit beschreiben und analysieren kann. Dieser Ansatz hat jedoch nicht zum Ziel, die Grenzen zu verwischen, die gerade hier jeder Verallgemeinerung, allen überindividuellen Regeln und Routinen gesetzt sind. Richterliche Wertungen, Gesamtwürdigungen und Feststellungen, die auf einer »Gesamtschau aller Beweisanzeichen« beruhen, haben ihren »blinden Fleck«; in der Aktion des »Erkennens« ist man nicht zugleich »objektiver Beobachter« dieser Aktion. Entsprechend werden wir bei unseren Analysen immer wieder auf Prozesse stoßen, bei denen eine Schlussfolgerung auch nur noch als »**höchstpersönlich**« charakterisiert werden kann. Auch diese Prozesse lassen sich freilich objektivieren und als Sachverhalte *reflektieren*.²⁹ Methodisches Arbeiten heißt nicht nur Beherrschung von Handwerksregeln, sondern auch, über die Richtigkeit und Angemessenheit der Methoden, »die man hat«, nachzudenken; Methodik ist reflektierter Gebrauch. Über Problemfelder, die besonders kritisch sind und auf denen auch unangemessenes richterliches Agieren besonders häufig zu beobachten ist, wird deshalb in den Prozessanalysen jeweils konkret zu sprechen sein. Gleichwohl ist zu konstatieren: Es ist der Richter, der hier »höchstpersönlich« für sein Urteil einzustehen hat. – Methode der richterlichen Praxis und Richterethik sind keine getrennten Welten. Sie gehen – oft unmerklich – ineinander über.

²⁹ Ein Versuch, dies methodisch zu tun, findet sich in verschiedenen Formen der »Supervision«.

V.

Einen Überblick über den Gedankengang und die zentralen Themenstellungen gibt die folgende **Gliederung**:

1. Als Ausgangspunkt für die nachfolgenden Erörterungen geht es im **Teil A** vornehmlich darum, den **Methodenbegriff** so zu bestimmen, dass mit ihm auch grundsätzlich alle für die richterlichen Urteils- und Entscheidungsfindung relevanten kognitiven Prozesse erfasst werden können. Am Beispiel der Auslegungsregeln ist zugleich deutlich zu machen, wie stark die methodischen Regeln *theorieabhängig* sind. Da eine regelgeleitete Anwendung wiederum selbst nicht hinreichend durch Regeln definiert werden kann, muss eine richterliche Methodenlehre mit einem *weiten* Begriff des **Erkennens** (Kognition) arbeiten. Zu erfassen sind nicht nur die (oft nicht expliziten) Anwendungsroutinen, die letztlich dafür maßgeblich sind, ob und wie in der Praxis die methodischen Regeln angewandt werden. Ins Bewusstsein zu rücken ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Erkenntnis, dass richterliches Denken nicht nur als individuelles Denken des individuellen Richters verstanden werden darf, sondern entscheidend auch institutionell geprägtes und eingebundenes Denken ist. Ohne die Perspektive der **institutionellen Einbindung** ist richterliche Methode weder theoretisch noch in der Praxis fassbar.

2. Die zentrale theoretische Perspektive dieses Buches wird durch den Gedanken bestimmt, dass **Methode als Herstellung von Kohärenz** zu verstehen ist. Ins Auge zu fassen ist unter diesem kohärenztheoretischen Ansatz das gesamte Erkenntnisverfahren – sowohl dessen einzelne Schritte als auch dessen Ergebnis: die »richtige Entscheidung«. In der philosophischen Diskussion spielt »Kohärenz« eine entscheidende Rolle als »Wahrheits«- bzw. Richtigkeitskriterium. Nutzt man diesen theoretischen Ansatz, lässt sich daraus auch eine Antwort auf die Frage nach der »richtigen Entscheidung« ableiten. Vereinfachend auf eine Faustformel gebracht, lautet sie: »Richtig« ist eine Entscheidung, für die es nach den Umständen, die dem Richter bekannt sind und die von ihm zu ermitteln waren, keine Alternative gab, die im Entscheidungszeitpunkt in sich stimmiger und damit »richtiger« gewesen wäre. – Im Schlusskapitel werden wir Tauglichkeit und praktische Relevanz dieser Formel genauer untersuchen. Vorab sind aber im **Teil B**, gleichsam in einem allgemeinen Teil, die

philosophisch-theoretischen Hintergründe der Kohärenztheorie, ihre Grundelemente – Widerspruchsfreiheit, Umfassendheit und Stimmigkeit – und ihre Bedeutung für die juristische Methodenlehre darzulegen.

Zu diskutieren sind auch die Bedingungen, auf denen diese theoretische Rolle kohärenztheoretischer Ansätze beruht. Sie liegt in der Grundstruktur pluralistischer Gesellschaften, die für ihre Antworten auf die Frage, was rechtens ist, weder mit dem Verweis auf eindeutige oder allgemein anerkannte Grundlagen noch auf zwingende und im Ergebnis nicht bestreitbare Ableitungszusammenhänge zurückgreifen können. Und alles, was wir über Sprache wissen, lässt keinen Zweifel daran, dass auch das Gesetz solche Ableitungen nicht garantieren kann. Im Ergebnis wächst deshalb anderen Mechanismen, insbesondere der »**Akzeptanz**«, eine entscheidende Vermittlerrolle zu – so problematisch diese Rolle auch sein mag.

3. Im **Teil C** geht es darum, systematisch Struktur und Regeln der **Sachverhaltsfeststellung** zu beschreiben. Die Regeln, die hier zu beachten sind, sind natürlich solche des *Prozessrechts* (Amtsermittlung, Beibringungsgrundsatz, Beweisrecht etc.). Doch die »**Tatsachenarbeit**« wird nicht nur durch Rechtsregeln bestimmt, sondern entscheidend auch durch die Art, wie der Mensch/Richter Tatsachen wahrnimmt, Zusammenhänge konstruiert und komplexe Informationen verarbeitet. Für diese Erkenntnis- und Handlungsprozesse gilt es, Regeln und Richtigkeitskriterien zu ermitteln.

4. Im Gegensatz dazu wird man im **Teil D – Determinanten der Rechtserkenntnis** – auf bekannte Thematiken stoßen: Rechtsprechung und Regelbindung, Recht und Sprache, Recht, System und Kohärenz und schließlich: Methode und Verfassung. Bei diesen Instrumentarien der Rechtsermittlung liegt die Aufgabe auch nicht so sehr darin, bisher noch nicht formulierte Regeln aufzudecken, sondern die bekannten, oft aber nur scheinbar vertrauten Regeln den Veränderungen, etwa durch die Informationstechnik, und neuen Befunden anzupassen und sie auch neu zu überdenken. Das Recht hat seine Realität nicht in den Gesetzestexten.

5. Rechtsermittlung und »Tatsachenarbeit« getrennt zu erörtern, entspricht dem methodischen Herkommen. Methodisch erfassbar wird das gerichtliche Erkenntnisverfahren aber nur als ein Prozess, in

dem Tatsachen- und Rechtserkenntnis zusammengeführt und verzahnt werden. Anknüpfen lässt sich an die berühmte Wendung Engischs vom »Hin- und Herwandern des Blicks«; zu entwickeln ist – im **Teil E** – mit dem Gedanken der **Mustererkennung** aber ein eigenständiges theoretisches Konzept. Ausgehend von der Unterscheidung Subsumtion / Mustererkennung, erfolgt die Analyse der kognitiven Prozesse, die das »Fallverstehen«, den ersten Zugriff auf den Fall ausmachen und die dem Richter zugleich die Denk- und Argumentationsfiguren vorgeben, die die kreativen Momente der Rechtsfindung im Wechselspiel von Tatsachenerfassung und richterlicher Wertung steuern und prägen und am Ende die gerichtliche Entscheidung bestimmen.

6. Da **Datentechnik und Informationstechnologie** zunehmend Techniken, Muster und Stil bestimmen, mit denen der Richter seine Fälle bearbeitet, kann eine Methodik der Praxis an diesem Befund nicht vorbeigehen. Er gibt deshalb die pragmatische Perspektive vor, unter der im *Schlusssteil F* – Kapitel 25 – die »**Methoden der Praxis**« zu beschreiben sind. Maßstäbe für eine »**richtige Entscheidung**« sind auf diesem Wege allerdings nicht zu gewinnen. Im Kontrast zu diesen »Methoden der Praxis« sind deshalb im **Kapitel 26** die Regeln und Richtigkeitskriterien, die der Richter im Prozess der Urteilsfindung zu beachten hat, im systematischen Zusammenhang darzustellen. Das **Schlusskapitel** hat mithin Antwort darauf zu geben, wie sich die Ergebnisse der Erörterungen zur Sachverhalts- und Rechtserkenntnis sowie zur Mustererkennung mit den Grundgedanken und Kriterien, die sich aus dem Verständnis von »**Methode als Herstellung von Kohärenz**« ergeben, zu einem Gesamtkonzept eines »*richtigen*« methodischen Vorgehens zusammenführen lassen.

VI.

Im Literaturverzeichnis sind die Quellen, aus denen der Verfasser geschöpft hat, alphabetisch wohl geordnet aufgeführt. Aber dieses Buch hätte vor allem ohne eine langjährige praktische Erfahrung nie entstehen können – als Richter in den drei Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, als Präsident eines Verwaltungs- und eines Oberverwaltungsgerichts, als Referent, Dozent und Tagungsleiter in der juristischen Aus- und Fortbildung. All die Kolleginnen und Kol-

Einleitung

legen persönlich zu erwähnen, denen ich diese Erfahrungen zu verdanken habe, würde allerdings ein allzu langes »Dank-Verzeichnis« erfordern. Das darf aber nicht hindern, vier Namen besonders zu nennen: Prof. Dr. Dr. h. c. Eberhard Eichenhofer, zuletzt Inhaber des Lehrstuhls für Sozialrecht und Bürgerliches Recht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Joachim Lindner, den ehemaligen Präsidenten des Thüringer Verfassungsgerichtshofes, Diplom-Psychologin Almuth Roth-Bilz und den Richter am Bundesarbeitsgericht a. D. Christoph Schmitz-Scholemann. Ihnen habe ich ganz persönlich für ihre kritische Lektüre des Manuskriptes, ihr Gespür für Unklarheiten und ihre hilfreichen Anregungen zu danken. Und so ich ihren Hinweisen nicht gefolgt bin, sind die Fehler und Unverständlichkeiten allein dem Verfasser zuzuschreiben.

Teil A

Methodik der gerichtlichen Praxis – der notwendige Wandel des Methodenbegriffs

Was ist das: Methode? Als Antwort wird man keinen »subsumtionsfähigen« Begriff erwarten können, sondern nur einen Begriff, mit dem sich sehr unterschiedliche Vorstellungen verbinden, was Methode leisten kann und soll (Kap. 1). Das gilt umso mehr, wenn an die Stelle der Vorstellungen, durch die der Methodenbegriff traditionell bestimmt war, neue und veränderte Ansätze treten. Zu diskutieren ist der Methodenbegriff in diesem Teil A also nicht nur in seinem herkömmlichen Verständnis, sondern in erster Linie in der Perspektive einer »**Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens**«. Das führt zunächst zwangsläufig zu einer Verengung der Perspektive auf die gerichtliche Praxis – also zu einer Abgrenzung gegenüber einer allgemeinen Juristischen Methode und der traditionellen (akademischen) Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Gegenläufig dazu ist die Perspektive, die eine Methodik der Praxis einnehmen muss, zu erweitern. Sie muss insbesondere auch die Mechanismen erfassen, die im Hintergrund der richterlichen Methodenanwendung mitlaufen und die *Handhabungsroutinen* entscheidend mitbestimmen. Der veränderte Methodenbegriff verlangt dann auch einen entsprechend erweiterten Erkenntnisbegriff (Kap. 5).

Wie in der Einleitung bereits betont, ist Methode die Handhabung von handwerklichen Regeln; zugleich wird aber im 2. Kapitel – an Beispielen zur Anwendung der Auslegungsregeln – zu zeigen sein, dass *theoriefrei eine Methodenlehre weder formuliert noch reflektiert* werden kann. Umgekehrt bleibt man an ihren Praxisbezug gebunden, woraus die notwendige *Eigenständigkeit* einer Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens folgt (Kap. 3). Der unmittelbare Bezug auf die Rechtsprechungspraxis lässt dann allerdings auch ein Grunddilemma aller Methode augenfällig werden: Ihre Regelanwendungen lassen sich nicht selbst wieder durch Regeln hinreichend steuern oder auch nur eindeutig beschreiben (Kap. 4).

Methode, das sind wesentlich auch Routinen. Für eine Methodik der Praxis bekommen so die Mechanismen, die das Verständnis, die Einübung und die Handhabung von Regeln bestimmen, eine entscheidende Bedeutung (Kap. 5). Methodisches Denken ist immer auch als institutionell eingebundenes Denken zu verstehen (Kap. 6).

Kapitel 1

Methode – ein Begriff mit vielfältigen Deutungen

Fragen wir, was der **Begriff** »Methode« besagt, scheint eine brauchbare Definition schnell gefunden zu sein: Methode ist ein »auf einem Regelsystem aufbauendes Verfahren, das zur Erlangung von [wissenschaftlichen] Erkenntnissen od. praktischen Ergebnissen dient«, heißt es z. B. im Fremdwörter-Duden.¹ Die Brockhaus Enzyklopädie beschreibt sie als »ein nach Gegenstand und Ziel planmäßiges (methodisches) Verfahren«² und die »Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie« als »ein nach Mittel und Zweck planmäßiges (= methodisches) Verfahren, das zu technischer Fertigkeit bei der Lösung theoretischer und praktischer Aufgaben führt«.³ Die **Methodenlehre** bestimmt sich dann als die Lehre von diesem Verfahren.

I. Zwingende Regeln oder freie Methodenwahl?

Doch in diese Definition fügt sich die juristische Methodendiskussion nur dann nahtlos ein, wenn man sie allein von ihren gängigen Regeln aus – hier den Auslegungs- und Subsumtionsregeln – bestimmt. Aber, und das ist das für Juristen entscheidende Problem, ist mit der Anwendung der Regeln zugleich auch die »richtige«, fachlich nicht mehr angreifbare Lösung garantiert? Hier wird ein Zwiespalt deutlich, den A. Podlech auf folgenden Nenner gebracht hat: Im Allgemeinen gilt: »Die *Methodenlehre* beschreibt die Kriterien, die die Frage zu entscheiden gestatten, wann ein hinreichend genau umschriebenes Problem als gelöst anzusehen ist«. Da aber »unter Juristen selten feststeht, wann ein Problem als gelöst anzusehen ist, wann also z. B. eine Entscheidung richtig [...] ist, gehen sie meist den um-

¹ Ausgabe 1997.

² 21. Aufl. 2006.

³ K. Lorenz, EPhWTh (1. Aufl.): Art. »Methode«, Bd. 2, S. 876.

gekehrten Weg. Sie versuchen nachzuweisen oder gehen davon aus, daß es *eine* richtige Methode gibt, deren richtige Anwendung das richtige Ergebnis liefert.«⁴ Beispiele bieten hier die Begriffsjurisprudenz und Vertreter der subjektiven Auslegungstheorie.

Diese letztgenannte Position, die das richtige Ergebnis durch klare und eindeutige methodische Regeln – durch **Methodensicherheit** – erreichen will, kommt exemplarisch in der Kritik zum Ausdruck, die Rüthers an vielen Stellen gegen die in der Praxis der Rechtsprechung geübte »freie Methodenwahl« geäußert hat. So zitiert er etwa den früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, W. Zeidler, mit dem lakonischen Satz: »Ach, wissen Sie, bei uns hat jeder Fall seine eigene Methode« und nimmt dies als Beleg für sein Verdikt, hier würde »methodische Grundsatzlosigkeit zum theoretischen Prinzip« erhoben.⁵ Unreflektiert bleibt dabei, dass die Lösung eines wirklich *neuen* Problems in der Regel auch ein methodisch innovatives Vorgehen verlangt – in den Naturwissenschaften eine Selbstverständlichkeit. »Methode« meint – und dies deutet sich bereits in seiner **Etymologie** an – nicht nur das Beschreiten bekannter Wege. Gebildet ist das Wort aus den griechischen Wörtern »hodos« in der Bedeutung: Weg, Gang, Wegstrecke, Art und Weise der Erklärung und der Präposition »meta« u. a. in der Bedeutung von nach, mitten, hinter, gemäß. Die naheliegenste Bedeutung ist also »im Nach-Gang« (meta-hodos). Methode weist den Weg, den man gehen muss, um zum Ziel zu kommen. Wie aber, wenn Neuland erschlossen werden muss, wenn eine Entscheidung nicht im »Nachgehen« eines bereits vorbegangenen Weges, sondern nur im Voranschreiten in noch unwegsamem Gelände getroffen werden kann? – Auch hier bleibt das Bild des »Weges« entscheidend: Der Weg muss dann so gebahnt sein, dass andere ihn, bequem Regeln folgend, nachgehen können. Er muss »nachvollziehbar« sein, es muss ein Verfahren **nach neuen Grundsätzen**⁶ sein.

Zur **Illustration** stelle man sich Examenskandidaten und den gleichen Klausurfall in den Jahren 1956 und 2011 vor, Thema: Berufszulassungsschranken. Seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts kann man von jedem Kandidaten verlangen, dass er

⁴ A. Podlech 1972, S. 492/Fn 5.

⁵ B. Rüthers 2006, S. 54; Rüthers/Fischer/Birk 2015, Rn. 704.

⁶ In Abwandlung der Definition Kants: »Wenn man etwas Methode nennen soll, so muss es ein Verfahren nach **Grundsätzen** sein«, KrV B 883.

die in der Entscheidung zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips entwickelte Dreistufentheorie kennt und den Fall »im Nachgang« zur Schrankensystematik dieses Urteils löst. Vor diesem Urteil hätte man den heute üblichen Lösungsweg von keinem der Kandidaten erwarten können und dürfen. Es spricht sogar vieles dafür, dass man einer Klausur, die diese Lösung gewählt hätte, in der Sache »methodische Grundsatzlosigkeit« vorgeworfen hätte. Der Weg, der Problematik des »einfachen« Gesetzesvorbehalts und der »leerlaufenden« Grundrechte statt über eine Wortlautinterpretation, d. h. über den Versuch einer subsumtionsfähigen Begriffsdifferenzierung zwischen »Berufswahl« und »Berufsausübung«, über das Muster des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beizukommen, gehörte noch nicht zum methodischen Repertoire.

Methode muss offen sein, sich zu einem neuen Problem überhaupt einen Weg zu bahnen oder ein altes Problem auf neuen Wegen zu lösen. Wie dies *methodisch* geschehen kann – ohne sich mit dem Hinweis zu begnügen, hier handele es sich eben um Intuition oder (juristisch) **Judiz** –, ist eines der Hauptprobleme juristischer Methodik. Einen wesentlichen Ansatz, in diesem noch wenig strukturierten Bereich das methodische Repertoire zu erweitern, sehe ich in einer Lehre der (juristischen) »**Mustererkennung**« (Teil E). Voraussetzung einer solchen Erweiterung des methodischen Repertoires ist aber, dass sowohl die »Wege«, die zu gehen sind, als auch die Instrumente und Denkformen von der Methodik nicht starr vorgegeben sind – auch nicht durch dogmatische Vorgabe des Zieles.

II. Methode – ein Instrument für unterschiedliche Zielsetzungen

Die **Ziele** juristischer Methoden, nach denen sich die »Wegführung«, d. h. die *Methodenlehre*, richten muss, sind – so wird sich im weiteren Verlauf unserer Untersuchungen zeigen – entscheidend von unserem Verständnis von dem abhängig, was »Recht« ist, wie es erkannt werden kann und was ein Urteil gewährleisten soll. Im Spiel sind mit anderen Worten grundsätzliche rechtsphilosophisch-theoretische Positionen. Nicht, um die diversen Zielkonflikte schon zu Beginn zu lösen, sondern um bei der Bestimmung dessen, was unter Methode zu verstehen ist, klarzumachen, wie unterschiedlich deren Ziele sein können, gilt es deshalb, sich diese Ziele wenigstens in einem **Tableau**

zu vergegenwärtigen. Nur so ist es möglich, eine *Zweck-Mittel-Relation* aufzustellen (welches Methodenverständnis passt zu welcher methodischen Regel?) und die Tauglichkeit konkreter methodischer Instrumentarien zu prüfen (sind sie den Zwecken adäquat?), um eine Methodenlehre theoretisch überhaupt (re)-konstruieren zu können. Allein auf eine Methodik der gerichtlichen Praxis bezogen, ergibt sich bereits hier eine Vielzahl von z. T. parallelen, z. T. konfligierenden Zielsetzungen. Methode soll:

1. eine »gerechte« Entscheidung gewährleisten;
2. soll eine »willkürliche« Entscheidung verhindern – eine Entscheidung nach den persönlichen Maßstäben des Richters;
3. soll die Nachprüfbarkeit der Entscheidung gewährleisten
 - a. für die Parteien und Beteiligte
 - b. für die Rechtsmittelinstanz
 - c. für die Öffentlichkeit
 - d. im Sinne einer grundsätzlichen Transparenz staatlichen Handelns;
4. soll die Gesetzesbindung des Richters gewährleisten;
5. soll die Einordnung in das Recht gewährleisten;
6. soll die »Einheitlichkeit der Rechtsprechung« wahren;
7. soll zu einer »richtigen Entscheidung« führen.

Während die unter 2. genannte Zielvorgabe mit allen anderen aufgeführten harmoniert, können dagegen die Ergebnisse von Entscheidungen mit den Zielen 3, 4 und 5 zwar durchaus übereinstimmen – müssen es aber keineswegs. Und darüber, ob etwa die Ziele 5 und 6 grundsätzlich identisch oder grundsätzlich zu unterscheiden sind, wird man lange streiten können. Man muss sich mit anderen Worten nur kurz in das Tableau hineindenken, um wesentliche Streitfragen der Methodendiskussion gleichsam systematisch entwickeln und aufzeichnen zu können. Die Diskussion über Maßstäbe und die entscheidenden inhaltlichen Gesichtspunkte, die als Prinzipien hinter ihnen stehen und nach denen diese Streitfragen dann konkret zu beurteilen sind, kann aber erst in den Sachkapiteln (Teile C, D, F) erfolgen. In der Sache sind dies etwa der Zusammenhang von Auslegungszielen und Demokratieprinzip (Nr. 4) und der Zusammenhang von Methode und Fragen der Werteordnung (Nr. 1) sowie die institutionelle Seite der Rechtssicherheit (Nr. 3, 5, 6). Das Postulat der »richtigen Entscheidung« (Nr. 7) ist dagegen, wie bereits in der Einleitung betont,

nicht inhaltlich, etwa auf Kriterien objektiver Richtigkeit, ausgerichtet; es gibt der Methodik als *Herstellung von Kohärenz* vielmehr ihr formales Konstitutionsprinzip vor (Kap. 26 I.).

Kapitel 2

Methode und Methodenlehre

Es divergieren aber nicht nur die Zielvorgaben, nach denen sich eine Methodenlehre der gerichtlichen Praxis ausrichten soll. Als Methodenlehre hat sie nicht nur ihre eigenen theoretischen Grundlagen und ihre rechtswissenschaftlichen Vorgaben (z. B. aus der Dogmatik und dem Verfassungsrecht) zu reflektieren und gegebenenfalls in Regeln zu transformieren. Als Gegenstand hat sie es vornehmlich mit der Methode zu tun, die als soziale Praxis auch gehandhabt wird. Hier hat sie nicht nur die Aufgabe, dieser sozialen Praxis – der Methode als praktiziertem Handwerk – Kriterien für ein »richtiges« methodisches Vorgehen an die Hand zu geben. Sie muss diese Praxis auch reflektieren und braucht dazu Instrumente zur Analyse. Erst über eine theoretische Reflexion so gewonnener Befunde, die die kritische Analyse eigener theoretischer Positionen einschließt, kann sie dann auch auf die expliziten und impliziten Regeln der Praxis zurückwirken und auf die oft changierenden Vorstellungen, die letztlich die *Handhabungen* prägen, Einfluss nehmen.

I. Methode als Handwerk

»Methode hat man, über Methode spricht man nicht!« – Das *zweispältige Verhältnis*, das Juristen gemeinhin zur theoretischen Reflexion ihrer Methode, d. h. zur Methodenlehre haben, scheint sich als Problem zunächst einfach aufzulösen. Methode verstehen sie als »*Gebrauchsmethodik*«, als **Handhabung von handwerklichen Regeln** und Anwendung von Schemata, die bei der Rechtsfindung und Rechtsanwendung systematisch abzarbeiten sind – jedenfalls bei dieser Arbeit im Hintergrund zur Kontrolle immer mitlaufen müssen, wenn die Rechts- und Tatsachenermittlung professionellen Anforderungen genügen soll. Diese Einstellung ist auch nicht nur im oberflächlichen Sinne »pragmatisch«, sie *entlastet die Praxis* von

theoretischen Diskussionen und Reflexionen, die sie im Alltagsgeschäft kaum leisten könnte.

Diese Regeln – z. B. die »Auslegungsregeln«, für die herkömmliche Methodenlehre ihr Kernstück – wollen, systematisch angewendet, wissenschaftlich abgesicherte und nachprüfbare Interpretationen der entscheidungsrelevanten Gesetzesnorm sicherstellen. Sie sind dem Juristen seit seinen Anfangssemestern vertraut. Eine Argumentation, die sie in üblicher Weise befolgt, sei es in einer Klausur, sei es in einem Urteil oder Aufsatz, kann deshalb meist an Vertrautes anschließen. Sie schafft so Vertrauen. Vergleichbar gilt das auch für die Regeln und Schemata, die wir im materiellen Recht und im Prozessrecht anwenden. Sie bilden nicht von ungefähr das Kernstück in Grundrissen und Repetitorien. Das Prüfungsschema für die »Teilnahme«, den Betrugstatbestand, die GoA, das Kondiktionsrecht und die Zulässigkeitsvoraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Klage sind Beispiele, die sich beliebig vermehren ließen.

Als »Handwerkszeug« für die Praxis sind diese Regeln und Schemata sogar geradezu davon abhängig, dass sie *losgelöst von theoretischen Hintergründen* angewandt werden können. Nur so sind sie praktikabel. Sie sind **Routinen** und es gilt für sie auch das Lob der Routine: Ihre Essenz liegt in dem »Nicht-Nachdenken-Müssen«. Eingebettet in die Übungen und Üblichkeiten der Praxis – gleichsam als geronnene Erfahrungen – überdauern und überspielen sie auch die unterschiedlichsten theoretischen Positionen derer, die sie anwenden. Als Konsequenz ergibt sich deshalb auch eine Art *struktureller Immunität der methodischen Praxis* gegenüber Forderungen, diese zu verändern.⁷ Brüche wird es nur geben, wenn diese Regeln wesentliche Bereiche des Handwerks nicht mehr erfassen und sich das Handwerk selbst wesentlich verändert. Wenn da Zweifel aufkommen, muss man eben doch nachdenken. Über gute Gründe für solche Zweifel wird unten zu reden sein (III.). Aber in der Regel funktioniert es. Wer als Jurist sein Handwerk gelernt hat und versteht, weiß, wie er als »Praktiker« einen Fall juristisch angeht.

⁷ Näher dazu Kap. 26, Vorb.

II. Schematismus im Vordergrund – Theorie im Hintergrund

Methode ist Handwerk, war eben die gleichsam beruhigende These. Methodenlehre ist aber auch Philosophie und Theorie – und dies nicht mit dem Ziel einer schönen Theorie, sondern einer auch theoretisch reflektierenden Handhabung von Regeln und Routinen. Die Notwendigkeit, uns diesen Zusammenhang von geübter Praxis und theoretischer Reflexion genauer anzusehen, zeigt sich am klarsten an den **Schnittstellen**, in denen theoretische, modellhafte Vorstellung von Praxis und die konkreten praktischen Erfahrungen in der Methodenlehre aufeinandertreffen, aber nicht mehr zusammenpassen. Wie gesagt, als »Handwerkszeug« für die Praxis sind methodische Regeln auch geradezu davon abhängig, dass sie losgelöst von theoretischen Hintergründen angewandt werden und praktikabel sind. Aber das ändert nichts daran, dass solche Regeln auf bestimmten Vorstellungen von Recht und wie Recht »gefunden« und angewandt wird oder werden soll »aufsitzen« – und so auch in der Luft hängen, wenn diese Modellvorstellungen falsch sind oder von den Erfahrungen der Rechtswirklichkeit – und auch vom Zeitgeist – nicht mehr getragen werden. *Theoriefrei kann man eine Methodenlehre weder formulieren noch reflektieren.*

Gutes *Anschauungsmaterial* für den Zwiespalt und das Zusammenspiel von dem auf der Bühne gespielten Stück »Praxis« und der im Hintergrund wirksamen theoretischen Bühnentechnik bieten auch hier die Auslegungsregeln – das Kernstück der herkömmlichen Methodenlehre. In einer Beschreibung der **Auslegungsregeln** gibt W. Hassemer sehr anschaulich wieder, was Juristen gemeinhin unter Methode verstehen und was etwa auch das Maximum dessen ist, was man als Prüfer in den juristischen Examen oder als Vortragender in Fortbildungsveranstaltungen für Richter im Wissenshorizont des Gegenüber erwarten kann:

»Den Kern einer juristischen Methodenlehre im kodifikatorischen System verdanken wir Friedrich Carl von Savigny. Er hat – gültig bis heute – vier Wege beschrieben, auf denen Gesetze sich dem Verständnis erschließen können, auf denen sich aber auch Rechtfertigung und Kritik dieses Verständnisses finden lassen. Das gibt diesen Wegen nicht nur Stabilität, sondern verschafft ihnen eine zwingende Vernünftigkeit; sie erklären sich gleichsam von selbst, wenn sie den Richter auffordern: Triff deine Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes; achte auf den systematischen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht; verfolge das Regelungsziel, das der

Gesetzgeber im Auge hatte, und richte dich nach dem Sinn, den das Gesetz heute hat. Das nenne ich: das Gesetz ernst nehmen und daraus eine Lehre für den Umgang mit dem Gesetz erschließen, die dem Gesetz gerecht wird.«⁸

Auf die Unterschiede in den Bezeichnungen und Formulierungen der Auslegungsregeln im Einzelnen kommt es mir an dieser Stelle nicht an. Es gilt aber zum einen festzuhalten, was L. Geldsetzer in seiner Einleitung zum Neudruck von Thibauts »Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts« von 1806 resümierte: »Die Namen der Kanones haben sich ein wenig geändert, der Schematismus ist aber geblieben.«⁹ Das Lob der Routine muss den Schematismus einschließen. Es gilt aber vor allem auch, sich vor Augen zu führen, dass dieser **Schematismus** zugleich täuscht. Denn mit den theoretischen Hintergründen ändern sich auch die Vorstellungen, mit denen die Kanones interpretiert und angewandt werden. Das erweist schon ein kurzer Blick auf drei klassische Streitfragen der Methodenlehre; die Stichworte dazu sind: 1. der Zusammenhang von teleologischer Auslegung und Richterbild, 2. die Frage nach der topischen oder normativen Struktur der Kanones und 3. die Fragestellung Rekonstruktion oder Interpretation.

1. *Teleologische Auslegung und Richterbild*

Es ist zwar auch heute immer noch üblich, die Methodik der Auslegung auf Savigny zurückzuführen; Hassemers Skizze ist da nur ein Beispiel. Und auch bei ihm fällt dabei, wie meist, ein ganz wesentlicher Unterschied unter den Tisch: Savigny klammerte ein zentrales Element der heutigen Auslegung aus – das **teleologische**. Die »Ein-

⁸ W. Hassemer, ZRP 2007, 215; weiter heißt es: »Das alles kommt kreuzvernünftig daher, und man kann verstehen, dass diese Regeln der Auslegung Jahrhunderte überdauert haben. Die Kraft und Verlässlichkeit der Auslegungsregeln darf man aber nicht überschätzen. Ihre Wirkung auf die Bindung des Richters hat drei schmerzliche Grenzen, an denen die Hoffnung auf vollständig kontrollierbare und streng regelgerechte richterliche Auslegung zerschellt: Die Zahl der Regeln ist nicht vollständig beschrieben, und die Kriterien der Zugehörigkeit zum Regelkreis sind nicht eindeutig; sie sind untereinander heterogen, und sie verfügen nicht über ein eindeutiges Regelwerk ihrer Anwendung. Die juristische Methode ist und bleibt ein aporetisches Instrument.«

⁹ Geldsetzer, S. XLIII in der Einleitung zum Nachdruck der 2. Aufl. von Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, Düsseldorf 1966.

sicht in den Grund des Gesetzes (ratio legis)« liegt für ihn »streng genommen außer den Grenzen jener Aufgabe« – der Aufgabe der Gesetzes-Auslegung.¹⁰ Wer der »logischen« Auslegung folgt, wie nach dem damaligen Sprachgebrauch die »teleologische« genannt wurde, »stellt sich über den Gesetzgeber und verkennt also die Grenzen des eigenen Berufs; es ist nicht mehr Auslegung die er übt, sondern wirkliche Fortbildung des Rechts.«¹¹

Die teleologische Auslegung ist mithin »ein dem reinen Richteramt nicht zukommendes Verfahren«, das »aus dem Gebiete wahrer Auslegung verwiesen werden musste.«¹² Wie Savigny in seinem Streit mit Thibaut den Beruf der Zeit für die Gesetzgebung verneinte,¹³ verneinte er auch – und wiederum gegen Thibaut – den **Beruf des Richters zur Rechtsfortbildung**. Bekanntlich konnte sich Savigny mit beiden Positionen nicht durchsetzen. Unbezweifelbar bleibt jedoch zum einen seine Erkenntnis, dass »im Einzelnen die Grenze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft sein kann«.¹⁴ Zur Konstante der Methodendiskussion wurde zum anderen auch der untrennbare Zusammenhang von Richteramt – Beruf des Richters zur Rechtsfortbildung – und Grundpositionen zum Verständnis der Auslegungsregeln. Diskussionsgegenstand sind diese Probleme heute in Gestalt der nach wie vor ungelösten Fragen um die rechtstheoretische und methodische Einordnung des »Richterrechts« und im Streit um eine Abkehr von den Irrtümern »der vermeintlich ›objektiven‹ Methode«.¹⁵

2. *Topische oder normative Struktur der Kanones*

Auch wenn das *teleologische* Element heute ein fester Bestandteil der Auslegungsregeln ist – und der Schematismus der Kanones so gleichsam lückenlos abgesichert erscheint – sind die Anwendungsregeln, nach denen diese Regeln zu handhaben sind, immer noch hoch umstritten. Für Savigny waren das grammatische, das logische, das his-

¹⁰ Savigny 1840, Bd. 1, S. 216 f.

¹¹ Savigny 1840, Bd. 1, S. 322.

¹² Savigny 1840, Bd. 1, S. 330.

¹³ Savigny 1814.

¹⁴ Savigny 1840, Bd. 1, S. 329 f.

¹⁵ B. Rütters 2006, S. 57. Ausführlich dazu Kap. 20.

torische und das systematische Element in der Tat nur Elemente der Auslegung und »nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte«. ¹⁶ Demgegenüber werden die Auslegungsregeln heute (wie übrigens schon zu Savignys Zeiten ¹⁷) überwiegend im Sinne eines »Kataloges« von Argumentationsgesichtspunkten, also eines **Topoi-Kataloges**, verstanden und gehandhabt. Zur Ermittlung normativer Inhalte werden also – um es bildlich zu formulieren – Werkzeuge eingesetzt, deren Handhabung weder hinsichtlich ihrer Einsatzbedingungen noch ihrer Rangfolge und Priorität, noch schließlich ihrer Anwendungsintensitäten näheren normativen Vorgaben unterliegen. Anders formuliert heißt das: Die Rechtsfindung ist in ihrem Kerngeschäft von normativen Bindungen freigestellt. Unter dem Gesichtspunkt der Normbindung fordert diese Position es geradezu heraus, Theorieansätze zu entwickeln, mit denen es gelingen könnte, auch die Auslegung selbst normativ zu steuern. Daher der Streit über **Rangfolge** und **normative Struktur** der Auslegungsgrundsätze. Wenn also z. B. über eine notwendige Abkehr von den Irrtümern der vermeintlich »objektiven« Methode und im Gegenzug dazu um die Anerkennung der zentralen Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung einer Rechtsnorm gestritten wird, ¹⁸ geht es genau darum, Rangfolgen normativ – etwa über das Demokratieprinzip – zu begründen.

Man kann einer solchen Position aus der langen Erfahrung der Methodendiskussion entgegenhalten, sie überschätze »sowohl die Verbindlichkeit als auch die Leistungskraft der juristischen Methodenlehre gewaltig«. ¹⁹ – Die entscheidenden Argumente für eine so formulierte Skepsis ergeben sich aber nicht nur aus einem Erfahrungswissen, sondern aus einem – auch normativ nicht überspielbaren – theoretischen Zusammenhang zwischen juristischer Methode und den **erkenntnistheoretischen Bedingungen** und Mechanismen, denen wir bei der Auslegung unterliegen. Wie man es auch immer nennen mag – ob Rechtserkenntnis, Rechtsfindung, Rechts-

¹⁶ Savigny 1840, Bd. 1, S. 215.

¹⁷ Vgl. bei Savigny das Kap. § 50 – Ansichten der Neueren von der Auslegung, 1840, Bd. 1, S. 318 ff.

¹⁸ B. Rüthers, JZ 2006, 53, 57 f.; näher dazu Rüthers/Fischer/Birk 2015, Rn. 717 ff., 778 ff., 796 ff.

¹⁹ W. Hassemer, ZRP 2007, 213, 214 gegen die zuvor geschilderte Position von Rüthers.

gewinnung –, es geht bei der Auslegung um die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen wir einen Normtext »verstehen«, seinen Sinn erfassen, was wir ihm im Hinblick auf einen konkreten Fall als Vorgabe entnehmen können etc.²⁰ Eine Methodenfrage ist es, wie dieser »**Verstehensprozess**« theoretisch zu erfassen und zu formulieren ist. Es ist aber müßig, die Art und Weise, wie wir verstehen, also den »Verstehensprozess« selbst, in normative Regeln fassen zu wollen. Kognitive Prozesse lassen sich erkennen, aber nicht normieren.

Zu den Phänomenen der Auslegungsregeln im Kaleidoskop der Methodenlehren gehören mithin nicht nur der *Schematismus*, mit dem die Kanones gelehrt und gehandhabt werden, sondern auch die mit ihnen untrennbar verbundenen – im Einzelnen sehr unterschiedlichen – theoretischen Positionen, die man als die dazugehörigen »Verstehentheorien« bezeichnen kann.

3. *Rekonstruktion oder Interpretation – Exkurse zur Sprachphilosophie und Hermeneutik*

Betreiben wir »Auslegung«, sind wir unweigerlich Mitspieler in Sprachspielen und damit den Spielregeln unterworfen, die Gegenstand der Interpretationstheorie und somit auch der **Sprachphilosophie** sind. Sehr anschaulich läßt sich dieser Zusammenhang am Beispiel der unterschiedlichen Vorstellungen belegen, die wir mit dem Begriff der **Rekonstruktion** verbinden können.

Folgen wir zunächst nochmals Savigny: Wenn er »das Geschäft der Auslegung [...] als die Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens« bestimmt²¹, gebraucht er einen Terminus, der zu seiner Zeit – d.h. in der Zeit des deutschen Idealismus – ein Modewort war.²² Zum Verständnis des damaligen Begriffsgebrauches sei aus dem Lessing-Aufsatz F. Schlegels von 1804 zitiert: »Es ist nichts schwerer, als das Denken eines andern bis in die feinere Eigentümlichkeit seines Ganzen nachkonstruieren, wahrnehmen und charakterisieren zu können [...]. Und doch kann man nur dann sagen, daß man ein Werk, einen Geist verstehe, wenn man den Gang und Glied-

²⁰ Näher dazu für das Sprachverstehen Kap. 17, für die Auslegungsregeln Kap. 20.

²¹ Savigny 1840, Bd. 1, S. 213.

²² Vgl. den Artikel »Rekonstruktion«, G. Scholtz, HWPh Bd. 8, S. 570 ff.

derbau nachkonstruieren kann«. ²³ »Reconstruction« ist als »Wiederherstellung« zu verstehen und diesen Vorgang muss man sich mit F. Schleiermacher als Rekonstruktion aus dem Allgemeinen der Sprache und der Individualität des Sprechers oder Autors denken. ²⁴ Dem Interpreten mag das gut oder schlecht gelingen; es ist aber *nicht* mitgedacht, dass es unhintergebar der Interpret selbst ist, der mit seiner Individualität die Rekonstruktion inhaltlich prägt. Die Aufgabe der Hermeneutik (im damaligen Verständnis!) sieht Schleiermacher denn auch darin, »die Rede zuerst ebenso gut und dann besser zu verstehen als ihr Urheber«. ²⁵ Es ist diese Sicht, in der auch noch die heutige Vorstellung wurzelt, das Gesetz sei klüger als der Gesetzgeber.

Die Frage ist freilich, ob wir das Interpretieren von Texten heute noch in dieser Form der »Rekonstruktion« verstehen können. Man wird sie verneinen müssen. Sprachphilosophie und der Wandel der klassischen hermeneutischen Auslegungstheorien zur »**Philosophischen Hermeneutik**« haben spätestens in der Mitte des letzten Jahrhunderts zu entscheidenden Paradigmenwechseln geführt. Diese sind auch für nahezu alle Diskussionen um die »Juristische Methode« so grundlegend, dass man die neuen Ansätze wenigstens in den Grundthesen verstanden haben muss, wenn man diesen Diskussionen folgen will.

a) Exkurs I zu Wittgenstein

In der, wie man sie genannt hat, »klassischen Referenzsemantik« ²⁶ hatte die **Sprache Abbildfunktion**. Dem Wort entsprach ein Gegenstand oder eine Idee, und das ergab seine Bedeutung. Wörter als Zeichen für Sachen. ²⁷ Noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bauten einflussreiche Philosophen ihr erkenntnistheoretisches Denken auf Korrespondenzvorstellungen auf und waren »fixiert auf ein Bild der Sprache als Abbildfunktion, durch die wahre Aussagen adäquat mit der Wirklichkeit verkoppelt werden«. ²⁸ Doch das Ziel einer

²³ Dieses Zitat fügt G. Scholtz in seinem Artikel »Rekonstruktion« zur Erläuterung der Savigny-Stelle unmittelbar an, aaO. S. 570 f.

²⁴ G. Scholtz aaO. S. 571.

²⁵ F. D. E. Schleiermacher 1999, S. 94.

²⁶ E. Braun 1996, S. 40.

²⁷ Siehe dazu J. Simon 1981, S. 107.

²⁸ M. Geier 1989, S. 101, vgl. dort auch S. 23 f.

tragfähigen »Referenztheorie der Bedeutung« wurde nie erreicht²⁹ und ist aufgegeben. Spätestens die 1953 (posthum) veröffentlichten »Philosophischen Untersuchungen« **Wittgensteins** brachten die entscheidende, sprachpragmatische Wende (**pragmatic turn**). Sie liegt in dem Grundverständnis der »Bedeutung« als »Gebrauch«. In einer Grundaussage dazu heißt es:

»Man kann für eine *große Klasse* von Fällen der Benützung des Wortes »Bedeutung« – wenn auch nicht für *alle* Fälle seiner Benützung – dieses Wort so erklären: Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.«³⁰

Wie dies genauer zu verstehen ist, wurde von Wittgenstein allerdings nie systematisch entwickelt, sondern stets nur in kurzen Gedankenexperimenten, Feststellungen, Metaphern und dialogischen Überlegungen paraphrasiert. Zentral ist die oben schon benutzte Metapher des »**Sprachspiels**«. Sie diene ihm dazu, die vielfältigen Ähnlichkeiten zwischen Sprache und Spiel deutlich werden zu lassen.³¹ Es ist die doppelte Abhängigkeit des Gebrauchs – von den konventionellen Regeln der Sprache und von den Sprachsituationen, in welchen das Wort verwendet wird –, die verstanden werden muss. Die »Analogie der Sprache mit dem Spiel« soll uns da ein Licht aufstecken³², wie Sprache und Spiel durch Regeln bestimmt und andererseits doch wieder »nicht überall von Regeln begrenzt« sind.³³ Diese Analogie wird sich im weiteren Verlauf auch für unsere eigenen Überlegungen als durchaus fruchtbar erweisen; das gilt sowohl für die juristische Auslegungsproblematik³⁴ als auch für das Problem der prinzipiellen Unvollständigkeit von Spielregeln, das die Regeln der Sprache mit der Methodik teilen (Kap. 4). Zunächst bedeutet sie aber, dass ein Text, dessen Worte ihre Bedeutungen nicht mehr unmittelbar aus einem Gegenstandsbezug gewinnen, sondern aus Gebrauch und Sprachsituation heraus erhalten, kein Gegenstand einer »Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens« (Savigny) mehr sein kann.

²⁹ J. Simon 1981, S. 75.

³⁰ L. Wittgenstein PU §43.

³¹ H.-J. Glock 2000, S. 325.

³² PU §83.

³³ PU §84 – mit Beispielen §§66, 71, 83.

³⁴ Kap. 4 II.; Kap. 17 II. 2. »Exkurs III« zu Wittgenstein.

b) Exkurs »Philosophische Hermeneutik«

Für die Diskussion in der Bundesrepublik noch einflussreicher als Wittgenstein wurde die **Philosophische Hermeneutik**, verbunden mit den Namen Heidegger und Gadamer. Dieser philosophische Ansatz war es, der nach 1960 die juristische Methodendiskussion entscheidend prägte. Als Namen seien hier etwa genannt: A. Kaufmann, J. Esser, K. Larenz, W. Hassemer, B. Rühers. Zwar wird die Hermeneutik von diesen Autoren in so unterschiedlichen Spielarten als theoretischer Ansatz genutzt, dass man bei näherem Hinsehen eher die Divergenzen findet als das Verbindende. Das mag an dieser Stelle allerdings auf sich beruhen.³⁵ – Entscheidend ist in unserem Zusammenhang die *Abkehr* der Philosophischen Hermeneutik von einem »objektivistischen Erkenntnisbegriff«, wie es A. Kaufmann formuliert hat.³⁶ Auslegung wird nicht mehr vornehmlich als Reproduktion eines vorhandenen Sinnes begriffen, sondern als kreativer Vorgang verstanden.³⁷ Gadamer spricht so ausdrücklich von der »hermeneutischen Notwendigkeit, stets über die bloße Rekonstruktion hinaus zu sein«. ³⁸ »Eine richtige Auslegung ›an sich‹ wäre« deshalb für ihn »ein gedankenloses Ideal, das das Wesen der Überlieferung verkennte«. ³⁹ Das Verstehen eines Textes läuft somit immer nur im Kontext der Überlieferung – über »Vor-Urteile«. Auf die übliche erkenntnistheoretische Vorstellung von einem erkennenden Subjekt bezogen, das frei und unvoreingenommen einem Objekt seiner Erkenntnis gegenübersteht, heißt das, dass es diesen objektiven, an der »Rekonstruktion« eines Textes unbeteiligten »Beobachter« nicht (mehr) gibt.

Wir stehen also vor einem grundsätzlichen Problem: Rechtsnormen müssen sich der Sprache bedienen. Die Sprache liefert uns aber eher höchst labile als sichere Verknüpfungen von Worten und Bedeutungen (d.h. auch Zugriff auf die »Realität«). Legen wir Texte aus, haben wir es eben nicht nur mit dem »Allgemeinen der Sprache und der Individualität des Sprechers oder Autors« (Schleiermacher) zu tun, sondern immer auch mit dem Subjekt, das einen Text immer nur nach seinen Bedingungen verstehen kann. Verstehen ist immer

³⁵ Zur Analyse vgl. etwa M. Frommel 1981; zur grundsätzlichen Kritik an der Hermeneutik als wissenschaftliche Methode B. O. Küppers 2008, S. 200 ff.

³⁶ A. Kaufmann 2004, S. 101.

³⁷ Vgl. M. Jung 2001, S. 71.

³⁸ Gadamer 1990, S. 380.

³⁹ Gadamer 1990, S. 401.

ein »Einbauen« einer Information in den eigenen Kontext. Anders kann das Ich Informationen gar nicht decodieren. Wenn wir heute über die Auslegung von Normen sprechen, wissen wir also, dass wir damit keine alle Subjekte verbindende Bedeutungsfeststellung treffen können, sondern das Verstehen von Texten, vereinfacht gesagt, *zunächst* immer subjekt- und zeitgeistabhängig ist. Selbst die Wortlautinterpretation steckt mithin voller theoretischer Implikationen und wir werden im Kapitel 17 (III. u. IV.) genau analysieren müssen, inwieweit hier intersubjektive Verbindlichkeit möglich sein kann.

III. Schlussfolgerungen

Aus den Überlegungen dieses Abschnittes sind es hauptsächlich drei Schlussfolgerungen, die wir für das weitere Nachdenken über eine Methodik der Praxis im Auge haben müssen:

1. Da ist zunächst die Grundthese, die sich aus der Analyse der *theoretischen Implikationen* um die Auslegungsregeln ergab: *Theoriefrei kann man eine Methodenlehre weder formulieren noch reflektieren.* Nur wenn das **erkenntnistheoretische Vorverständnis** als die Grundlage deutlich wird, auf der die eigenen methodischen Überlegungen aufbauen, kann der Leser sie auch reflektieren.

2. Zur **Dynamik** von Theorie und Handwerksregeln: Die – scheinbare – Konstanz im Schematismus der Auslegungsregeln bietet einen weiteren Grund zum Weiterdenken. – Spricht man von »theoretischen Implikationen« und »Vorverständnissen«, legt das die Annahme nahe, dass die Methode als Handwerk, als Routine oder als Schemaanwendung von alledem eigentlich unberührt bleibt. Aber so verhält es sich gerade nicht – weder für die Regeln noch für ihre Handhabung:

2.1 Methodische Regeln sind »Handwerkszeuge« für die Praxis und als Routinen geradezu davon abhängig, dass sie losgelöst von theoretischen Hintergründen angewandt werden können. Und damit ist auch das grundsätzliche Problem ihrer *praktischen und theoretischen Bewährung* angesprochen: Diese Regeln funktionieren nur so lange, soweit

- sie im Bewusstsein der Beteiligten wesentliche Bereiche des Handwerks auch erfassen,
- solange sich das Handwerk nicht selbst wesentlich verändert und
- solange die Regeln auch mit dem theoretischen Bewusstsein der Beteiligten noch zusammenpassen.

Wenn da Zweifel aufkommen, muss man eben doch nachdenken. Und Gründe für diese Zweifel gibt es in mehrfacher Hinsicht: Zum einen werden wesentliche Routinen der Praxis von der klassischen Methodenlehre gar nicht erfasst. Das gilt namentlich für den Bereich der *Sachverhaltsermittlung* und der *Mustererkennung*. Zum anderen haben sich die richterlichen Arbeitsweisen durch Informationstechnik (elektronische Akte) und die Routinen der *Rechtsermittlung* durch Datenbanken grundlegend verändert. Auch diese Routinen müssen in methodische Regeln gefasst werden, wenn Methode dem Anspruch gerecht werden soll, den Rechtsermittlungsprozess methodisch zu steuern.⁴⁰

2.2 Die »Janusköpfigkeit« der Methode – nämlich sowohl eine theoretische als auch eine praktische handwerkliche Seite zu haben – führt zu der generellen Feststellung eines unmittelbaren Zusammenhanges zwischen den theoretischen Vorverständnissen und der Handhabung der methodischen Regeln, Routinen und Schemata. Diese nicht im Blindflug zu handhaben, sondern sich der Abhängigkeit von Vorverständnissen immer wieder zu vergewissern, ist es, zu welchem »Berufe« wir Methodenlehre betreiben. Es ist die **Selbstreflexion der Handhabung**, die ein wesentliches Ziel dieses Buches ist.⁴¹

3. Doch zunächst müssen wir uns mit der Konsequenz beschäftigen, die sich aus der »Janusköpfigkeit« der Methode für die praktische Begrifflichkeit ergibt. Hier fordert der Praxis-Theorie-Zusammenhang eine spezifische Begrenzung der jeweiligen **Methodenlehre** auf einen bestimmten **Handlungsbereich** von juristischer Praxis, hier der *gerichtlichen Praxis*. Er schließt eine allgemeine Juristische Methode als Gegenstand einer substantiellen Methodenlehre aus. Das ist im nächsten Abschnitt näher darzulegen.

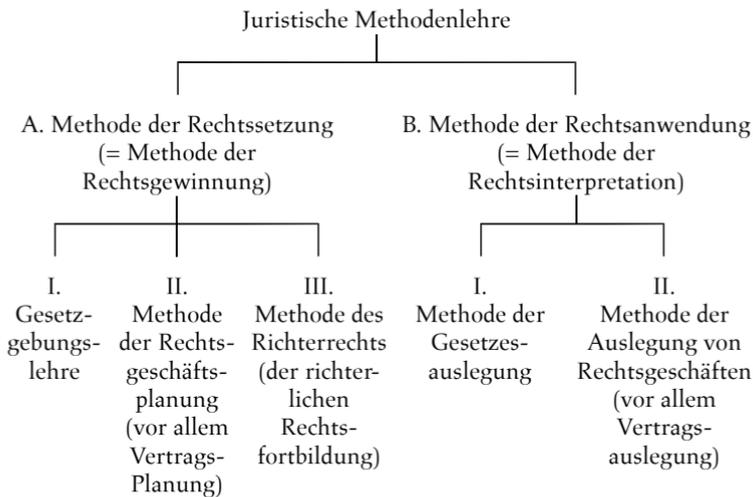
⁴⁰ Konkret thematisiert in den Beiträgen Strauch 2007 und Ders. 2009.

⁴¹ Siehe F. K. v. Savigny 1814.

Kapitel 3

Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens

Die richterliche Methode ist nur eine Methode im Feld der juristischen Methoden. Ein Tableau, das diese Weite deutlich macht und zugleich ordnet, findet sich etwa in der »Juristischen Methodenlehre« von E. A. Kramer mit folgendem Schema⁴²:



Als entscheidendes Gliederungskriterium dienen hier die Funktionsbereiche. Der Nachteil liegt darin, dass auf diese Weise typische Handlungszusammenhänge getrennt werden. Uns interessiert aber vornehmlich das *richterliche Handeln*, das hier doppelt, nämlich als Normsetzung und Normanwendung aufscheint. Aber wir sind heute weiter denn je davon entfernt, zwischen Rechtsgewinnung und Rechtsanwendung eine begrifflich saubere Trennung vornehmen zu können. Schon ein kurzer Blick auf ein schematisierendes Tableau

⁴² E. A. Kramer 1998, S. 38.

bestätigt also die Unmöglichkeit, sich *theoriefrei* über Methodik auch nur terminologisch zu verständigen. Ich will deshalb auch nicht die einzelnen Spielarten der »**Juristischen Methodenlehre**« durchdeklinieren, sondern im Folgenden nur Abgrenzungen zu einer »**Methode der Rechtswissenschaft**« (I.) und einer **akademischen Methodenlehre** (II.) vornehmen und in den folgenden Kapiteln den daraus folgenden *Perspektivwechsel* hin zu einer **Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens** aufzeigen.

I. Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Methodik der Praxis

Veränderte Vorstellungen über das, was Recht ist und wie wir es erkennen sowie die immer wieder zu betonende »Janusköpfigkeit« der Methode geben auch hier die Notwendigkeit terminologischer Differenzierungen vor. Ist Rechtsfindung wesentlich eine Sache der logischen Deduktion, die Subsumtion eine Frage richtig angewandter logischer Schlussformen und wird die Gesetzesauslegung durch die Kanones präzise vorgegeben, ist die Selbstverständlichkeit, mit der Juristen von einer *Allgemeinen Methodenlehre* ausgehen – einer Methodenlehre, die für die Rechtswissenschaft genauso gilt wie für die Praxis –, auch theoretisch durchaus konsequent. Rechtstheoretische Grundpositionen, wie sie mit dem Bild des Rechtsanwenders als Subsumtionsautomaten beschrieben werden, sind heute jedoch obsolet. Gleichwohl blieb die *Idee einer Allgemeinen Methodenlehre* bestimmend, sei es als »Juristische Methodenlehre«⁴³, sei es als »**Methodenlehre der Rechtswissenschaft**«. Nicht von ungefähr trägt das Lehrbuch von K. Larenz, das wie kein anderes die Methodendiskussion der früheren Bundesrepublik geprägt hat, den Titel »Methodenlehre der Rechtswissenschaft«. Der Anspruch, der sich mit dieser Methodik verband, war umfassend gemeint. Ihr »Gegenstand« war dem Vorwort zufolge »die ›dogmatische‹ Rechtswissenschaft mit Ein-schluß der richterlichen Fallbeurteilung«.⁴⁴

Überspielt wird so ein kategorialer Unterschied: Das »spezielle

⁴³ R. Zippelius 2012; E. A. Kramer 1998.

⁴⁴ K. Larenz 1960, S. V; übernommen auch in späteren Auflagen, in denen er aber auch von der »Jurisprudenz« spricht, so Larenz 1991, S. 243: »Methodenlehre als hermeneutische Selbstreflexion der Jurisprudenz«.

Erkenntnisziel« einer »dogmatische[n] Rechtswissenschaft«⁴⁵ ist ein anderes als das des gerichtlichen Verfahrens. Die Rechtswissenschaft hat eine andere Zielstellung als die im Rahmen des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens zu treffende Einzelfallbeurteilung. Und sie hat auch andere handwerkliche Regeln. Wie gesagt: Methodisches Denken und methodische Regeln sind immer auf eine **Praxis**, und damit auf spezifische Handlungszusammenhänge, bezogen und müssen sich an deren spezifischen Problemen bewähren.⁴⁶ Es macht deshalb einen wesentlichen Unterschied, ob das »Material«, mit dem es ein Jurist zu tun hat, also Gesetze, Literatur und gerichtliche Entscheidungen, *wissenschaftlich* und in den Handlungszusammenhängen der Rechtswissenschaft oder im Rahmen eines *konkreten Entscheidungsprozesses* von einem Gericht für eine konkret zu treffende Entscheidung verarbeitet wird. Ob ein wissenschaftlicher Beitrag oder ein Urteil in der Rechtswissenschaft oder in der Rechtsprechung Akzeptanz findet, richtet sich nach den je eigenen Beurteilungsmaßstäben – sie überschneiden sich zwar, decken sich aber nicht. Sie sind, um mit dem Soziologen P. Bourdieu zu sprechen, in Form und Inhalt an ihre jeweilig spezifischen Felder gebunden.⁴⁷ Dies lässt die herkömmlichen methodischen Regeln nicht obsolet werden. Die gegenüber der herkömmlichen Methodenlehre veränderte theoretische Perspektive verlangt aber, dass die **Erkenntnisbedingungen**, die sich aus dem Rechtsprechungsprozess selbst ergeben – seiner Organisation, seinen Traditionen, seinen prägenden Denkweisen –, nicht anders als die Muster, Techniken und Stile, mit denen der Richter Informationen aufnimmt und verarbeitet, in ihrer Eigenheit nicht nur reflektiert, sondern in eine **Methodenlehre der Praxis** auch theoretisch integriert werden müssen.

Eine Methodenlehre der Praxis ist in ihrer Eigenheit allerdings nicht nur über den Unterschied zwischen rechtswissenschaftlichem System- und Dogmatikdenken und der richterlichen Fallentscheidung zu bestimmen. Sie kann in ihrem spezifischen Handlungs- und Theorie-Praxis-Zusammenhang auch nur erfasst werden, wenn man sie in den entscheidenden Punkten vom *akademischen Modell* abgrenzt – was keine Abgrenzung von dem Modell der rechtswissenschaftlichen Methode meint, sondern von der Methode, die auf die

⁴⁵ K. Larenz 1991, S. 244 f.

⁴⁶ Strauch 2001, S. 197 ff.

⁴⁷ Ausführlicher zu Bourdieu unten Kap 5 I. 1.

Juristenausbildung ausgerichtet ist, also die, die der Jurastudent für das Klausurenschreiben einübt und durch die das Methodenbild für viele Juristen entscheidend geprägt wird.

II. Die Praxis der akademischen Methodenlehre und die Methode der gerichtlichen Praxis

Am Anfang aller juristischen Praxis steht immer ein Fall. Aber es gibt einen fundamentalen Unterschied zwischen dem »Fall« in der Praxis der Übungen und Examen *und* dem Fall in der richterlichen Praxis. Und entsprechend unterschiedlich müssen die methodischen Ansätze sein.

1. Wenn sich die akademische Methodenlehre mit dem »Fall« beschäftigt, dann ist das ein **vorgegebener Sachverhalt**. Dieser ist um ein oder mehrere juristische Probleme herumgebaut, die es zu lösen gilt – das ist dann die Falllösung. Wenn der Fall richtig gestellt, und das heißt: richtig konstruiert ist, dann sollten alle Angaben im Sachverhalt für die juristische Bearbeitung auch eine Rolle spielen. Insofern ist es – wie im Urteil – die Aufgabe, Kohärenz zwischen Sachverhalt und rechtlicher Würdigung herzustellen. Aber der Sachverhalt bleibt statisch, der Student muss ihn nur genau lesen. Er kann sich nicht nur, sondern muss sich auf ihn verlassen können; das ist gleichsam Teil der Spielregel. Es ist ein wenig so wie beim Ostereiersuchen. Man weiß, wo man suchen muss und dass dort – im Fall – die juristischen Probleme auch versteckt sind. »Rechtsanwendung« ist so im Wesentlichen Auslegung und Subsumtion – entsprechend sind es auch die zentralen Themen der akademischen Methodenlehre.

2. Der Sinn und Zweck eines Prozesses liegt dagegen in der Regel nicht darin, eine Rechtserkenntnis zu gewinnen, sondern darin, einen sozialen Konflikt zu lösen, eine Straftat zu sühnen. »Der Richter soll es richten.« Bevor der Richter aber einen »Fall« lösen kann, muss er den **Fall** erst **generieren**.

Der Richter muss den sozialen Konflikt, die »Tat« erkennen, sie jedenfalls aufnehmen, d. h., er muss die Geschichten verstehen, die ihm den Konflikt, die »Tat«, meist aus unterschiedlichen Perspektiven, erzählen und erklären sollen. Wenn er sich *lege artis* verhält, muss er dies auch auf dem Hintergrund »des Rechts«, d. h. im juris-

tischen Denk- und Handlungsraum tun. Im Vordergrund steht freilich zunächst die Operationsebene »Erkenntnis des Sachverhalts«. Diese Operation ist nur als dynamischer Prozess zu erfassen. Der »Sachverhalt« kann sich mit jedem neuen Vortrag ändern, mit jeder Beweisaufnahme, ja mit jeder Erwiderung, die unterbleibt. Mit diesen unterschiedlichen Situationen wandeln sich die rechtlichen Gesichtspunkte – oder können sich jedenfalls wandeln, wie der Sachverhalt selbst unter neuen rechtlichen Gesichtspunkten eine (vielleicht völlig) veränderte Perspektive bekommen kann.

Dieses Erfassen des »Sachverhaltes«, das Erkennen, was eigentlich »Sache« ist, ist denn auch das »Kerngeschäft«, von dem aus wir eine **Methode der richterlichen Praxis** zu formulieren haben. Nicht von ungefähr bedeutet das Wort »Sache« in seiner ursprünglichen Verwendung »Streit« im Sinne von »Rechtsstreit«. Es ist der Streit, der *Streitgegenstand*, der den **Informationsprozess** um das »Recht« und die »Tatsachen« des Erkenntnisverfahrens strukturiert, ja erst schafft – ein Fall entwickelt sich so im »*Fallverstehen*«. Eine entscheidende Rolle spielt dabei die »*Mustererkennung*« (Teil E). Gibt es hier Fehl- und Missverständnisse, erkennt der Richter nicht, was Sache ist, bekommen die Parteien vielleicht eine »richtige« Falllösung – aber zum falschen Fall.

Kapitel 4

Die »Vagheit in den Regeln« und der Methodenskeptizismus

Bislang war immer wie selbstverständlich von »Methode« die Rede. Nicht in Frage stand dabei eine Grundannahme: Sinnvoll kann man von Methode, einem methodischen Vorgehen, nur sprechen, wenn die richterliche Entscheidung mehr ist als nur Dezision, nur ein Willensakt, der vielleicht auf (unbewusste) Vorverständnisse, nicht aber auf rationale Gründe zurückzuführen ist.⁴⁸ Methode setzt mit anderen Worten voraus, dass zwischen den Wahrnehmungsreizen, aus denen unsere Informationen werden, und dem Urteil eine *Wegstrecke* des rationalen Überprüfens, Nachdenkens und Schlussfolgerns bleibt – ein Weg für methodische Reflexion und Regeln. Nur weil diese Methode der Praxis davon ausgeht, dass es diese »Wegstrecke« gibt, kann sie sich auch als Methode eines »Erkenntnisverfahrens« verstehen.

Die Skepsis, die in dem Einwand zum Ausdruck kommt, die richterliche Entscheidung beruhe vielleicht doch entscheidender auf Dezision als auf Methodik, hat allerdings auch durchaus nachdenkenswerte Gründe für sich. Menschliche Kognition ist nur begrenzt programmierbar – anders könnte sie die oft verblüffenden Anpassungsleistungen nicht erbringen, die sie ausmacht. Rechtsanwendung – insbesondere Rechtsprechung – soll zwar eine regelgeleitete Anwendung von Regeln sein. Mit dieser Aufgabe stößt die Methode aber an prinzipielle Grenzen.

In der Einleitung hatte ich die empirische Studie »Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt« mit ihrem für das richterliche Selbstverständnis nicht sehr schmeichelhaften Ergebnis bereits zitiert: 51 Richter kamen in ihren Entscheidungen über ein und denselben Fall (Arzthaftung) zu 13 unterschiedlichen Urteilen (die Unterschiede in den zugesprochenen Beträgen nicht einmal mitgerechnet). Sicher

⁴⁸ Zu nennen ist hier vor allen C. Schmitt 1912; zum Gegensatz von Dezisionismus und Dialogik R. Gröschner 1982, S. 224 ff.

sind diese Divergenzen zum Teil auch auf handwerkliche und intellektuelle Fehler und Mängel zurückzuführen: ungenaues Lesen der Schriftsätze, nicht ausgeschöpfte Beweismittel, mangelnde Sorgfalt in der Ermittlung und Differenzierung der Anspruchsnormen etc. Aber auch ohne derartige Mängel wären die Entscheidungen mit aller Wahrscheinlichkeit nicht gleichlautend ausgefallen. Auch wenn es bei der Normanwendung um die durch methodische Regeln gesteuerte Auslegung und Anwendung von normativen Regeln geht, bleibt zwangsläufig ein mehr oder minder großer Rest an offenen Entscheidungsspielräumen, der nicht in Regeln auflösbar, der nicht »programmierbar« ist. Die »Programmierbarkeit« von Rechtsprechung ist deshalb bislang immer an prinzipielle Grenzen gestoßen.

Was damit am Beispiel anschaulich werden sollte, ist die Erkenntnis, dass sich eine regelgeleitete Anwendung von Regeln nicht lückenlos durch Regeln steuern lässt. Näher zu erläutern ist sie mit den Überlegungen, mit denen sie – aus ganz unterschiedlichen Perspektiven – in der philosophischen Diskussion von Kant und Wittgenstein begründet wurde. Insbesondere die Untersuchungen L. Wittgensteins (II.) führen dann auch zu der Folgerung, dass Vagheit, Unbestimmtheit und Spielräume die steuernde Rolle von Regeln nicht aufheben. Überzeugende Gründe für einen **Methodenskeptizismus** sind sie nicht (III.).

I. Das Dilemma der Urteilskraft

Für **Kant** liegt das Problem, das uns zu beschäftigen hat, in der Eigenart unserer **Urteilskraft**.⁴⁹ Das Phänomen beschreibt er sehr anschaulich so:

»Ein Arzt ... ein Richter, oder ein Staatskundiger kann viel schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben, in dem Grade, daß er selbst darin gründlicher Lehrer werden kann, und wird dennoch in der Anwendung derselben leicht verstoßen, entweder, weil es ihm an natürlicher Urteilskraft (obgleich nicht am Verstande) mangelt, und er zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehöre, nicht unterscheiden kann, oder auch darum, weil er nicht genug durch

⁴⁹ Auf Kant und die »reflektierende Urteilskraft« wird im Kap. 23 II. ausführlich einzugehen sein.

Beispiele und wirkliche Geschäfte zu diesem Urteile abgerichtet worden. Dieses ist auch der einige und große Nutzen der Beispiele: daß sie die Urteilstkraft schärfen.«⁵⁰

Dass Kant die Urteilstkraft auch für eine Frage subjektiver Disposition hält, macht er in diesem Zusammenhang mit einer Fußnote klar: »Der Mangel an Urteilstkraft ist eigentlich das, was man Dummheit nennt, und einem solchen Gebrechen ist gar nicht abzuhelfen.«⁵¹ Unabhängig von jedem individuellen Urteilsvermögen ist für jede Methodik jedoch folgendes *Dilemma der Urteilstkraft* entscheidend: »Wollte sie nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regeln subsumieren, d.i. unterscheiden sollte, ob etwas darunter stehe oder nicht, so könnte dieses nicht anders, als wieder durch eine Regel geschehen. Diese aber erfordert eben darum, weil sie eine Regel ist, aufs neue eine Unterweisung der Urteilstkraft.«⁵² Urteilen ist also zunächst eine regelgeleitete Anwendung von Regeln. Nach welchen Regeln dann wieder die Anwendung sich zu richten hat – dafür können aber »nicht immer wiederum Regeln gegeben werden.«⁵³ Eine regelgeleitete Anwendung kann folglich selbst nicht hinreichend durch Regeln definiert werden, »weil das ins Unendliche gehen würde.«⁵⁴

II. Was heißt es, »einer Regel zu folgen«?

Während es Kant um die Analyse der Urteilstkraft als das »Vermögen, unter Regeln zu subsumieren«⁵⁵ ging, hat sich **Wittgenstein** immer wieder in unterschiedlichsten Aspekten sehr allgemein mit der Frage auseinandergesetzt, was es eigentlich bedeutet, »einer Regel zu folgen.«⁵⁶ Gleichwohl werden wir in seinem Werk eine Definition oder gar den Versuch einer logischen Rekonstruktion der Regeln, die einen Handlungszusammenhang ausmachen, vergeblich suchen. Der Kern der Aussage ist denn auch, dass man den Gebrauch solcher Regeln in

⁵⁰ Kant KrV B 173.

⁵¹ Kant KrV B 173 – Fn.

⁵² Kant KrV B 172.

⁵³ Kant, Vorbemerkung zu seiner Schrift: Über den Gemeinspruch: »Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis«, S. 275 (Akademieausgabe).

⁵⁴ AaO. S. 275.

⁵⁵ Kant KrV B 171.

⁵⁶ Immer noch grundlegend W. Stegmüller 1969, S. 524ff. und zu Wittgenstein S. 562ff.

ihren Strukturen überhaupt nicht begrifflich fassen oder abbilden kann. So bleiben – nicht anders als aus dem ersten Exkurs zur Sprachphilosophie Wittgensteins schon vertraut (Kap. 2 II. 2.) – nur Bilder und Metaphern.

Bevor ich wiederum aus den »Philosophischen Untersuchungen« zitiere, muss ich aber wohl einer durchaus naheliegenden Frage des juristischen Lesers zuvorkommen: Warum an dieser Stelle nochmals so theoretisch und warum ein Text, der zwar zu den wichtigsten philosophischen Texten des 20. Jahrhunderts gehören mag, aber nicht von ungefähr auch zu den schwierigsten?⁵⁷ Denn die »Philosophischen Untersuchungen« sind gleichsam das Gegenbild zu einem guten Lehrbuch, einem klaren juristischen Text. Statt systematischer Erörterungen und klarer Definitionen findet der Leser nur »eine fast verwirrende Vielzahl von Hinweisen und Beispielen« (Alexy⁵⁸). Versuche, diese Gedanken zu systematisieren, sind natürlich zahlreich gemacht worden.⁵⁹ – Aber man verdeckt dann genau den **Denkstil**, auf den sich der Jurist *auch* einlassen muss, wenn er reflektiert methodisch arbeiten will. Und dieser Denkstil ist es, der auch den Kern von Wittgensteins Theorie ausmacht. Dazu zunächst fünf Textstellen⁶⁰:

»§ 66. Betrachte z. B. einmal die Vorgänge, die wir »Spiele« nennen. Ich meine Brettspiele, Kartenspiele, Ballspiel, Kampfspiele, usw. Was ist allen diesen gemeinsam? – Sag nicht: »Es muß ihnen etwas gemeinsam sein, sonst hießen sie nicht »Spiele« – sondern *schau*, ob ihnen allen etwas gemeinsam ist. – Denn wenn du sie anschaust, wirst du zwar nicht etwas sehen, was *allen* gemeinsam wäre, aber du wirst Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, sehen, und zwar eine ganze Reihe. Wie gesagt: denk nicht, sondern schau! – Schau z. B. die Brettspiele an, mit ihren mannigfachen Verwandtschaften. Nun geh zu den Kartenspielen über: hier findest du viele Entsprechungen mit jener ersten Klasse, aber viele gemeinsame Züge verschwinden, andere treten auf. Wenn wir nun zu den Ballspielen übergehen, so bleibt manches Gemeinsame erhalten, aber vieles geht verloren. – Sind sie alle »*unterhaltend*? Vergleiche Schach mit dem Mühlfahren. Oder gibt es überall ein Gewinnen und Verlieren, oder eine Konkurrenz der Spielenden? Denk an die Patencen. In den Ballspielen gibt es Gewinnen und Verlieren; aber wenn ein Kind den Ball an die Wand wirft und wieder auffängt, so ist dieser Zug

⁵⁷ W. Stegmüller 1969, S. 563.

⁵⁸ R. Alexy 1983, S. 72.

⁵⁹ R. Alexy 1983, S. 72. Fn. 78.

⁶⁰ L. Wittgenstein PU § 66 ff.

verschwunden. Schau, welche Rolle Geschick und Glück spielen. Und wie verschieden ist Geschick im Schachspiel und Geschick im Tennisspiel. Denk nun an die Reigenspiele: Hier ist das Element der Unterhaltung, aber wie viele der anderen Charakterzüge sind verschwunden! Und so können wir durch die vielen, vielen anderen Gruppen von Spielen gehen, Ähnlichkeiten auftauchen und verschwinden sehen.

Und das Ergebnis dieser Betrachtung lautet nun: Wir sehen ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen.«

»§68. [...] aber ich kann es [das Wort ›Zahl‹] auch so gebrauchen, daß der Umfang des Begriffs *nicht* durch eine Grenze abgeschlossen ist. Und so verwenden wir ja das Wort ›Spiel‹. Wie ist denn der Begriff des Spiels abgeschlossen? Was ist noch ein Spiel und was ist keines mehr? Kannst du die Grenzen angeben? Nein. Du kannst welche *ziehen*: denn es sind noch keine gezogen. (Aber das hat dich noch nie gestört, wenn du das Wort ›Spiel‹ angewendet hast.)

›Aber dann ist ja die Anwendung des Wortes nicht geregelt; das ›Spiel‹, welches wir mit ihm spielen, ist nicht geregelt.« – Es ist nicht überall von Regeln begrenzt; aber es gibt ja auch keine Regel dafür z. B., wie hoch man im Tennis den Ball werfen darf, oder wie stark, aber Tennis ist doch ein Spiel und es hat auch Regeln.«

»§71 Man kann sagen, der Begriff ›Spiel‹ ist ein Begriff mit verschwommenen Rändern. – ›Aber ist ein verschwommener Begriff überhaupt ein *Begriff*?« – Ist eine unscharfe Photographie überhaupt ein Bild eines Menschen? Ja, kann man ein unscharfes Bild immer mit Vorteil durch ein scharfes ersetzen? Ist das unscharfe nicht oft gerade das, was wir brauchen?

Frege vergleicht den Begriff mit einem Bezirk und sagt: einen unklar begrenzten Bezirk könne man überhaupt keinen Bezirk nennen. Das heißt wohl, wir können mit ihm nichts anfangen. – Aber ist es sinnlos zu sagen: ›Halte dich ungefähr hier auf!‹? Denk dir, ich stünde mit einem Andern auf einem Platz und sagte dies. Dabei werde ich nicht einmal irgend eine Grenze ziehen, sondern etwa mit der Hand eine zeigende Bewegung machen – als zeigte ich ihm einen bestimmten *Punkt*. Und gerade so erklärt man etwa, was ein Spiel ist. Man gibt Beispiele und will, daß sie in einem gewissen Sinn verstanden werden. – Aber mit diesem Ausdruck meine ich nicht: er solle nun in diesen Beispielen das Gemeinsame sehen, welches ich – aus irgend einem Grunde – nicht aussprechen konnte. Sondern: er solle diese Beispiele nun in bestimmter Weise *verwenden*. Das Exemplifizieren ist hier nicht ein *indirektes* Mittel der Erklärung, – in Ermanglung eines Bessern. Denn, mißverstanden kann auch jede allgemeine Erklärung werden. So spielen wir eben das Spiel (Ich meine das Sprachspiel mit dem Wort ›Spiel‹).«

»§84. Ich sagte von der Anwendung eines Wortes: sie sei nicht überall von Regeln begrenzt. Aber wie schaut denn ein Spiel aus, das überall von Regeln begrenzt ist? dessen Regeln keinen Zweifel eindringen lassen; ihm alle Löcher verstopfen. – Können wir uns nicht eine Regel denken, die die Anwendung der Regel regelt? Und einen Zweifel, den *jene* Regel behebt – und so fort?

Aber das sagt nicht, daß wir zweifeln, weil wir uns einen Zweifel *denken* können. Ich kann mir sehr wohl denken, daß jemand jedesmal vor dem Öffnen seiner Haustür zweifelt, ob sich hinter ihr nicht ein Abgrund aufgetan hat, und daß er sich darüber vergewissert, eh' er durch die Tür tritt (und es kann sich einmal erweisen, daß er recht hatte) – aber deswegen zweifle ich im gleichen Falle doch nicht.«

»§100 ›Es ist doch kein Spiel, wenn es eine Vagheit *in den Regeln* gibt.« – Aber *ist* es dann kein Spiel? – ›Ja, vielleicht wirst du es Spiel nennen, aber es ist doch jedenfalls kein vollkommenes Spiel.« D.h.: es ist doch dann verunreinigt, und ich interessiere mich nun für dasjenige, was hier verunreinigt wurde. – Aber ich will sagen: Wir mißverstehen die Rolle, die das Ideal in unsrer Ausdrucksweise spielt. D.h.: auch wir würden es ein Spiel nennen, nur sind wir vom Ideal geblendet und sehen daher nicht deutlich die wirkliche Anwendung des Wortes ›Spiel.«

Ungeübt muss man diese Texte vielleicht zwei Mal lesen. Aber wenn wir »Spiel« auf »Normen« beziehen, dann wird das zeitgenössische Methodenbewusstsein Wittgenstein darin folgen, dass es bei der Gesetzesauslegung nahezu stets um Begriffe »mit verschwommenen Rändern« (§71) und um »Vagheit in den Regeln« (§100) geht. Mehrheitlich haben die Juristen heute wohl das Ideal des klar abgegrenzten Begriffs, der eindeutigen, allgemein geltenden Regel aufgegeben. Wittgenstein diagnostiziert es als Missverständnis: »Wir missverstehen die Rolle, die das Ideal in unsrer Ausdrucksweise spielt«, heißt es in dem zitierten §100. Aber – und das ist entscheidend – preisgegeben wird nur das »Exaktheitsideal«⁶¹, nicht der für unseren Gedankengang entscheidende Kern der Metapher um »Regel« und »Spiel«. Auch wenn z. B. das Tennisspiel »nicht überall von Regeln begrenzt« ist, so gilt gleichwohl: »Tennis ist doch ein Spiel und es hat auch Regeln« (§68). Die dialogisch gestellte Frage: »Aber ist ein verschwommener Begriff überhaupt ein *Begriff*?« beantwortet er mit einem Hinweis auf eine unscharfe Photographie und fragt in §71 rhetorisch zurück: »Ist das unscharfe nicht oft gerade das, was wir brauchen?«

⁶¹ W. Stegmüller 1969, S. 564 ff.

Anders gesagt: Wittgensteins »Untersuchungen« umkreisen exakt die Probleme, die ein zentrales Dilemma ausmachen, das wir in der juristischen Methode zu bewältigen haben. Es gehört zur täglichen Praxis des Juristen, mit prinzipieller Ungenauigkeit, Vagheit, nicht genau definierten Begriffen und Regeln, *zu Recht (!) zu kommen*; Regeln mit verschwommenen Rändern, die weder normativ noch auch nur immer bewusst sind, das Urteil aber wesentlich bestimmen. Wittgenstein formuliert aber auch Regeln, wie mit dem Dilemma umzugehen ist. Seine Aufforderung, »denk nicht, sondern schau!« (§66) heißt ja nicht, dass man das Nachdenken unterlassen soll, sondern dass die Lösung nicht im Nachdenken über das Ideal, das *Wesen eines Begriffes* liegt, sondern darin, genau hinzuschauen – schau, wie es sich mit der Sache, dem »Spiel« verhält. Was wir zunächst aus den »Philosophischen Untersuchungen« lernen können, ist also eine Anschauung darüber, wie **situationsbezogene**, möglichst genaue **Arbeit am Begriff**, an der Differenz und an der Regel zu leisten ist. Auch das sind **methodische Regeln** – Regeln, wie z. B. das herkömmliche juristische Methodeninstrumentarium – Auslegungs- und Subsumptionsregeln – zu handhaben ist.

Versuchen wir aber ein allgemeineres Fazit: Betrachten wir ein Spiel – das Tennisspiel oder das Sprachspiel⁶² –, können wir zunächst festhalten, dass es durch seine Regeln definiert ist. Als »eingespielte Praxis«⁶³ funktioniert es dann auch durch die Beachtung dieser Regeln – obwohl die Regeln vage sind und nicht exakt sein können (Wittgenstein) –, weil es prinzipiell nicht möglich ist, die Anwendung dieser Regeln durch jeweils weitere Regeln zu reglementieren (Kant). Wenn der Methodiker also nun zu fragen hat, was heißt es, einer methodischen oder Rechtsregel zu folgen, muss er vor allem nach den *Mechanismen* fragen, die dem Funktionieren von Rechtsprechung als »eingespielter Praxis« zugrunde liegen (Kap. 5 u. 6).⁶⁴ Zuvor gibt die Frage jedoch Anlass, sich mit der Position des Methodenskeptizismus auseinanderzusetzen.

⁶² Zur Parallelität – »Familienähnlichkeit« – von Spielen und Sprachspielen W. Stegmüller 1989, S. 86 ff.

⁶³ M. Geier 1989, S. 174.

⁶⁴ Die *inhaltlichen* Bedingungen – die Determinanten der Rechtserkenntnis – werden im Teil D zu erörtern sein.

III. Wider den Methodenskeptizismus

Methode als regelgeleitete Anwendung von Regeln wird mit der »Vagheit in den Regeln« (§100) in doppelter Weise in Frage gestellt: als regelgeleitete Anwendung, weil diese selbst nicht hinreichend durch klare Regeln gesteuert werden kann, und hinsichtlich ihres Gegenstandes, weil auch die Norm nur ein Phänomen mit unklaren Grenzen, verschwommenen Begriffen und entsprechend vagen Regeln ist.

Die methodische Theorie löst dieses Dilemma nur allzu oft durch eine besondere Art der Reduktion von Komplexität: Entweder blendet sie diese Unschärfen aus und konzentriert sich nur auf den herkömmlichen Schematismus der Regeln oder sie stellt die Methodik als regelgeleitete Anwendung des Rechts grundsätzlich in Frage. Eine übliche Lösung ergibt sich auch aus der betont scharfen Trennung zwischen »Herstellung« und »Darstellung« der richterlichen Entscheidung.⁶⁵ Während die Darstellung, d.h. die Begründung, einer rationalen Analyse zugänglich sei und deshalb zum Gegenstand einer »Argumentationstheorie« gemacht werden könne, sei diese Möglichkeit wegen ihres letztlich dezisionistischen Charakters auf der Ebene der Entscheidungsfindung nicht gegeben. »Methode« gilt dann tendenziell nur noch für die Begründung, nicht mehr für das Erkenntnisverfahren selbst.

Für eine differenzierte Analyse richterlichen Entscheidens ist diese Unterscheidung unverzichtbar;⁶⁶ und in der Sache findet diese Position nicht nur im Dilemma der Urteilkraft, sondern auch in der Beobachtung der Gerichtspraxis viele gute Gründe. Trotzdem greift sie zu kurz. Auch hier gilt wohl: »Der Regelskeptiker ist im Grunde ein enttäuschter Regelplatonist.«⁶⁷ Denn wie soll man sich die Ableitung einer regelorientierten Begründung aus einer »regelresistenten« Dezision vorstellen? Welche Basis und welchen Nutzen hätte eine allein auf die Darstellung konzentrierte Argumentationstheorie, die nur noch eine eigentlich nicht nachvollziehbare Entscheidung sekundär rationalisieren könnte? Der Methoden-Idealist mag den Rechtsfindungsprozess als eine Kette regelorientierter Schlussfolgerungen ohne entscheidende Lücken beschreiben. Mit dieser Ansicht würde

⁶⁵ Zur Übersicht K. Röhl 1987, S. 610 f.

⁶⁶ Vgl. etwa W. Hassemer 2004, S. 268.

⁶⁷ U. Neumann 2001, S. 253.