

HANS-JOACHIM STRAUCH

Rechtsprechungstheorie

Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz

Der Gerichtssaal ist ein Kommunikationsraum, aber ein Kommunikationsraum eigener Art. Kommuniziert werden Geschichten,¹ Tatsachen- und Rechtsbehauptungen, also Argumente, mit denen Rechtspositionen begründet oder zurückgewiesen werden sollen. Getragen sind sie keineswegs von Motiven „kooperativer Wahrheitssuche“ (Habermas) als Bedingung einer idealen Sprechsituation,² sondern von der mehr oder minder manipulativen Absicht, auf die „Wahrheitssuche“ des Richters Einfluss zu nehmen. Dieser muss sie als Argumente aufnehmen, sie in einen vorhandenen juristischen Argumentationsraum einordnen und sie dann – in den Entscheidungsgründen – argumentativ an die Parteien zurückspielen. Diesen Argumentationsprozess im Rechtsprechungsprozess gilt es aufzuklären, auch in seiner Einbettung in einen Kommunikationsprozess, der nun weder „zwanglos“ noch unter „gleichen Teilnehmern“³ stattfindet, sondern strukturell asymmetrisch ist. Es agieren vornehmlich die Professionals: der Richter, die Anwälte der Parteien, Staatsanwälte, Behördenvertreter. Sie „verstehen“ sich – jedenfalls in aller Regel – obwohl sie unterschiedliche Rollen und Interessen haben. Die Überblendung dieser kommunikativen Situation auf die eigentlichen Beteiligten, auf Kläger und Beklagte, Angeklagte, oder auf Zeugen und Zuhörer, führte mit gleicher Regelmäßigkeit zu einer völligen Fehleinschätzung: Die Nicht-Professionellen verstehen von dem Prozessgeschehen meist nur wenig. Sie nehmen an diesem Kommunikationsprozess grundsätzlich nicht gleichberechtigt teil.

Formulieren wir es systemtheoretisch, spiegelt sich in dieser Asymmetrie, dem Misslingen von Kommunikation, genau die Systemdifferenz zwischen dem Rechtssystem und der Gesellschaft. Ob die System-

¹ Dazu näher unten I. 4. und Fn. 78.

² JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. 4. Aufl., Frankfurt am Main 1987, 48. Ursprünglich hatte Habermas Gerichtsverhandlungen als strategisches Handeln konzipiert, 62.

³ JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main 1999, 48.

Umwelt-Differenz, die da aufscheint, wirklich so autopoietisch und damit gleichsam naturnotwendig ist, wie in der Systemtheorie gemeint, kann hier dahinstehen.⁴ Aber sicher scheint doch zu sein, dass der Gerichtssaal deshalb auch nicht als ein Ort des herrschaftsfreien Diskurses verstanden werden kann. Jeder Diskurs im Prozess ist durch das Prozessrecht strukturiert – oder mit anderen Worten: ritualisiert – und er ist wesensmäßig zeitlich begrenzt. Jacques Derrida hat dafür die schöne Formulierung „die Gerechtigkeit wartet nicht“ gefunden und die Aporie, die sich dahinter verbirgt, unter der Überschrift „Die Dringlichkeit, die den Horizont des Wissens versperrt“⁵ beschrieben.

Eine Analyse der Funktionsweise(n) des Rechtsprechungsprozesses, um die es bei der Entwicklung einer *Rechtssprechungslehre*⁶ geht, wird also nicht bei einer Theorie des kommunikativen Handelns ansetzen können.⁷ Das Erkenntnisinteresse liegt auch nicht primär in der Analyse der Funktion(en), die der Rechtsprechung im Rechtssystem zukommt, und noch weniger darin, diese Funktion im Sozialsystem insgesamt zu beschreiben. Ziel ist vielmehr die theoretische Rekon-

⁴ Zur Kritik an der Übertragung des aus der Zellbiologie gewonnenen Konzepts der Autopoiesis auf soziale und kulturelle Phänomene vgl. HUMBERTO R. MATURANA/BERNHARD PÖRKSEN, *Vom Sein zum Tun. Die Ursprünge der Biologie des Erkennens*. Heidelberg 2002, 109 ff.; ferner etwa WERNER MEINEFELD, *Realität und Konstruktion*. Opladen 1995, 98; MICHAEL WEHRSPAUN, Kommunikation und (soziale) Wirklichkeit, in: GEBHARD RUSCH/SIEGFRIED J. SCHMIDT (Hrsg.), *Konstruktivismus und Sozialtheorie*. Frankfurt am Main 1993, 31 f.

⁵ JACQUES DERRIDA, *Gesetzeskraft – der mystische Grund der Autorität*. Frankfurt am Main 1996, 53.

⁶ Vgl. zu dem Begriff HANS-JOACHIM STRAUCH, Grundgedanken einer Rechtsprechungslehre, in: *ThürVBl.* 2003, 1. Dieser Beitrag greift Gedanken auf, für die der Verf. in dem Aufsatz „Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit? – Vom Nutzen des Radikalen Konstruktivismus für die juristische Theorie und Praxis“, in: *JZ* 2000, 1020 ff., theoretische Ausgangspunkte dargelegt hat und die er in den Beiträgen „Der Theorie-Praxis-Bruch, aber wo liegt das Problem?“ in: WERNER KRAWIETZ/MARTIN MORLOK (Hrsg.), *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?* Sonderheft der Zeitschrift *Rechtstheorie* 32 (2001), 197 ff., und „Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz“, in: *KritV* 2002, 311 ff. konkretisiert hat. Der vorliegende Text fasst als Art „Werkstattbericht“ die bisherigen Überlegungen zusammen und führt sie in Richtung „Methodenlehre“ fort.

⁷ Feststellung von ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main 1983, 37 – „daß der juristische Diskurs sich vom allgemeinen praktischen Diskurs dadurch unterscheidet, dass seine Freiheit, kurz gesprochen, durch Gesetz, Präjudiz, Dogmatik und – im Falle des Prozesses – durch Verfahrensgesetze eingeschränkt wird“, beschreibt deshalb nicht nur eine Einschränkung, die „vernünftig und erforderlich“ erscheint, sondern betrifft die Grundfrage, ob der Prozess seiner Struktur nach von der Habermas'schen Diskurstheorie aus theoretisch erfasst werden kann. Siehe auch oben Fn. 2. Zu einem weiteren grundsätzlichen Einwand vgl. unten 2. b) aus der Kontextgebundenheit von Information, Fn. 45.

struktion des gerichtlichen Klage- oder Urteilsverfahrens, durch das im konkreten Fall bestimmt wird, was rechtens ist.

Die Perspektive ist mithin eine andere, begrenztere als die der Rechtstheorie. Es geht bei der Rechtsprechungstheorie ferner nicht um Rechtsanwendung an sich oder in ihrer ganzen Breite. Rechtsanwendung findet in vielfältigen Zusammenhängen statt, in weltweit kooperierenden Konzernen, in dezentralen Kommunalverwaltungen, in zentralisierten Finanzverwaltungen oder zu Übungszwecken an der Universität. Die Entscheidungsmechanismen und -perspektiven in diesen Organisationen sind strukturell sehr unterschiedlich, und es spricht viel dafür, dass auch die Mechanismen der Rechtsanwendung in diesen Organisationen strukturell sehr viel unterschiedlicher sind, als es die Rechtstheorie üblicherweise (unausgesprochen) annimmt. Deshalb die ausdrückliche Begrenzung auf die *richterliche „Rechtsanwendung“*; die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der Organisation ist zugleich eine zentrale These, die im Folgenden zu entwickeln sein wird. Andererseits lege ich für den Begriff der richterlichen Rechtsanwendung einen sehr weiten Begriffsinhalt zugrunde. Er umfasst (in der traditionellen Terminologie) nicht nur die schlichte Rechtsanwendung, sondern auch die Rechtsfortbildung bis hin zur Rechtschöpfung und die in die Rechtsanwendung eingeschlossene Tatsachenermittlung. Die Unmöglichkeit, hier präzise Differenzierungen vorzunehmen, ist eine weitere These. Statt den Begriff „Rechtsanwendung“ zu gebrauchen, der ein „an sich“ gegebenes Recht voraussetzt bzw. suggeriert, wäre es insofern besser, von „Rechtsfeststellung“ zu sprechen. Schließlich geht es mir nicht um eine *empirische* Beschreibung richterlicher Tätigkeit, sondern darum, das, was traditionell Rechtsanwendung heißt, theoretisch erfassbar zu machen, d. h. die Praxis der Theorie zu erschließen.

Es sind nahezu selbstverständliche Feststellungen, Beobachtungen und Erfahrungen aus dem Alltag der richterlichen Praxis, die für eine solche Erkundung die Wegmarken vorgeben: etwa

- dass ein Blick in den Palandt in der Regel wichtiger ist als ein Blick ins Gesetz;
- dass es zumeist eher der Leitsatz eines Grundsatzurteils als ein Federstrich des Gesetzgebers ist, der juristische Bibliotheken zur Makulatur werden lässt (Neufassungen des BGB und ähnliche Ereignisse natürlich ausgenommen);
- dass das Richterrecht zwar keine dogmatisch anerkannte Rechtsquelle, aber die Quelle ist, aus der Richter das Recht schöpfen;

- dass es zwar der Sachverhalt ist, der rechtlich beurteilt wird, dass dieser jedoch nach Maßgabe unserer rechtlichen Beurteilung generiert wird;
- dass Maßgabe des richtigen Rechts keine Frage der Methode, sondern eine Frage der Instanz ist.

All diese Erfahrungen stehen in einem mehr oder minder offenen Widerspruch zu dem, was als Methodenlehre tradiert ist, passen jedenfalls nicht in den theoretischen Rahmen der immer noch vorherrschenden positivistischen Methodenlehre.⁸ Gerade deshalb geben sie aber die Fragen vor, auf die eine Rechtsprechungstheorie Antworten zu geben hat. Wenn „Rechtserkenntnis“ offenbar weitgehend anders verläuft, als es sich die Schulweisheit z. T. noch erträumt – wie verläuft sie dann?

Ich will mit Ihnen in der Tradition deutscher Rechtsphilosophie jetzt nicht in ein Fachgeschäft für Philosophie gehen, um zusammen nochmals etwa Wittgenstein, Luhmann oder Habermas zu befragen, wer von ihnen hinreichend brauchbare Analyseinstrumente liefern könnte, um die Mechanismen richterlicher Rechtsanwendung so zu beschreiben, dass diese Mechanismen erklär- und erfassbar werden. Statt dessen will ich mit einer These beginnen, die dann im Folgenden zu belegen sein wird: Eine zeitgenössische Theorie der richterlichen „Rechtsanwendung“ muss mit einer grundsätzlichen theoretischen Neuorientierung verbunden sein, und diese ist nur möglich, wenn sie die Erkenntnisse der Wissenschaft aufnimmt, die inzwischen zur neuen Leitwissenschaft geworden ist – der Neurowissenschaft. Dass sich im Ergebnis vieles mit dem trifft, was die Strukturierende Rechtslehre (Friedrich Müller)⁹ und Ansätze aus der Topik, der Jurisprudenz als *ars* und *techne*,¹⁰ entwickelt haben, wird nur den Wundert, der die Prägestkraft juristischer Praxis für *jede* Methodenlehre unterschätzt.¹¹

⁸ Ich habe dies an anderer Stelle ausführlich dargestellt, STRAUCH, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Fn. 6), 311 ff. Bezeichnenderweise sucht man etwa in der Methodenlehre von KARL LARENZ/CLAUS WILHELM CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin 1995, in der *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* von ARTHUR KAUFMANN und WINFRIED HASSEMER (Hrsg.), 6. Aufl., Heidelberg 1994, oder in der *Theorie der juristischen Argumentation* von ALEXY (Fn. 7) im Register das Stichwort „Rechtsprechung“ vergeblich.

⁹ Grundlegend FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*. Berlin 1966; ausgearbeitet vor allem in FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. 9. Aufl., Berlin 2004.

¹⁰ ROLF GRÖSCHNER, Verhältnis von Theorie und Praxis in einer dialogisch rekonstruierten *Techne* der Jurisprudenz, in: KRAWIETZ/MORLOK, *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik* (Fn. 6), 213 ff., 220 ff.

¹¹ Vgl. dazu etwa die Feststellungen von WERNER KRAWIETZ, *Ausdifferenzierung von Praxis und Theorie in juristischer systemtheoretischer Perspektive*, in: KRAWIETZ/

Die Hirnforschung hat in den letzten Jahren unser Wissen darüber, wie wir wahrnehmen, denken und uns erinnern, grundlegend verändert – und dies mit steigender Geschwindigkeit. Während andere Wissenschaften – wie die Linguistik, die Geschichtswissenschaft, die Psychologie und natürlich die Philosophie – hier längst den Dialog mit der neuen Leitwissenschaft aufgenommen haben, sind die Vorstellungen der Juristen über den „Rechtsanwendungsprozess“ von diesem neuen Wissen so gut wie unberührt geblieben. Die Praxis, etwa der Tatsachenfeststellung, insbesondere der Zeugenvernehmung, wird die neuen empirischen Befunde der Neurowissenschaften jedoch ebenso wenig außer Acht lassen können, wie die neue Juristenausbildung, die für die im Reformgesetz geforderten „Schlüsselqualifikationen“¹² eine theoretische Basis finden muss. Die neuen Erkenntnisse zwingen uns jedoch vor allem, unsere Vorstellungen über den Erkenntnis- und Wahrnehmungsprozess und damit (auch) den Rechtsprechungsprozess allgemein und grundsätzlich neu zu überdenken – was nicht heißen kann und soll, dass die Rechtswissenschaft ihre Qualität als Kulturwissenschaft verlieren darf. Aber es wird eine Kombination beider Ansätze geben müssen – in einer *neuro-kulturellen* Theorie.

Das wird in einem ersten Abschnitt: „Der Prozess als Erkenntnisverfahren“ (I.) wenigstens in Grundgedanken zu skizzieren sein. Wenn der Richter den Prozess als Erkenntnisverfahren betreibt, dann verweist das zwangsläufig auf erkenntnistheoretische Fragestellungen. Der sonach als Erkenntnisprozess zu definierende Rechtsanwendungsprozess lässt sich als Herstellung von Kohärenz beschreiben. Dieser Begriff der Kohärenz ist näher zu erläutern, um anschließend die Kohärenz des Rechtsprechungsprozesses in drei Thesen zu beschreiben (II.). Begreift man Methode als Herstellung von Kohärenz, lässt sich so auch ein Ansatz für eine neue Methodenlehre gewinnen (III.).

I. Der Prozess als „Erkenntnisverfahren“

Der unmittelbare Sinn und Zweck eines Prozesses liegt in der Regel nicht darin, eine Rechtserkenntnis zu gewinnen, sondern in der Lösung eines sozialen Konflikts. „Der Richter soll es richten“. Kann er es anders als durch eine „Rechtserkenntnis“ – etwa durch einen Vergleich, und viele Dezernate sind so zugeschnitten, dass der Richter anders sein Pensum gar nicht erledigen könnte – bleibt es gleichwohl ein „Erkennt-

MORLOK, Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik (Fn. 6), 345 ff., 350 ff.

¹² § 5a Abs. 3 Deutsches Richtergesetz, BGBl. I 2002, 2592.

nisverfahren“. Der Richter muss den sozialen Konflikt erkennen, ihn jedenfalls aufnehmen, d. h. er muss die Geschichten verstehen, die ihm den Konflikt erzählen sollen. Wenn er sich *lege artis* verhält, muss er dies auch auf dem Hintergrund „des Rechts“, d. h. im juristischen Denk- und Handlungsraum tun¹³. Bei aller möglichen Verschiedenheit konkreter Erkenntnisinteressen bleibt das Urteilsverfahren mithin – als pragmatisches, nicht als wissenschaftliches (!) – ein (auf das Recht ausgerichtetes) „Erkenntnisverfahren“. Selbst unter dem Druck, dass „die Gerechtigkeit nicht wartet“, muss sich seine Entscheidung ins Recht „einpassen“. Gegebenenfalls ist dies Aufgabe der Rechtsmittelinstanz.

1. Der prozessrechtliche Einstieg

So wundert es nicht, dass – wenn auch nicht in erkenntnistheoretischer Absicht – in der Prozessrechtslehre das Urteils-, Klage- oder Entscheidungsverfahren üblicherweise und ganz selbstverständlich als „Erkenntnisverfahren“ bezeichnet wird.¹⁴ Bezogen auf den Zivilprozess heißt es beispielsweise bei Blomeyer:

„Das Erkenntnisverfahren ist der Rechtsstreit zweier Parteien, des *Klägers* und des *Beklagten*, vor dem *erkennenden Gericht*. Sie sind die *Subjekte* des Verfahrens.“¹⁵

Weitere Reflektionen auf den Begriff des „Erkenntnisverfahrens“ erfolgen in der Prozessrechtsliteratur nicht; man behandelt ihn mit Selbstverständlichkeit ausschließlich im Begriffsfeld der Prozessrechtsterminologie,¹⁶ d. h. zur Abgrenzung vom Vollstreckungs- und Arrestverfahren.¹⁷ Eine theoretische Reflektion muss jedoch genau an dieser Stelle einsetzen und sich klar machen, dass eine Theorie des „Erkenntnisprozesses“¹⁸ immer auch und unhintergebar die Frage nach den erkenntnistheoretischen Bedingungen und Voraussetzungen von Sachverhaltsermittlung und Rechtserkenntnis stellt. Das Erkenntnisverfahren zielt zwar auf „die“ Entscheidung, „das“ Erkenntnis, wie es in Ös-

¹³ Auch wenn zu betonen ist, dass die Akzeptanz einer bestimmten Entscheidung/Konfliktlösung keineswegs eine Funktion methodisch sauberer Falllösung ist. Vgl. dazu STRAUCH, *Der Theorie-Praxis-Bruch, aber wo liegt das Problem?* (Fn. 6), 198 ff.

¹⁴ Vgl. etwa LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB, *Zivilprozessrecht*. 11. Aufl., München 1974, IV 1 § 1; OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*. 27. Aufl., München 2002, § 2 I; ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. 2. Aufl., Berlin 1985, § 3, 1.

¹⁵ BLOMEYER, *Zivilprozessrecht* (Fn. 14).

¹⁶ Eine wesentliche Ausnahme macht die Schrift von JÜRGEN RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*. Berlin 1973, dem es um die Untersuchung des Rechtsanwendungsprozesses „in seinen logischen Strukturen“ geht.

¹⁷ Vgl. die in Fn. 14 genannten Autoren.

¹⁸ ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht* (Fn. 14), 3.

terreich heißt; der Weg dorthin ist jedoch sowohl in der Selbstbeschreibung als auch im philosophischen bzw. epistemologischen Sinn ein „Erkenntnisprozess“, in dem es um „Wahrheitsfindung“¹⁹ geht. „Das Urteil kann nur dann gerecht ausfallen, wenn der vom Gericht festgestellte Sachverhalt der Wirklichkeit entspricht“, formuliert z. B. Blomeyer²⁰ und nimmt mit dieser Formel von der „Übereinstimmung der Erkenntnis mit ihrem Gegenstande“ (Kant) die klassische Wahrheitsdefinition auf. Auch in der Methodenlehre war dieser Zusammenhang stets gegeben. Hermeneutik und Positivismus, die Lehre vom „wertorientierten Denken“ (Larenz) und die Interessenjurisprudenz schlossen ausnahmslos auch erkenntnistheoretische Positionen ein und bauten auf ihnen auf. Selbst die mittelalterlichen Vorstellungen zum Gottesurteil als „Wahrheitsfindungsverfahren“ bestätigen hier nur die Regel.

Nehmen wir die Beschreibung des Prozesses als „Erkenntnisverfahren“ begrifflich und theoretisch ernst, stehen am Anfang einer Rechtssprechungstheorie mithin zwei Grundfragen: Wie „erkennt“ das Gericht den Sachverhalt und wie „erkennt“ es das Recht. Weiterhin ist zu überlegen: Sind das zwei parallele, streng zu trennende „Erkenntnisvorgänge“ oder handelt es sich um verzahnte Prozesse? Was bedeutet es schließlich, wenn – wie in dem Eingangszitat von Blomeyer – von dem „erkennenden Gericht“ als dem Subjekt des Verfahrens gesprochen wird?

2. Der neuro-kulturelle Ansatz

Ist aus prozessrechtlicher Sicht von dem „erkennenden Gericht“ die Rede, wird nur Selbstverständliches formuliert. Erkenntnistheoretisch ist diese Formulierung aber durchaus anstößig – geht es doch in der traditionellen Erkenntnistheorie immer nur um das „Ich“ als Erkenntnissubjekt. Wenn wir von dem „erkennenden Gericht“ als dem Subjekt des Verfahrens sprechen, ist also bereits eine erkenntnisphilosophische Grundposition verschoben. Aus der Frage, wie erkennt das denkende „Ich“, werden Überlegungen zur Frage: Wie denken und erkennen In-

¹⁹ Vgl. die alte Gleichsetzung von „Urteil“ und „Wahrspruch“; das Wort „Urteil“ stammt aus der Rechtssprache und hat erst danach eine Bedeutung in der Logik und Philosophie bekommen; siehe die Nachweise im Grimm'schen Wörterbuch. Luther spricht von „dem Bawm des (!) Erkenntnis“, MS II. 15, und verwendet „Erkenntnis“ auch i. S. von Richterspruch.

²⁰ BLOMEYER, Zivilprozessrecht (Fn. 14), 111. Daran ändert auch das Prinzip der sog. formellen Wahrheit im Zivilprozess nichts; wenn Beweis erhoben wird, kommt es wieder auf die „Übereinstimmung“ an.

stitutionen?²¹ Anders wird man Antworten auf die Funktionsweise des gerichtlichen, also eines institutionellen Erkenntnisverfahrens, auch kaum gewinnen können. Angesprochen ist damit der sozio-kulturelle Ansatz, ohne den ein Verständnis der menschlichen Kognition nicht gelingen kann. Was das bedeutet, wird im Folgenden noch näher zu untersuchen sein.

Das wird freilich nicht die einzige Abkehr von Vorstellungen und philosophischen Grundlagen der herkömmlichen Methodenlehre bleiben können. Vor allem erscheint mir im Blick auf ein Grunddogma der Erkenntnisphilosophie ein Bruch mit dem Tabu unumgänglich, dass man „doch um Himmels Willen auf erkenntnistheoretische Fragen keine empirischen Antworten geben könne“²².

Bereits 1894 hatte der Neukantianer Wilhelm Windelband in seiner berühmten Straßburger Rektoratsrede den schroffen Gegensatz von Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften, von „Natur und Geist“, in Zweifel gezogen – und sich dabei als Beleg nicht zuletzt auf die empirische Disziplin der Psychologie bezogen, die ihrem Gegenstand nach als geisteswissenschaftlich zu charakterisieren sei, ihrer Methode nach aber naturwissenschaftlich vorgehe.²³ Mit diesem Rekurs sollen Unterschiede in Methodik zwischen Naturwissenschaften und (sogenannten) Geisteswissenschaften nicht geleugnet werden. Aber dem Gegensatzpaar: Natur/Geist entspricht offenbar kein empirisch *und* theoretisch feststellbarer Grundsatzgegensatz von Gehirn und Geist, Gehirn und Denken mehr²⁴. Das will nicht bedeuten, dass Erkenntnistheorie in Empirie aufgehen könnte. Aber eine zeitgemäße Erkenntnistheorie muss das, was wir aus den Neurowissenschaften über unsere Erkenntnisvorgänge wissen oder nach deren Wissen jedenfalls ausschließen können, ebenso aufnehmen wie Erkenntnisse aus der Sozialanthropologie. Anders gesagt: unsere erkenntnistheoretischen Ansätze und (theoretisch-philosophischen) Erklärungsmodelle müssen zu dem, was wir über die Mechanismen und Bedingungen unseres Erkennens (empirisch) wissen, *kohärent* sein – und sie müssen sich an den jeweils zu analysierenden Gegenständen bewähren.

Wenden wir uns zunächst a) der neurowissenschaftlichen Perspektive zu, so besagt der neuro-kulturelle Ansatz, dass unser Denken ab-

²¹ So – ohne Fragezeichen – der Titel des Buches von MARY DOUGLAS, *Wie Institutionen denken*. Frankfurt am Main 1991.

²² Vgl. MARTIN SEEL, Kapriolen des Konstruktivismus, in: *Merkur* 2001, 50, 56.

²³ WILHELM WINDELBAND, Geschichte und Naturwissenschaft, in DERS., *Präludien, Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*. Bd. 2. 9. Aufl., Tübingen 1924, 142 ff.

²⁴ Zur grundsätzlichen Frage von Dualismus oder Monismus von Gehirn und Bewusstsein vgl. die übersichtliche Darstellung bei MICHAEL PAUEN, *Grundprobleme der Philosophie des Geistes*. 3. Aufl., Frankfurt am Main 2002, 17 ff.

hängig von unserem Gehirn und der Wirklichkeit ist, die es uns schafft. Bezogen auf den gerichtlichen Prozess lässt sich der zu analysierende Zusammenhang am besten über ein Prozessverständnis verdeutlichen, das den Prozess als Handlungs- und Kommunikationssystem begreift und den Informationsbegriff zum Ausgangspunkt nimmt. Dieser wird dann b) auch unter sozio-kultureller Perspektive zu behandeln sein.

a) Das Gehirn und seine Wirklichkeit

Der Prozess stellt nach diesem Verständnis ein auf Rollenebene integriertes Interaktionssystem dar; Ziel der Interaktion ist die „Beschaffung und Verarbeitung von Informationen, aus denen die Entscheidung gewonnen werden soll.“²⁵ Was aber ist in unserem Zusammenhang – d. h. für die Wirklichkeit, die unser Gehirn schafft – eine Information?

Ich will mit dem Versuch, darauf eine Antwort zu geben, ganz elementar ansetzen, beim *Informationsbegriff*. Information ist zunächst nur ein Reiz,²⁶ der zum Beispiel durch elektromagnetische Wellen bestimmter Wellenlänge/Photonen oder durch Luftdruckdifferenzen ausgelöst wird; es entsteht ein Sinneseindruck. Er wird codiert und im Gehirn dann weiter verarbeitet. Selbst das Farbsehen basiert nicht auf einer festen Zuordnung von Lichtwellenlänge und Farbempfindungen.²⁷ Das menschliche Gehirn enthält ca. 100 Milliarden Nervenzellen.²⁸ Nur ein verschwindender Bruchteil davon sind Sinneszellen, Zellen, die den Außenkontakt herstellen. So sind ca. 2 Millionen Zellen mit der Aufnahme optischer Reize beschäftigt (die Optikusfasern beider Augen) – während 170 Milliarden Neuronen mit der Auswertung, dem Vergleich mit Gedächtnisinhalten und mit Aktivitäten von anderen Sinnessystemen und vom Motorsystem „beschäftigt“ sind. Das ergibt ein Verhältnis von Sinneszellen zu „Verarbeitungszellen“ von 1 : 85.000. In anderen Sinnessystemen – wie etwa beim Hören – ist die Divergenz noch viel eindrucksvoller. Hier senden lediglich 2 x 3.000 sensorische Zellen (innere Haarzellen des Innenohrs) Erregungen zu den auditorischen des Hirnstammes, des Mittel- und Zwischenhirns und zu min-

²⁵ JOACHIM MARTENS, *Die Praxis des Verwaltungsprozesses*. München 1975, 6, unter Hinweis auf Niklas Luhmann. Dass diese Beschreibung nicht explizit macht, dass der Prozess auch und vor allem eine Veranstaltung ist, bei der es um Konflikte und Emotionen geht, muss an dieser Stelle auf sich beruhen.

²⁶ Dazu, dass noch weitere Bedingungen/Differenzen nötig sind, „um ausgewählten Irritationen den Sinn von Informationen zu geben“, wie es NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1997, 46, formulierte, siehe unten I.2.b) und Fn. 43.

²⁷ GERHARD ROTH, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*. Frankfurt am Main 1997, 115 ff.

²⁸ GERHARD ROTH, *Aus der Sicht des Gehirns*. Frankfurt am Main 2003, 12.

destens einigen Milliarden Zellen in das auditorische Cortexareal. Alles, was wir an Geräuschen, Musik und Sprache wahrnehmen, basiert auf der zentralen Verrechnung der Aktivität dieser 2×3.000 Zellen, plus der im auditorischen und linguistischen Gedächtnis beheimateten Informationen.²⁹ Man kann so durchaus sagen, dass wir gegenüber Änderungen unserer inneren Umwelt 100.000 Mal empfänglicher sind als gegenüber Änderungen in unserer äußeren Umwelt.³⁰ Noch anders gesagt: Wir „denken“ sehr viel mehr als wir „wahrnehmen“. Wenn das kognitive System im herkömmlichen Sprachgebrauch „erkennt“ oder „wahrnimmt“, dann „rechnet“ es. Es führt also kein Weg an der Feststellung vorbei: Das Gehirn bildet Wirklichkeit nicht ab, sondern errechnet Wirklichkeit nach seinen eigenen Gesetzen. Das macht deutlich, worauf es ankommt, nämlich auf die Frage, *wie* das Hirn den Reiz verarbeitet, welche *Bedeutung* es ihm beimisst. Nur der Reiz, der in einem Kontext ankommt, ist eine Information. Dieser Gedanke wird zu Beginn des nächsten Abschnittes b) wieder aufzugreifen sein.

Wie haben wir uns unter diesen Voraussetzungen die Organisation unserer Wahrnehmung, unserer Erkenntnis vorzustellen? Zunächst negativ: Das Gehirn ist kein hierarchisch organisiertes Organ; es gibt, wie die Neurowissenschaftler sagen, keine „Großmutterzellen“, d. h. Zellen, denen ganz konkrete Inhalte zuzuordnen sind. Bis heute ist allerdings nicht genau geklärt, wie eigentlich z. B. Gedächtnisinhalte gespeichert werden. Wir wissen aber, dass eine Erinnerung letztlich nicht als Ganzes, sondern in Teilkomponenten an ganz verschiedenen Orten im Gehirn abgelegt wird.³¹ So ist eine Kaffeetasse eben nicht einfach eine Kaffeetasse, sondern unsere Vorstellung entsteht, wenn etwa die Neuronen der Farbe braun, die Neuronen für die Form und das Wort Tasse feuern, aber auch diejenigen aktiv sind, die im Geruchszentrum das Kaffeearoma vertreten und solche, die für die emotionalen Kaffeewünsche aus dem limbischen System zuständig sind. Wir wissen auch, dass wir unsere Wahrnehmungen durch Vorwissen ergänzen. Wir könnten gar nicht überleben, wenn wir nicht allein bei unserer Motorik, sondern auch für den größten Teil unseres Wahrnehmens und Denkens

²⁹ DERS., Das konstruktive Gehirn: neurobiologische Grundlagen von Wahrnehmung und Erkenntnis, in: SIEGFRIED J. SCHMIDT, *Kognition und Gesellschaft. Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus 2*. Frankfurt am Main 1992, 277 ff., 307.

³⁰ HEINZ V. FOERSTER, Das Konstruieren einer Wirklichkeit, in: PAUL WATZLAWICK (Hrsg.), *Die erfundene Wirklichkeit*. 2. Aufl., München 1985, 39 ff., 51.

³¹ GUILLÉN FERNÁNDEZ/BERND WEBER, Fische fangen im Erinnerungsnetz, in: *Gehirn & Geist* 2 (2003), 68, 72

auf automatisierte Schemata zugreifen könnten.³² Es sind Gedächtnisinhalte, die unsere Wahrnehmungsfragmente zu kompletten Wahrnehmungen nach solchen Schemata und Kohärenzprinzipien ergänzen. Dass hier die besondere Problematik von Zeugenaussagen liegt, liegt auf der Hand.

Unser Gehirn arbeitet mithin weder wie ein Fotoapparat, noch speichert unser Gedächtnis wie eine Digitalkamera – deshalb sind etwa auch alle Vorstellungen falsch, ein Zeuge habe seine Erinnerungen wie auf einer Festplatte gespeichert. Wahrnehmen, Denken, Erleben und Sich-Erinnern vollziehen sich in einem Prozess des „Feuerns“ unzähliger Neuronen in unterschiedlichen Hirnarealen. Bildgebende Verfahren ermöglichen es heute, solches Zusammenspiel auch sichtbar zu machen.³³ Eine der zentralen Fragen der Hirnforschung wird damit deutlich: Wie werden diese diversifizierten neuronalen Aktivitäten so organisiert, dass wir uns das Erkennen bestimmter Gegenstände oder die Erinnerung an bestimmte Ereignisse vorstellen können,³⁴ wie werden aus einem „Fließgeschehen“³⁵ Geschichten? Nach dem heute wohl überwiegend anerkannten Modell ist der wesentliche Mechanismus darin zu sehen, dass die Neuronen im Ensemble nicht nur gleichzeitig feuern, sondern in dieser Aktivität auch eine *temporal kohärente Struktur*³⁶ bilden. In dieser temporal kohärenten Struktur liegt dann zugleich ein zentraler Schlüssel zum Verständnis unseres Denkens und unseres Erkennens.³⁷

³² HANS-LUDWIG KRÖBER, in: *Gehirn & Geist* 2 (2003), 13; zu den Feldern des Gehirns, die für die Sprache relevant sind, siehe etwa RICHARD F. THOMPSON, *Das Gehirn*. 3. Aufl., Heidelberg 2001, 451 ff.

³³ THOMAS F. MÜNTE/HANS-JOCHEN HEINZE, Beitrag moderner neurowissenschaftlicher Verfahren zur Bewusstseinsforschung, in: MICHAEL PAUEN/GERHARD ROTH, *Neurowissenschaften und Philosophie*. München 2001, 298 ff.

³⁴ Vgl. etwa FRIEDRICH-WILHELM DENEKE, *Psychische Struktur und Gehirn*. 2. Aufl., Stuttgart 2001, 73 ff.

³⁵ DENEKE, *Psychische Struktur und Gehirn* (Fn. 34), IX.

³⁶ THOMAS METZINGER, Ganzheit, Homogenität und Zeitkodierung, in: THOMAS METZINGER (Hrsg.), *Bewusstsein – Beiträge aus der Gegenwartsphilosophie*. 3. Aufl., Paderborn 1996, 595 ff., 609, unter Hinweis auf Wolf Singer. Hier insbesondere WOLF SINGER, Hirnentwicklung oder die Suche nach Kohärenz, in: SYBILLE KRÄMER (Hrsg.) *Geist – Gehirn – künstliche Intelligenz. Zeitgenössische Modelle des Denkens*. Berlin 1994, 165 ff.

³⁷ In der Fortsetzung dieses Gedankens wird man aber wohl auch folgende Hypothese wagen können: Nicht anders als bei Musikern, die beim Üben spezifische Aktivierungsmuster in den „Hörregionen“ wie auch den „Greifregionen“ ihres Gehirns erkennen lassen, die bereits nach fünf Wochen Training zu *stabilen* neuronalen Vernetzungen führen, – vgl. ECKART ALTENMÜLLER, Musik im Kopf, in: *Gehirn & Geist* 1 (2002), 18, 23 ff. – dürften sich auch „typische“ juristische und richterliche Denkweisen ausprägen und dann verfestigen.

Die anschauliche Darstellung, die der renommierte Neurowissenschaftler Ramachandran dem Verarbeitungsprozess unseres Gehirns gegeben hat, mag diese Grundlagen, so hoffe ich, auch plastisch vorstellbar machen:

„In jedem Augenblick des Wachseins wird unser Gehirn mit einer erdrückenden Fülle von sensorischen Input-Daten überschwemmt, die alle einer kohärenten Perspektive eingegliedert werden müssen. Wir verdanken sie unseren gespeicherten Erinnerungen und dem, was sie uns als wahr im Hinblick auf uns selbst und die Welt mitteilen. Um kohärente Handlungen hervorzubringen, muss das Gehirn dieses Übermaß an Einzelheiten sichten und es zu einem verlässlichen und in sich schlüssigem ‚Überzeugungssystem‘ ordnen – zu einer Geschichte, die angesichts der zur Verfügung stehenden Indizien einen Sinn ergibt. Jedes Mal, wenn eine neue Information eintrifft, fügen wir sie bruchlos in unsere bereits vorhandene Weltansicht ein.“

Doch was tun wir, fragt er den Leser, wenn uns etwas begegnet, was nicht recht in die Geschichte passt? Eine Möglichkeit wäre,

„die Geschichte vollkommen umzuschreiben, so dass ein neues Modell von der Welt und von Ihnen entstünde. Doch würden Sie bei jeder bedrohlichen Information dergestalt verfahren, würde Ihr Verhalten rasch chaotisch und instabil werden. Sie würden verrückt werden. Stattdessen nimmt Ihre linke Hemisphäre die Anomalie überhaupt nicht zur Kenntnis oder verändert sie so, dass sie in das vorhandene Bezugssystem passt und die Stabilität erhalten bleibt. Diese alltäglichen Abwehrmechanismen sind keineswegs das Ergebnis einer Fehlanpassung, sondern verhindern, dass das Gehirn angesichts der ‚kombinatorischen Explosion‘ möglicher Geschichten, die sich aus dem den Sinnen dargebotenen Stoff konstruieren ließen, in hoffnungslose Unentschlossenheit verfällt. Der Nachteil liegt natürlich darin, dass Sie sich selbst ‚belügen‘, doch das ist ein vertretbarer Preis, den Sie für die Kohärenz und Stabilität des Gesamtsystems bezahlen.“³⁸

Andererseits wäre das System nicht überlebensfähig, würde es sich prinzipiell neuen Informationen verschließen. Hier ist es die rechte Gehirnhälfte, die die Aufgabe hat, die bestehende Sicht oder das bisherige Modell gegebenenfalls einer grundlegenden Revision zu unterziehen und neu aufzubauen.³⁹

b) Erkenntnis als soziokultureller Prozess

Die Stimmigkeit, die Kohärenz, die unser Gehirn in eben der Weise herstellt, wie von Ramachandran beschrieben, hat freilich immer schon

³⁸ VILAYNUR S. RAMACHANDRAN/SANDRA BLAKESLEE, *Die blinde Frau, die sehen kann – Rätselhafte Phänomene unseres Bewusstseins*. Hamburg, 2001, 223 ff.

³⁹ RAMACHANDRAN/BLAKESLEE, *Die blinde Frau, die sehen kann* (Fn. 38), 225 ff.; zur Hemisphären-Spezialisierung dort 442 ff.

auch die soziale, kulturelle Umwelt einbezogen. Erkenntnis ist stets ein neuro-kultureller, ein neuro-sozialer Vorgang. Wir konstruieren unsere Welt nicht isoliert, sondern wir konstruieren uns im Sozialen eine *gemeinsame* Welt. Betrachten wir den Erkenntnisvorgang nur vom Individuum aus, greift das zu kurz; es bedarf einer notwendigen Ergänzung durch die soziokulturelle Dimension der menschlichen Kognition. Der Titel der berühmten Schrift von Berger und Luckmann „Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit“⁴⁰, macht die Fragestellung deutlich, um die es geht.

Dieser Zusammenhang, den man auch dahin formulieren kann, dass das Gehirn ein „soziales Organ“ ist, ein Organ, das auf Vernetzung mit Anderen hin, d. h. auf Sozialität und Kulturalität angelegt ist, markiert eine wesentliche Ergänzung zu den üblichen Ansätzen des sogenannten „Radikalen Konstruktivismus“. Ich habe diese Grundposition an anderer Stelle näher dargelegt,⁴¹ wie ich auch versucht habe, aus diesem Ansatz konkret den Mechanismus erklärbar zu machen, über den wir die Bindung des Richters an Recht und Gesetz analysieren können⁴². Die Bindung stellt sich eben nicht dadurch her, dass der Richter jeweils individuell – „allein mit dem Gesetz“ – die Regeln der Methodik befolgt und so gleichsam hermeneutisch gebunden (oder auch ungebunden) ist, sondern dadurch, dass er in spezifischer Weise in eine Gerichtsorganisation eingebunden ist. Für den folgenden Gedankengang kann ich mich deshalb auf eine Skizzierung einiger wesentlicher (und zusätzlicher) Aspekte beschränken, unter denen Phänomene und Mechanismen sozio-kultureller Kognition beschrieben werden.

Im vorangegangenen Abschnitt bin ich für den Einstieg von einer sehr einfachen Vorstellung von Information (Information gleich Reiz)⁴³ ausgegangen. Information gibt es aber nicht an sich; sie ist immer nur relativ, d. h. sie ist, „in Bezug auf einen bereits informationstragenden

⁴⁰ PETER L. BERGER/THOMAS LUCKMANN, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie*. 5. Aufl., Frankfurt am Main 1977.

⁴¹ STRAUCH, Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit? (Fn. 6), 1025 ff. Inzwischen hat sich zu dieser m. E. ganz entscheidenden Perspektive – des Gehirns als „soziales Organ“ – eine neue Forschungsdisziplin herausgebildet, die „Social Cognitive Neuroscience“ – SCN –, die auf einer ersten Konferenz 2001 ihre Forschungsziele formulierte; vgl. TANIA SINGER/ULRICH KRAFT, Zum Mitfühlen geboren, in: *Gehirn & Geist* 4 (2004), 32.

⁴² STRAUCH, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Fn. 6), in: *KritV* 2002, 311 ff.

⁴³ Zur Komplexität des Begriffes vgl. etwa MICHAEL BARTH, Artikel „Kommunikation“, in: GERHARD STRUBE (Hrsg.), *Wörterbuch der Kognitionswissenschaften*. Stuttgart 1996; zum Informationsbegriff in der Theorie sozialer Systeme NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main 1984, 68 ff., 102 ff., zum Kommunikationsbegriff dort 191 ff.; siehe auch oben Fn. 26.

Kontext definiert“.⁴⁴ Die Frage stellt sich also, wie informationsreich ein Kontext sein muss, damit er die von ihm empfangene Information „verstehen“ kann. Und die Antwort lautet, dass die zum Verständnis nötige Information „wenigstens denselben Komplexitätsgrad besitzen muss, wie die Information, die verstanden werden soll“.⁴⁵

Um dies an einem Beispiel zu demonstrieren, vergleiche man die beiden folgenden Buchstabenreihen:

KVS-TG-BNJ-WA-RDL-GMD-RJZZD-FBG-HVG
KV-STGB-NJW-ARD-LG-MDR-JZ-ZDF-BGH-VG

Beide Reihen haben bei gleicher Buchstabenfolge nur unterschiedliche Interpunktationen. Die Erste ist willkürlich. Das schließt nicht aus, dass sie in mir unbekanntem Kontexten einen Sinn haben kann, heißt aber, dass wir etwas nur verstehen, wenn wir es in bekannte Kontexte einordnen können und uns üblich auch nur etwas merken (können), wenn wir es verstanden haben, d. h. wenn wir auf Kontexte zurückgreifen können. Die Andere ist jedenfalls für einen (deutschen) Juristen (hoffentlich) sofort klar; er kann sie in einen Kontext einordnen. Allgemein: will ich, der ich mit einem Anderen spreche, von diesem verstanden werden, muss ich mich auf das Wissen, die Erwartungen und die Perspektiven meines Gesprächspartners einstellen. Ich muss die Ausdrücke wählen, die ich mit ihm „teile“, d. h., auf einen gemeinsamen Kommunikationskontext Bezug nehmen. Symbole und Symbolwelten (z. B. moralische Regeln und Weltbilder) beruhen in diesem Sinne auf „Teilhabe“. Kommunikation ist nur in einem gemeinsamen Kontext möglich, der jedenfalls insofern gemeinsam sein muss, als er dem Zuhörer diejenigen Informationen zur Verfügung stellt, die nötig sind, um die „Botschaft“, die Information des Sprechenden, zu decodieren.

Fragen wir nach den *anthropologischen* Voraussetzungen des zentralen menschlichen Kommunikationsmediums, unserer Sprache, so sieht sie der Anthropologe Tomasello (dem ich in dem hier entscheidenden Gedankengang folge) darin, dass Menschen schon früh in ihrer Ontogenese ihre atypischen kognitiven, sozio-kognitiven und kulturellen Lernfähigkeiten einsetzen, um die Sprachkonstruktionen zu verstehen und sich anzueignen, die ihre jeweilige Kulturen über einen historischen Zeitraum durch Prozesse der Soziogenese geschaffen haben.⁴⁶

⁴⁴ BERND-OLAF KÜPPERS, Der semantische Aspekt von Information und seine evolutionsbiologische Bedeutung, in: *Nova Acta Leopoldiana* NF 72, Nr. 294 (1996), 195, 211.

⁴⁵ KÜPPERS, Der semantische Akt (Fn. 44), 215.

⁴⁶ MICHAEL TOMASELLO, *Die kulturelle Entwicklung des menschlichen Denkens*. Frankfurt am Main 1999, 161.

Das Kind lernt Worte wie Sprachkonstruktionen in und aus konkreten Situationen. Tomasello nennt sie „Szenen gemeinsamer Aufmerksamkeit“⁴⁷ und nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf Wittgenstein und den so wichtigen Zusammenhang von Sprache und Lebensform.⁴⁸ Sobald Kinder andere Personen als intentionale Akteure wie sie selbst zu verstehen beginnen, können sie auch beginnen, die Intentionen zu verstehen, mit denen Erwachsene zuerst Gegenstände benennen und dann über sie Aussagen machen. Es sind die unterschiedlichsten Kontexte: im Spiel, eine alltägliche oder besondere Situation, in denen das Kind die *Perspektivität* sprachlicher Symbole lernt und lernt, dass sie gegenüber der Gegenstandswelt auch eine eigenständige, von der konkreten Wahrnehmung losgelöste Bedeutung haben (z. B. eine „Tasse“ als Gegenstand, als Aufforderung zum Trinken und als Symbol für Hut).⁴⁹

Sprachliche Referenz entsteht also nur im Kontext sozialer Interaktionen und nur in diesem Kontext kann sie verstanden werden.⁵⁰ Und das gilt – in der Grundstruktur – für (z. B.) den Juristen nicht anders als für das Kleinkind. Das professionelle Verstehen der Juristen untereinander und das grundsätzliche Nichtverstehen der „Laien“ hat dann seine Erklärung nicht zwingend in einer Systemdifferenz, sondern darin, dass sich durch Studium, Ausbildung und Beruf in einer fortlaufenden Kette von „Szenen gemeinsamer Aufmerksamkeit“ ein (gemeinsamer) Kontext für Begriffe, Kategorien, Theorien, Lösungen, Herangehensweisen etc. gebildet hat. Wir haben damit nicht nur die Erklärung für den Kommunikationsraum eigener Art, von dem in der Einleitung die Rede war, sondern hier erscheinen auch die Grundkoordinaten für den *Argumentations-* und *Denkraum*, in dem Rechtserkenntnis sich vollzieht und von dem unten (II.1 und III.1.) ausführlicher die Rede sein wird.

Den entscheidenden anthropologischen Grund für die Sprach-, allgemeiner: die Kulturfähigkeit des Menschen sieht Tomasello – wie gesagt – in seiner einzigartigen Fähigkeit, seine Artgenossen als ihm ähnliches Wesen zu verstehen.⁵¹ Das heißt, der Mensch versteht sich nicht nur selbst als intentionaler Akteur (mit Zielen, Absichten, Vorstel-

⁴⁷ TOMASELLO, Die kulturelle Entwicklung (Fn. 46), 117 f., 170.

⁴⁸ Ebd., 130; zu WITTGENSTEIN und dem Zusammenhang „Philologie“ und Methode vgl. näher unten III.2.c) und Fn. 122 ff.

⁴⁹ TOMASELLO, Die kulturelle Entwicklung (Fn. 46), 155.

⁵⁰ Ebd., 117.

⁵¹ Ebd., 15.

lungen), sondern eben auch den Anderen als intentionales Wesen.⁵² Er kann sich in den Anderen hineinversetzen.

Kulturelles Lernen ist wesentlich „Imitationslernen“⁵³ und es scheint nun so, dass es für die beschriebene anthropologische These auch einen hirnrorganischen Befund gibt, der in den sogenannten *Spiegelneuronen* liegen könnte, bei denen es sich um eine Art „Imitationsneuronen“ handelt.⁵⁴ Ihre Besonderheit liegt darin, dass sie nicht nur an sensorischen und motorischen Funktionen des Gehirns beteiligt sind, wie dies etwa bei Schmerzzellen der Fall ist, sondern in der Lage sind, zugleich Vorgängen, die wir in unserer Umgebung beobachten, in einer Art neuronaler Simulation nachzuspielen. Damit könnte (!) – es sind hier noch Grundfragen offen⁵⁵ – nicht nur für die Empathie, das Einfühlungsvermögen, das eine wesentliche Voraussetzung für die Fähigkeit zu strategischem Denken des Menschen ist,⁵⁶ die hirnrorganische Grundlage gefunden sein, sondern auch, wie der bereits oben zitierte Neurowissenschaftler Ramachandran meint, der Angelpunkt für die Entwicklung der kulturellen Evolution.⁵⁷

Schließlich könnte hier auch ein Zusammenhang zu einem anderen Befund bestehen, der schon lange zum festen Bestandteil der Sozialpsychologie gehört: zu dem Phänomen der „Gruppenkohärenz“.⁵⁸ Werner Herkner hat es in seinem Lehrbuch so charakterisiert:

„In jeder Gruppe besteht [als Bedingung für das Funktionieren von Gruppenaktivitäten und für das Weiterbestehen der Gruppe, Anm. d. Verf.] ein gewisses Ausmaß an Konformität, d. h. die Verhaltensweisen, Einstellungen und Meinungen der Mitglieder stimmen weitgehend oder teilweise überein.“⁵⁹

Die Einfügungs- und Anpassungsmechanismen, die hier wirken, sind durch zahlreiche Experimente belegt;⁶⁰ ich habe das in anderem Zu-

⁵² Nach TOMASELLO, Die kulturelle Entwicklung (Fn. 46), im Gegensatz zu nichtmenschlichen Primaten.

⁵³ Ebd., 172.

⁵⁴ Vgl. GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*. Frankfurt am Main 2001, 385; HUBERTUS BREUER, Zellen, die Gedanken lesen, in: *Gehirn & Geist* 2 (2002), 70 f.

⁵⁵ „Entdeckt“ wurden die Spiegelneuronen erst in der zweiten Hälfte der 90er Jahre, vgl. GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln* (Fn. 54), 205 m. w. N.

⁵⁶ Siehe etwa ALFRED GIERER, *Im Spiegel der Natur erkennen wir uns selbst*. Hamburg 1998, 197 ff.

⁵⁷ BREUER, Zellen, die Gedanken lesen (Fn. 54), 71.

⁵⁸ MANFRED SADER, *Psychologie der Gruppe*. 8. Aufl., Weinheim 2002, 88 ff.

⁵⁹ WERNER HERKNER, *Lehrbuch Sozialpsychologie*. 5. Aufl., Bern 1991/1996, 453.

⁶⁰ Berühmt geworden sind hier die Experimente zur Konformität, die Salomon Asch in den frühen 50er Jahren durchführte; siehe die Darstellung von EDDIE VON AVERMAET, Sozialer Einfluss in Kleingruppen, in: WOLFGANG STROEBE/KLAUS JONAS/MILES HEWSTONE (Hrsg.), *Sozialpsychologie*. Berlin 2003, 451 ff. Im Negativen entsteht anderenfalls

sammenhang bereits ausführlich dargestellt.⁶¹ Sie gelten jedoch (wenn dann auch nicht mehr unter Laborbedingungen nachweisbar) weit über die klassischen Kleingruppen – für die übrigens eine Kammer oder ein Senat ein nahezu typisches Beispiel wäre – hinaus. Aus soziologischer Sicht hat Mary Douglas, gestützt auf Ansätze von Emil Durkheim und Ludwik Fleck zu einer soziologischen Epistemologie, die sich mit den Begriffen „Denkstil“ und „Denkwelt“ charakterisieren lässt, diese Mechanismen für Institutionen (im weitesten Sinn) nachgewiesen. Auch wenn Institutionen „keinen eigenen Verstand haben“ können,⁶² so „steuern“ sie jedoch

„unmittelbar das individuelle Gedächtnis und lenken unsere Wahrnehmung in Bahnen, die mit den von ihnen autorisierten Beziehungen verträglich sind;“⁶³

wie sie etwa auch bestimmen, was als gleich gelten kann und das Klassifizieren besorgen.⁶⁴ Auch Mary Douglas beschreibt diese Phänomene als „Kohärenz“⁶⁵ – etwa wenn Theorien sich aufgrund ihrer Kohärenz mit anderen Theorien durchsetzen⁶⁶ oder Rechts- und Moralsysteme auch in Notfällen, z. B. bei Hungersnöten, Dank ihrer Kohärenz ihre Struktur beibehalten.⁶⁷

Für die nachfolgenden Überlegungen sind diese Befunde in dreifacher Hinsicht von Bedeutung: *Erstens* für eine Theorie der Kohärenz (I.4.), *zweitens* für das Verständnis der Mechanismen, durch die in der Organisation Justiz Kohärenz hergestellt wird (II., 2. These), und *drittens* für die Verschränkung und Verzahnung von gesellschaftlicher und juristisch-argumentativer Kohärenz (III.2.c)

3. Rechtsprechungslehre und Rechtsprechungstheorie

Korrespondierend zur Verwaltungs- und Gesetzgebungslehre hatte es Norbert Achterberg in den 80er Jahren unternommen, eine *Rechtspre-*

das, was der Anthropologe RUDOLF BILZ „Disgregations-Angst“ genannt hat, die Angst, die Herde (= grex) zu verlieren, *Studien über Angst und Schmerz. Paläoanthropologie. Bd. 1/2.* Frankfurt am Main 1974, 29 ff.

⁶¹ STRAUCH, Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit? (Fn. 6), 1026, 1028.

⁶² DOUGLAS, Wie Institutionen denken (Fn. 21), 26 ff.

⁶³ Ebd., 151.

⁶⁴ Ebd., 93 ff. und 149 ff.

⁶⁵ Ebd., 147.

⁶⁶ Ebd., 79, 126.

⁶⁷ Ebd., zu Gerechtigkeit und Kohärenz, 192 ff.

chungslehre zu entwickeln.⁶⁸ Und es wird in der Tat Aufgabe einer Rechtsprechungslehre sein, aus den neuen Erkenntnissen, die die Neurowissenschaften insbesondere seit den 90er Jahren mit zunehmender Geschwindigkeit gewonnen haben, oder etwa auch aus dem Wissen über interkulturelle Kommunikation Folgerungen für eine wissenschaftlich angeleitete Praxis zu ziehen. Der Richter, der einen Zeugen vernimmt, sollte wissen, wie das Gehirn mit den Teilen arbeitet, die wir Gedächtnis nennen,⁶⁹ oder was die Herkunft von Prozessbeteiligten aus einem fremden Kulturkreis für das Kommunikationsverhalten bedeuten kann. Einer zeitgenössischen *Rechtsprechungstheorie* geht es demgegenüber nicht primär um praktische Anleitung, sondern darum, den Rechtsprechungsprozess theoretisch erfassbar zu machen. Sie muss dieses Wissen zusammenführen und fokussieren können, wenn sie mehr als ein Bündel von Einzelwissenschaften sein will.⁷⁰ In den unterschiedlichen einzelwissenschaftlichen Phänomenen gilt es, ein vergleichend formales Prinzip der Strukturbildung aufzufinden. Die gleichsam fokussierende Perspektive, aus dem dies geleistet werden könnte, sehe ich in einer allgemeinen Theorie der Kohärenz.

4. Erkenntnisprozess und Kohärenz

Eine Theorie der Kohärenz muss folglich zunächst die beiden Verwendungen des Kohärenzbegriffes zusammenführen, von denen bisher wie selbstverständlich ausgegangen worden ist: den empirisch-wissenschaftlichen und den theoretisch-philosophischen.

Für die philosophische Verwendung kann und brauche ich an dieser Stelle nicht näher auf die umfassende Diskussion um die Kohärenz-

⁶⁸ NORBERT ACHTERBERG, *Rechtsprechungslehre – Desiderat der Wissenschaft*, in: DERS. *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*. Berlin 1980, 178 ff. Vgl. insbesondere die Sammelbände von NORBERT ACHTERBERG (Hrsg.), *Rechtsprechungslehre. Internationales Symposium*. Köln 1986, und WERNER HOPPE/WERNER KRAWIETZ/MARTIN SCHULTE (Hrsg.), *Rechtsprechungslehre. Zweites Internationales Symposium 1988*. Köln 1992. Es handelt sich freilich bisher keineswegs um eine Disziplin mit gesicherter Struktur und Funktion; siehe dazu etwa HORST SENDLER in seiner kritischen Besprechung des zweiten Tagungsbandes, *Auf dem Weg zu einer „Rechtsprechungslehre“?* in: *DVB1* 1993, 1050.

⁶⁹ Vgl. zum Einstieg etwa ROBERT JAFFARD, *Das facettenreiche Gedächtnis*, in: *Spektrum der Wissenschaft. Spezial: Gedächtnis* 1 (2002), 6 ff., GERHARD ROTH, *Aus der Sicht des Gehirns*. Frankfurt am Main 2003, 87 ff., DANIEL L. SCHACTER, *Wir sind Erinnerung. Gedächtnis und Persönlichkeit*. Reinbek 1999.

⁷⁰ Die „erkenntnistheoretische Offenheit“, die ACHTERBERG für die Rechtsprechungslehre forderte (Fn. 68), 4, muss m. a. W. an dieser Stelle aufgegeben werden.

theorie als Wahrheitstheorie eingehen.⁷¹ Von Bedeutung ist in unserem Zusammenhang die Kohärenz als Kriterium für die Wahrheit, schlichter: für die Richtigkeit einer Aussage bzw. einer Begründung. Allgemein gesagt geht es um die Konstituierung einer (auch nur partiellen) Einheit durch einen stimmigen Zusammenhang ihrer Teile. Entscheidend für diesen Ansatz ist die Prägung, die der Kohärenzbegriff in den Diskussionen des für die neuere Philosophie so wichtigen Wiener Kreises bekommen hat und wie er 1931 von einem der kreativsten Mitglieder des Kreises, von Otto Neurath, formuliert wurde.

Zu verstehen ist der Grundgedanke am besten vor dem Hintergrund der Auseinandersetzung dieses Kreises aus Philosophen, Mathematikern, Sozial- und Naturwissenschaftlern um die Verifikationstheorie und der damit verbundenen Korrespondenztheorie der Wahrheit, die der Kreis (hier vor allem Carnap und Schlick) von Wittgenstein übernommen hat.⁷² Der Idee, dass es „eine Art letzter Erkenntnis gäbe“ mit dem Ziel eines geschlossenen Erkenntnisystems,⁷³ hatte Neurath stets widersprochen. Seiner Ansicht nach, schrieb Carnap rückblickend,

„war die Gesamtheit des Wissens von der Welt immer ungewiss und bedurfte ständiger Verbesserung und Umwandlung, wie bei einem Schiff, für das es kein Trockendock gibt, und das deshalb auf offener See repariert und umgebaut werden muss.“⁷⁴

Theoretisch brachte Neurath den Grundgedanken seiner Position auf folgende Formel:

„Richtig heißt eine Aussage dann, wenn man sie eingliedern kann. Was man nicht eingliedern kann, wird als unrichtig abgelehnt. Statt die neue Aussage abzulehnen, kann man auch, wozu man sich im allgemeinen schwer entschließt, das

⁷¹ Vgl. dazu HEINER COOMANN, *Die Kohärenztheorie der Wahrheit*. Frankfurt am Main 1983, und SUSANNE BRACKER, *Kohärenz und juristische Methode*. Baden-Baden 2000; allgemeiner: KUNO LORENZ, Artikel „Wahrheitstheorien“, in: JÜRGEN MITTELSTRAß (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*. Bd. 4. Mannheim 1980–1996, 595, 598; LOTHAR KREISER/PIRMIN STEKELER-WEITHOFER, *Wahrheit/Wahrheitstheorien*, in: HANS JÖRG SANDKÜHLER (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*. Hamburg 1999.

⁷² Vgl. hierzu COOMANN, *Kohärenztheorie* (Fn. 71), 72 f.

⁷³ RUDOLF CARNAP, *Mein Weg in die Philosophie*. Stuttgart 1993, 88.

⁷⁴ CARNAP, *Mein Weg* (Fn. 73), 89. Vgl. dazu auch seine Schilderung einer Begegnung mit Einstein, in der es um Einsteins Einwand gegen den Positivismus zur Frage der Realität der physikalischen Welt ging. Er kritisierte „die auf Ernst Mach zurückgehende Ansicht, dass Sinnesdaten die einzige Realität seien, oder, allgemeiner, jede Ansicht, die eine absolut gewisse Grundlage der Erkenntnis beanspruche. Ich erklärte ihm, dass wir diese früheren positivistischen Auffassungen aufgeben hätten und nicht mehr an eine „felsenebene Grundlage der Erkenntnis“ glaubten; ich erwähnte Neuraths Gleichnis, wonach es unsere Aufgabe ist, das mitten im Ozean schwimmende Schiff zu reparieren. Dieser Metapher und der dahinter stehenden Auffassung stimmte er begeistert zu“, ebd., 60.

ganze bisherige Aussagesystem abändern, bis sich die neue Aussage eingliedern lässt.“⁷⁵

In dieser Definition ist strukturell nicht nur die zitierte Beschreibung, die Ramachandran den Verarbeitungsprozessen unseres Gehirns gegeben hat (I.2.a)), erfasst; gleichsam leitsatzartig sind mit dieser Definition von Kohärenz im Kern zugleich auch Anforderungen und Funktionen des richterlichen Begründungsgeschäftes formuliert. Darauf wird zurückzukommen sein; die Tragfähigkeit der Formel für die Methodenlehre soll im letzten Abschnitt (III.) bewiesen werden. Zunächst gilt es, den Zusammenhang mit den Verwendungen im oben behandelten empirischen Bereich herzustellen.

Fassen wir dazu nochmals zusammen: Sowohl die Neurowissenschaften als auch die Sozialpsychologie beschreiben über den Begriff der „Kohärenz“ zentrale Phänomene unseres Erkennens. In den Neurowissenschaften kommt dem Kohärenzbegriff insofern eine ganz zentrale Bedeutung zu, als es um die Frage geht, wie aus der Flut von Reizen und den eigenen Kontexten kohärente Bilder, Gedanken, Vorstellungen und Handlungsanweisungen entstehen. Er beschreibt also einen Elementarvorgang unseres Denkens, Erkennens und – übrigens untrennbar verwoben – unseres Fühlens. In der Sozialpsychologie und Soziologie bezeichnet er die Mechanismen, durch die Individuen in Gruppen zu gemeinsamen Überzeugungen, zum Konsens, ja zu einem gemeinsamen Weltbild kommen.

Damit ist allerdings zunächst nicht mehr gesagt, als dass in einem Problemfeld (den Mechanismen unsers Erkennens), zwei wichtige Phänomene mit demselben Begriff beschrieben werden. Es handelt sich aber um mehr als nur um Analogien oder gar nur um eine Äquivokation. Das Zusammenführen der Kohärenzphänomene in der Sozialpsychologie der Neurowissenschaften und auf der Metaebene der Begründungs- und Wahrheitstheorie zu einer Theorie der Kohärenz heißt zwar nicht, dass die genannten Phänomene aufeinander zurückgeführt

⁷⁵ OTTO NEURATH, *Einheitssprache des Physikalismus*, 1931, wieder abgedruckt in: *Gesammelte philosophische und methodologische Schriften*. Hrsg. v. RUDOLF HALLER und HEINER RUTTE. Wien 1981, Bd. 2, 541. Damit sollen jedoch weder explizit noch implizit Grundgedanken der von Neurath vertretenen Form des „Physikalismus“ übernommen werden. Zur philosophiegeschichtlich umstrittenen, aber in unserem Zusammenhang nicht wesentlichen Frage, ob Neurath wirklich zu den Vätern des Kohärenzgedankens gerechnet werden kann, siehe zur damaligen Diskussion CARL GUSTAV HEMPEL, „Schlick und Neurath: Fundierung versus Kohärenz in der wissenschaftlichen Erkenntnis“, in: RUDOLF HALLER (Hrsg.), *Schlick und Neurath – Ein Symposium*. Amsterdam 1982; vgl. auch den Gesamtüberblick bei COOMANN, *Kohärenztheorie* (Fn. 71), 76 ff. und BRACKER, *Kohärenz und juristische Methode* (Fn. 71), 32 ff. Gebräuchlich war der Begriff zuvor schon in der Wahrnehmungs- und Gestaltpsychologie; vgl. etwa ERNST CASSIRER, *Philosophie der symbolischen Formen*. Bd. 3. 2. Aufl., Darmstadt 1954, 375.

werden sollen. Es liegt kein gemeinsamer Ursachen- und Wirkungszusammenhang vor und Kohärenz ist nichts Substantielles. Was der Begriff im Auge hat, ist aber, wie bereits gesagt, die Gemeinsamkeit in der Form- und Strukturbildung.⁷⁶ Ein bestimmter Gedanke, ein konkretes Gefühl, eine gemeinsame gesellschaftliche Überzeugung, wie auch eine Entscheidungsbegründung in einem bestimmten Fall haben – negativ – keine Substanz und sind auch nicht aus dem jeweiligen System errechenbar. Die Beispiele verdeutlichen aber die drei entscheidenden Momente der Gemeinsamkeit in der Form- und Strukturbildung: a) eine Vielzahl von Elementen (z. B. Informationen, Neuronen, Mitglieder), die b) in einem komplexen System (z. B. Gehirn, Organisation, Gesellschaft) stehen und c) durch Interaktion eine jedenfalls momentane Einheit bilden. Kohärenz bedeutet so das Zusammenwirken von Elementen eines komplexen Systems zu einer kontingenten (partiellen) Einheit. Oder konstruktivistisch gewendet: Kohärenz konstituiert ein Zusammenwirken von Elementen, den Knoten eines Netzes zu einer solchen Einheit. Ein Fließgeschehen wird zu einer Geschichte, einem Gedanken, einem Konsens. Wir können dann, um die Formulierung von Metzinger aufzugreifen,⁷⁷ von einer „temporär kohärenten Struktur“ sprechen. Auch Begründungen sind solche temporär kohärenten Strukturen: Eine Menge an Daten, Überzeugungen, Prämissen, Grundsätze sind in einer Sprache, einer Wissenschaft, dem Recht oder einem anderen (nicht hierarchisch organisierten) System vernetzt und müssen konkret durch Kohärenz zu einer Einheit gebracht werden. In einem Prozess wird ein Prozessergebnis fixiert.

Als Fazit ergibt sich ein doppelter theoretischer Zusammenhang. Er besteht zum einen zwischen der dargestellten Kohärenztheorie und einer konstruktivistischen Erkenntnistheorie; die hier entwickelte strukturelle Kohärenztheorie ist eine Erkenntnistheorie aus konstruktivistischem Ansatz. Und er besteht zum anderen zwischen der hier vertretenen Methodenlehre und einer nicht-ontologischen Rechtslehre. Wenn von einer kohärenten Begründung oder Argumentation die Rede ist, dann steht dahinter kein Verständnis von Recht, das als richtiges Recht immer schon da ist und als solches nur noch erkannt werden will, sondern ein Recht, das konkret erst konstituiert werden muss. Auf den gerichtlichen Prozess als „Erkenntnisverfahren“ übertragen, be-

⁷⁶ Eine Einordnung dieser Begriffsbildung in eine Entwicklung, die ERNST CASSIRER in seinem Werk *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*. Berlin 1910, beschrieben hat, muss hier offen bleiben; ebenso eine Auseinandersetzung mit der Lehre von den „Strukturbegriffen“ – vgl. dazu BERND-OLAF KÜPPERS, Die Strukturwissenschaften als Bindeglied zwischen Natur- und Geisteswissenschaften, in: DERS (Hrsg.), *Die Einheit der Wirklichkeit: zum Wissenschaftsverständnis der Gegenwart*. München 2000, 89 ff.

⁷⁷ Vgl. dazu oben I. 2.a) und Fn. 36.

deutet dies, dass von einem mehrschichtigen komplexen Kohärenzzusammenhang auszugehen ist: Der Sachverhalt, der im Kopf als Ergebnis eines neuronalen Prozesses entsteht, wird im Prozess als mehr oder minder kohärente Geschichte⁷⁸ erzählt. Erzählt wird die Geschichte von der Partei als Argument, d. h. zur Begründung der gestellten Anträge; sie soll zu diesen Anträgen – also zum behaupteten Recht oder zur geleugneten Rechtsverletzung – kohärent sein. Die Bildung der „richtigen Geschichte“ (des Sachverhaltes) durch das Gericht steht damit immer schon in einem Rückkopplungsverhältnis zu dem Rechtsprechungsprozess im engeren Sinne, d. h. zu dem Kohärenzzusammenhang, den das Gericht zwischen der Rechtsfindung und den Gründen seiner Entscheidung herzustellen hat.

II. Die Kohärenz des Rechtsprechungsprozesses in drei Thesen

In diesem Kohärenzzusammenhang geht es um die oben schon formulierte Ausgangsfrage: Wie „erkennt“ das Gericht „den“ Sachverhalt und „das“ Recht. Die Antwort will ich in drei Thesen zu geben versuchen: bezogen auf das „Recht“, das „Gericht“ und den „Sachverhalt“. Vortragen muss ich sie nacheinander, richtig darzustellen wären sie als Kreis von drei Aspekten der Kohärenz – und zwar auch in der Parallelität von argumentativer Stimmigkeit, institutionellen Handlungssystemen und Konsensphänomenen.

1. These: *Die Richtigkeit einer Entscheidung wird nicht durch die Übereinstimmung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder des Gesetzes bestimmt, sondern durch Kohärenz der Begründung innerhalb eines als hinreichend akzeptierten Norm- und Prämissenrahmens.*

Diese These macht zunächst stutzig – widerspricht sie doch der traditionellen Vorstellung der Bindung des Richters an das Gesetz. Aber schon ein Blick in die tägliche Praxis lässt Zweifel an dieser Vorstellung aufkommen: Man stelle sich einen Amtsgerichtsdirektor vor, der gleichsam zur Amtseinführung dem jungen Proberichter jeweils mit auf den Weg gibt: Vergessen Sie den Palandt, den Baumbach und den BGH – ein Jurist braucht nur das Gesetz und eine gute Methodenlehre. Anders gefragt: Was vollzieht sich im Denken des Richters, wenn er mit einem „Fall“ konfrontiert wird?⁷⁹ Zunächst wird er eine Einordnung in ein

⁷⁸ Zu „Geschichten“ als Stoff des Verfahrens vgl. RALPH CHRISTENSEN/HANS KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens*. Berlin 2001, 210 ff.

⁷⁹ Vgl. auch die anschauliche Beschreibung von HORST SENDLER, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfinder oder Camoufla-*

Rechtsgebiet vornehmen müssen, dann kommt es zu einem „Zoomen“: Auf die relevant erscheinenden Normen, die „Normtexthypothesen“ (Friedrich Müller)⁸⁰, auf Regeln, die deren Relevanz abgrenzen, auf allgemeine oder spezielle Grundsätze oder Differenzierungskriterien, vor allem aber, wenn hinreichend konkrete Normen nicht zur Verfügung stehen, auf Fälle, Präjudizien, die die genannten Topoi paradigmatisch zu einem Argumentationsraum gefügt und geordnet haben. Man sucht, wo man den Fall „andocken“ kann. Je größer die Falldichte, desto strukturierter ist dieser *Denkraum*, in dem die Rechtsfindung stattfindet. Fehlt das Paradigma, ist der Raum in der Regel noch unstrukturiert und in seinen Grenzen noch offen. Was auch heißt, dass es sich nicht um Denkräume mit festen Wänden handeln kann; sie sind unterschiedlich, je nach Gegenstand und Rechtsgebiet, beweglich und verschiebbar wie Bühnenräume auf Drehbühnen. Um es an dem Beispiel eines geradezu klassischen Paradigmenwechsels zu konkretisieren: Bis zum Lüth-Urteil⁸¹ war der Denkraum, in dem Boykottaufrufe zivilrechtlich zu qualifizieren waren, durch die formelle Interpretation der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG klar vom Verfassungsrecht abgegrenzt; mit dem Lüth-Urteil war der Denkraum weit ins Verfassungsrecht geöffnet und musste neu strukturiert werden.⁸² Ein anderes Beispiel wäre die Strukturierung des Planungsermessens durch das Bundesverwaltungsgericht.⁸³ Es ist das Paradigma⁸⁴, aus dem sich bestimmt, was kohärent ist.

Methodik, so lässt sich danach schlussfolgern, ist die Rekonstruktion des Denkraumes eines bestimmten Rechtsbereiches, in dem die Richter argumentieren und zu einer als kohärent angesehenen Entscheidung

ge der Dezision? in: *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 75. Geburtstag*. München 1997, 457 ff., 471 ff.

⁸⁰ FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*. 2. Aufl., Berlin 1994, 264 f.

⁸¹ BVerfGE 7, 198; siehe näher auch unten Fn. 108.

⁸² Vgl. die Feststellung von DIETER GRIMM: „Keine Entscheidung hat den Grundrechtsschutz ... so nachhaltig ausgeweitet wie das Lüth-Urteil von 1958“, *Das Grundgesetz nach 50 Jahren*, in: *Bewährung und Herausforderung: Dokumentation zum Verfassungskongress „50 Jahre Grundgesetz – 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland“*. Opladen 1999, 39 ff., 47; siehe auch FRIEDRICH KÜBLER, Lüth: eine sanfte Revolution, in: *KritV* 2000, 313.

⁸³ BVerwGE 34, 301; WERNER HOPPE, Entwicklung von Grundstrukturen des Planungsrechts durch das BVerwG, in: *DVBf* 2003, 697 ff.; Hoppe spricht von „richterliche Rechtsschöpfung der planerischen Abwägung“, WERNER HOPPE/SUSAN GROTEFELS, *Öffentliches Baurecht*. 3. Aufl., München 1995, § 7 Rdn. 8.

⁸⁴ Der Ausdruck ist bewusst im Anschluss an Thomas Kuhn gebraucht, der ausdrücklich die Parallele zu anerkannten juristischen Entscheidungen zieht. Siehe THOMAS KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. Frankfurt am Main 1973, 44: „Es ist vielmehr, einer anerkannten juristischen Entscheidung im allgemeinen Recht ähnlich, ein Objekt für weitere Präzisierung und Spezifizierung unter neuen oder strengeren Voraussetzungen.“ Vorstellbar ist, dass das Präjudiz für Kuhns Theorie sogar Pate stand.

kommen. Aufgabe wäre es, diesen Denkraum in seinen Konstruktions-elementen und in den Elementen seiner Dynamik⁸⁵ zu erfassen sowie die Argumentationsmuster – Auslegungsregeln, rhetorische Überzeugungsfiguren, Topoi – zu analysieren, durch die die Kohärenz hergestellt werden soll.

2. These: *Die Kohärenz des juristischen Denkens ist keine subjektiv-individuelle Leistung des denkenden Ichs. Sie ist abhängig von der Kohärenz in den institutionellen Strukturen der Justiz, von ihrer Organisation.*

Das Denken des Einzelnen ist, wie oben bereits gesagt, in soziale Kohärenz eingebunden, folgt Mechanismen sozialer Kognition.⁸⁶ Daraus sind für die Methodentheorie Konsequenzen zu ziehen. Die Mechanismen sozialer Kognition, die wir zu analysieren haben, um juristische Interpretation durch den Richter zu beschreiben, der ein Gesetz auszulegen und das Ergebnis in einer Entscheidung als Recht festzustellen hat, sind andere als die, die wirksam sind, wenn ein Leser z. B. einen Text von Hegel, Handke oder Hölderlin liest und auslegt. Es geht bei der „Gesetzesauslegung“ eben nicht nur „vor allem um die Rolle des interpretierenden Subjekts im Prozess des Verstehens sprachlicher Äußerungen“, wie es Arthur Kaufmann formuliert hat⁸⁷ und der Richter unterscheidet sich von dem Literaturwissenschaftler keineswegs nur dadurch, dass die Auslegung die im Gesetz festgelegten Zwecke zu verwirklichen hat, wie Rüthers meint.⁸⁸ Eine Theorie der richterlichen Praxis wird mithin den Begrenzungen der Subjektphilosophie in cartesianischer Tradition entkommen müssen, ohne allerdings das „Ich“, hier den Richter als handelndes und denkendes Subjekt, sogleich in einem systemtheoretischen Autopoiesis-Konzept vollends verschwinden zu lassen.⁸⁹ Denn was nach dem oben zum Erkenntnisprozess Gesagten (I.2.) nicht zweifelhaft sein kann: Der individuelle Denkraum

⁸⁵ Das Phänomen, dass Vorschriften durch Gerichte „in evolutiv-dynamischer Weise“ ausgelegt werden (BVerwG NVwZ 2000, 810, 811), ist nicht nur auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beschränkt.

⁸⁶ Dazu STRAUCH, *Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit?* (Fn. 6), 1026 ff. und oben I. 2. b).

⁸⁷ ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache“*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl., Heidelberg 1982, 77 ff.; vgl. dazu auch MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik* (Fn. 9), 25.

⁸⁸ BERND RÜTHERS, *Rechtstheorie*. München 1999, Rdn.160.

⁸⁹ Die Ansätze, die nach dem (manchmal aber wohl eher überschätzten) Zusammenhang von Richterbiographie und Entscheidungsfindung fragen (siehe hierzu JEANNETTE SCHMID, *Richterliches Entscheidungsverhalten. Theorien und Befunde*, in JEANNETTE SCHMID/THOMAS DROSDECK/DETLEF KOCH, *Der Rechtsfall - Ein richterliches Konstrukt*. Baden-Baden 1997, 57 ff.) haben mithin ebenso ihre Funktion wie es andererseits dem hier vertretenen Ansatz entspricht, nach den Unterschieden von Gericht zu Gericht zu fragen; vgl. WOLFGANG LANGER, *Staatsanwälte und Richter*. Stuttgart 1994.

des Richters (mit seinen persönlichen Strukturen und eben auch mit seinen Vorurteilen) ist von dem juristischen nicht durch stabile Wände getrennt.

Der Ansatz, von dem auch eine Rechtsprechungstheorie auszugehen hat, liegt in der Frage: „Wie Institutionen denken“, um nochmals als These den Titel eines Buches von Mary Douglas⁹⁰ aufzugreifen. Richterliches Denken ist wie jedes professionelle Denken nicht individuelles, sondern institutionelles (gebundenes) Denken. Informationen und Verarbeitungsregeln, Denkstile und Prämissen, die in gerichtliche Entscheidungen eingehen sollen, müssen in der Organisation, dem Gericht, im Instanzenzug „netzwerkfähig“ sein, das heißt, sie müssen in einem inter-subjektiv vorgegebenen Denkraum einen Platz und Relevanz haben, um kommunizierbar zu sein und Aussicht zu haben, akzeptiert zu werden. Die Kohärenz der Begründung (1. These) – so zeigt sich an dieser Stelle – ist unmittelbar abhängig von der Kohärenz in der Organisation der Justiz.

Für die Praxis war dieser Zusammenhang immer selbstverständlich. Instanzenzug und das Rechtsmittelrecht sind eindeutig auf die Kohärenz des Rechts ausgerichtet, die die Methodenlehre allein eben nicht leisten kann. Beispiele ließen sich unzählige anführen; ein prägnantes ist der Bericht der Reflexionsgruppe über die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, in dem expressis verbis der Vorschlag gemacht wird, „zur Wahrung der Kohärenz der Rechtsprechung“ ein Kollegium zu schaffen, das

„in regelmäßig und häufig stattfindenden Sitzungen über die Kohärenz der Urteilsentwürfe der einzelnen Spruchkörper des EuGH (wacht) und ggf. die Übertragung bestimmter Rechtssachen an das Plenum (beschließt).“⁹¹

Aus diesem Organisationsbezug von Rechtsanwendung, jetzt bezogen auf den Wechsel der Gerichtszweige, erklären sich umgekehrt auch einschneidende Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung. Wenn mit dem Lüth-Urteil, der Nassauskiesungsentscheidung⁹² oder der Entscheidung des EuGH zum Wehrdienst von Frauen⁹³ bislang selbstverständliche Begründungs- und Akzeptanzrahmen grundlegend verändert und verschoben wurden, dann geschah dies unter der Perspektive „Wie Institutionen denken“ nicht von ungefähr durch Gerichte mit spezifischer Rekrutierung der Richter, mit eigener Organisationsstruktur, vor allem eigener Aufgabenstellung im Sinne spezifischer Rechts-

⁹⁰ Siehe Fn. 21.

⁹¹ Zukunft des Gerichtssystems der EG. Abschlussbericht der Reflexionsgruppe. Sonderbeilage zu Heft 19/2000 der *NJW*, 13.

⁹² BVerfGE 58, 300.

⁹³ Urteil in der RS C-285/98 – TANJA KREIL – vom 26. Oktober 1999, DÖV 2000, 421.

schutzfokussierung und entsprechend eigenen Denkräumen. Die Fachgerichte haben jeweils andere Entscheidungsperspektiven als das BVerfG als „Hüter der Verfassung“ und dieses wiederum andere als der EuGH in seiner Funktion des „Hüters des europäischen Einigungsprozesses“. Mit traditioneller juristischer Methodik sind diese Paradigmenwechsel nicht erklär- und nicht erfassbar.

3. These: *Der Sachverhalt muss in dem Argumentations- und Denkraum generiert werden, in dem auch die Rechtsfindung erfolgt. Hier liegt eine weitere, dritte Kohärenzbedingung. Generiert wird er nicht aus „der“ Wirklichkeit, sondern aus den Wirklichkeiten der Akteure und nicht zuletzt auch aus den „Normwirklichkeiten“.*

Der Sachverhalt ist – unabhängig davon, dass er das Ergebnis eines durch das Prozessrecht weitgehend formalisierten Informationsverarbeitungsverfahrens ist – eine höchst komplexe „Geschichte“: eine „Schichtung“ aus mindestens fünf bzw. sieben Wirklichkeiten. Da sind zunächst die Wirklichkeiten der Parteien, und nicht nur in Ehe- und Familiensachen ergibt sich nicht selten für einen Außenstehenden allein aus dem gemeinsamen Rubrum und Aktenzeichen, dass es sich um den gleichen „Fall“ handeln muss. Prozessbevollmächtigte gestalten aus dem, was ihnen ihre Mandanten erzählen und auf Befragen antworten, mit eigenen Wirklichkeitsbildern ihren Sachvortrag. Zeugen speichern und bilden nicht Realität ab, sondern erzählen ihre Sicht der Dinge. Schließlich erarbeitet der Richter mit eigenen Schemata aus alledem sein professionelles Konstrukt der Wirklichkeit, den Sachverhalt. Er muss sowohl den Bedingungen „narrativer Kohärenz“⁹⁴ genügen als auch die Wahrnehmungen und Informationen auf das normativ Relevante hin fokussieren.

Die Vorstellung von *dem* „Lebenssachverhalt“ verdeckt demgegenüber, dass wir es zunächst nur mit den unterschiedlichen Wirklichkeiten derer zu tun haben, die an dem Gerichtsverfahren beteiligt sind; sie verschleiert auch, dass es sich um ein professionelles Konstrukt handelt, das sich zumeist gerade nicht zu dem verhält, was für die Beteiligten in ihrer Sicht „wirklich“ wichtig ist. Die „Normtexthypothese“, von der in der ersten These im Anschluss an Friedrich Müller die Rede war, ist nicht vollziehbar, ohne zuvor eine „Sachverhaltshypothese“ zu haben. Das, was der Fall war, muss sich dem Richter als *Rechtsfall* „zusammenreimen“, im „Sachverhalt“ muss er die Sache in ein Verhältnis zum Recht setzen. Dieser Zusammenhang von Norm und Sachverhalt gilt nicht nur für die Anfangshypothesen, sondern auch für die Entscheidung: Sachverhalt und Entscheidungsgründe müssen als „Grün-

⁹⁴ Vgl. BRACKER, Kohärenz und juristische Methode (Fn. 22), 157 ff.; OTA WEINBERGER, Juristische Entscheidungslogik, in: *Rechtssprechungslehre* (Fn. 68), 139.

de“ des Urteils eine Einheit bilden, in sich nicht nur konsistent im Sinne von widerspruchsfrei, sondern auch kohärent sein, d. h. sich gegenseitig argumentativ stützen.

Im Bild des „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Sachverhalt und Norm ist dieser Abhängigkeitszusammenhang in der Methodik vielfach thematisiert.⁹⁵ Dahinter steht aber ein weiteres Kohärenzphänomen, auf das hier näher einzugehen ist. Es betrifft die generelle Ebene von Norm und Wirklichkeit.⁹⁶ Die Norm ist in ihrer Funktion, soziale Konflikte zu regeln und zu lösen, auf die „Lebenswelt“, nicht auf den Rechtsfall bezogen. Hinter jeder Norm steht ein vom Gesetzgeber gewollter bzw. vom Interpreten vorgestellter Wirkungszusammenhang, der als wertbezogenes Funktions-Modell zu begreifen ist,⁹⁷ wie eben diese Norm die Wirklichkeit regulierend entweder ändern oder stabilisieren soll. Man kann hier von *Realitätskoordinaten* des oben beschriebenen Argumentations- und Denkraumes⁹⁸ sprechen. Sie werden oft nicht sichtbar, in anderen Fällen müssen sie explizit gemacht werden, etwa wenn es um die Verhältnismäßigkeit geht⁹⁹ oder um gesetzliche Instrumente der Wirtschaftslenkung, die ohne das zugrunde liegende volkswirtschaftliche Modell nicht interpretierbar sind.¹⁰⁰ Es gilt jedoch allgemein: Die „Normarbeit“ gewinnt an dieser Schnittstelle ihre Verankerung in den gesellschaftlichen Realitätsbezügen. Paradigmenwechsel und neue Leitentscheidungen haben so zumeist ihren Grund auch darin, dass bisherige Wirklichkeitsvorstellungen und Wirklichkeitsmodelle nicht mehr akzeptiert und durch zeitgemäßere ersetzt werden.

⁹⁵ Vgl. nur LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre* (Fn. 9), 102; im Anschluss an KARL ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg 1963.

⁹⁶ Siehe hierzu auch MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik* (Fn. 9) 154.

⁹⁷ Typisches Beispiel ist die Funktionsbeschreibung der Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit) und ebenso der Pressefreiheit, der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit als „schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung“ (BVerfGE 35, 202 ff., 221 und BVerfGE 7, 198 ff., 208; BVerfGE 20, 56 ff., 97 f.); in der Konsequenz ist deshalb auch zu untersuchen, ob Maßnahmen „geeignet sind, zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will“, BVerfGE 57, 295 ff., 320.

⁹⁸ Illustrieren lässt sich dies etwa anhand der Beschreibung und Analyse des Planungsvorganges für die Strukturierung des Planungsermessens durch das BVerwG; siehe HOPPE/GROTEFELS, *Öffentliches Baurecht* (Fn. 83), § 7 Rdn 8.

⁹⁹ Vgl. hier die Materialsammlung von KLAUS J. PHILIPPI, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Köln 1971, 28 ff., 56 ff.

¹⁰⁰ Ein besonders anschauliches Beispiel war die Auseinandersetzung um das Tatbestandsmerkmal „volkswirtschaftlich besonders förderungswürdig“ in § 1 Abs. 4 InvZulG 1969; vgl. dazu etwa einerseits VG Köln, BB 1972, 870, andererseits BVerwGE 48, 211.

III. Kohärenz und Methode

Das Bild des *Denk- und Argumentationsraumes* habe ich bewusst auch als Gegenbild zu einem Modell gebraucht, das sich Rechtsfindung als sukzessives Abarbeiten eines linearen Prüfprogrammes oder -schemas vorstellt, wie wir es aus den „Kochbüchern“ zur Methodik der Fallbearbeitung kennen und gewöhnt sind. Die Prüfung des Diebstahlbestandes mag mit einem linearen Prüfungsmodell noch beschreibbar sein (so man Abgrenzungsprobleme und Wertungen, z. B. bei Gewahrsam oder Zueignung außer Acht lässt), die Überlegungen, die zur Strafzumessung anzustellen und dann darzustellen sind, sind es sicherlich nicht mehr. Es scheint auf die einfache Routinesache noch zu passen, nicht aber auf den sog. „schwierigen Fall“ („hard cases“). Jeder Praktiker weiß jedoch, dass dieser Unterschied (oft) nur ein graduell praktischer ist und die Argumentationstiefe davon abhängig ist, wie stark der Fall problematisiert wird und wie „tief“ der Richter einsteigen will und kann oder auch dazu genötigt ist, weil der bislang *als hinreichend akzeptierte Norm- und Prämissenrahmen* brüchig geworden ist. Das wiederum ist nicht zuletzt eine Frage der Instanz, die als „höhere“ institutionell gerade dann aufgerufen ist, wenn eine vertiefte Problemlösung verlangt, ein „Einzelfall ohne besondere Bedeutung“ zu einem mit „grundsätzlicher Bedeutung“ wird. Dieses Problem der methodisch nicht sicher angebbaren „Tiefenschärfe“ ist jedoch nur ein Ausschnitt aus einem grundsätzlichen Dilemma. Wenn man sich darauf verständigt hat, dass Rechtsanwendung kein reines Geschäft der Deduktion ist, das man auch einem Computer überlassen könnte – dann bedarf es dessen, was Juristen „Judiz“ nennen. Das ist ein Geschäft der Urteilskraft. Sie ist das „Mittelglied der Verknüpfung und des Überganges“ zwischen Theorie und Praxis (Kant).¹⁰¹ Doch das Judiz im Besonderen und die Urteilskraft im Allgemeinen, das heißt den vernünftigen Gebrauch von Regeln, kann man nicht in Regeln fassen, weil das ins Unendliche gehen würde. Das ist das Grunddilemma von Methode und sie ist bereits etymologisch vorgegeben. Methode bedeutet „im Nachgang“ (meta-hodos), und so gibt es Probleme, wenn die Entscheidung nicht im Nachgehen eines bereits vorbegebenen Weges, sondern im Voranschreiten in noch unwegsamem Gelände, d. h. im Prozess getroffen werden muss. Einen Zugang für die Analyse und für die Reflektion

¹⁰¹ Ein Problem, auf das Kant gleich zu Beginn seiner Schrift *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, zu sprechen kommt, in: IMMANUEL KANT, *Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie*. Hrsg. v. HERMANN KLERNER. Berlin 1988, 240 ff., 243. Siehe auch HANS-GEORG GADAMER, Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe, in: *Rechtstheorie* 17 (1978), 257, 263.

des für die Rechtsanwendung so zentralen Problems sehe ich in der „Anschauungsform“ des „Denkraums“: Die Vermittlung von Theorie und Praxis, die in Regeln nicht zu fassen ist, vollzieht sich in einem Denkraum, der eben durch Theorie und Praxis konstituiert wird oder konkreter: durch Wissen und Erfahrung, dogmatische Strukturen und Fallwissen, juristische Sprache und Sprachgebrauch, gelungene Einübung und Misserfolge, Regel und Anwendungsintuition.

1. Der juristische Denk- und Argumentationsraum

Diesen Denkraum gilt es in seinen Konstruktionselementen und in den Elementen seiner Dynamik zu erfassen sowie die Argumentationsmuster – einschließlich rhetorischer Überzeugungsfiguren – zu analysieren, durch die Kohärenz hergestellt wird oder werden soll. Wir können ihn in seiner Struktur aber nur erfassen, wenn wir uns klar machen, dass wir es nie mit einem neuen oder gar selbst geschaffenen Raum zu tun haben. Als Beleg und zur Veranschaulichung sei an die Überlegungen und Untersuchungen zum Spracherwerb (I.2.b) erinnert, oder mit anderen Worten: Dieser Denkraum ist in Grundstrukturen immer schon da, wenn der Jurastudent oder der Berufsanfänger ihn betritt oder der Praktiker in ihm arbeitet. Das ist die historische Struktur des Rechts (als Teil der kulturellen Evolution). Und in dieser Struktur gründet auch die Unhintergebarkeit der Rechtsgeschichte für einen methodisch-rationalen Umgang mit dem Recht: für die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft.¹⁰² Das liegt für die Dogmatik des Zivilrechts, des Strafrechts oder öffentlichen Rechts auf der Hand und kann auch aus Raumgründen hier nicht weiter ausgeführt werden – wie auch eine weitere wichtige Konsequenz: Eine konkrete Methodenlehre kann immer nur eine *bereichsspezifische Methodenlehre* sein.¹⁰³ Aufzuweisen ist aber der Zusammenhang von Kohärenz und historischen Strukturen.

2. Begründung und Kohärenz

Die Formel Neuraths: „Richtig ist eine Aussage dann, wenn man sie eingliedern kann“, stellt auf das „Eingliedern“ ab, mithin auf etwas,

¹⁰² Siehe die Bemerkung von DIETER SIMON, Es ist, wie es ist, in: *Naturwissenschaft, Geisteswissenschaft, Kulturwissenschaft: Einheit – Gegensatz – Komplementarität?* Göttingen 2000, 79 ff., 94.

¹⁰³ Vgl. in diesem Sinn PETER HÄBERLE, Laudatio Konrad Hesse, in: HANS-PETER SCHNEIDER/RUDOLF STEINBERG (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst. Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*. Heidelberg 1990, 67.

was als Gegliedertes bereits da ist; entscheidende Vorgaben sind so durch das „bestehende Aussagesystem“ immer schon erfolgt, rechtstheoretisch gewendet: der Rechtsraum ist durch den historischen Bestand ein stets (mindestens vor-)strukturierter Denkraum. Eine neue „Aussage“ – ein neuer Rechtsgedanke oder ein neuer Fall – kann entweder eingegliedert werden oder er muss verworfen werden oder er zwingt zum Umbau des Systems. Aber eben nicht ab ovo. Neuraths Metapher vom Schiff, „für das es kein Trockendock gibt, und das deshalb auf offener See repariert und umgebaut werden muss“, die Einstein so begeisterte,¹⁰⁴ trifft so gleichsam im Kern die praktische Verfahrensweise von Rechtsprechung, wie es besser nicht beschrieben werden könnte. Auch Grundsatzurteile entstehen „auf offener See“.

Das bedeutet für den Zusammenhang von Begründung und Kohärenz: Formuliert man das Kohärenzproblem allgemein von einem System von „Aussagen“ aus, so stellt sich die Frage, ob sich die Aussage in ein Aussagesystem eingliedern lässt; formuliert man es vom Fall aus, so geht es darum, ob sich alle Gesichtspunkte, die für die Entscheidung relevant sind, in das Rechtssystem eingliedern lassen – oder ob dieses eben partiell umgebaut werden muss. Um die Kriterien für eine Methode als Herstellung von Kohärenz näher zu differenzieren – und auch stärker zu schematisieren – kann auf das 3-Elemente-Konzept zurückgegriffen werden, wie es in der philosophischen Diskussion um die Kohärenz entwickelt wurde: Der Begriff der Kohärenz schließt danach zunächst den der Konsistenz im Sinne von *Widerspruchsfreiheit* ein. Widerspruchsfreiheit ist jedoch nur ein Merkmal; daneben treten zweitens die *Umfassendheit* oder Vollständigkeit der Daten oder Gesichtspunkte und drittens die *Stimmigkeit*, der positive Zusammenhang der zu berücksichtigenden Elemente. Oft wird (nur) zur Qualifizierung dieses Zusammenhangs der Ausdruck kohärent verwendet.¹⁰⁵

Die folgende Darstellung wird auf diesen drei Elementen – Widerspruchsfreiheit, Umfassendheit und Stimmigkeit – aufbauen. Nur wenn eine Begründung diese drei Bedingungen erfüllt, kann sie methodisch richtig sein. Zugleich muss es sich erweisen, dass es gelingt, in diesem Schema auch den herkömmlichen Auslegungsgrundsätzen und methodischen Regeln einen theoretisch abgesicherten Ort zuzuweisen. Klarzustellen ist allerdings, dass es sich bei diesen drei Elementen nicht um trennbare Stufen einer kohärenten Begründung, sondern um Kriterien handelt, die falltypisch aufeinander bezogen und quantitativ und qualitativ voneinander abhängig sind. Das zeigt sich bereits an dem

¹⁰⁴ Vgl. oben Fn. 74.

¹⁰⁵ Das Material der begrifflich-logischen Diskussion ist ausführlich dargestellt bei BRACKER, Kohärenz und juristische Methode (Fn. 71).

Element, das auf den ersten Blick ebenso selbstverständlich wie unproblematisch erscheint, an dem Kriterium der Widerspruchsfreiheit.

a) Widerspruchsfreiheit

Für die Beurteilung einer Entscheidung auf die Schlüssigkeit ihrer Gründe hin dient die „Widerspruchsfreiheit“ als Maßstab für die Konsistenz der Argumentation. Widerspruchsfreiheit wie auch „saubere Deduktion“, wie Juristen eine sie überzeugende Argumentation oft nennen, sind allerdings nicht viel wert, wenn die in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte nicht umfassend berücksichtigt werden. Es dürften nicht nur Ausnahmefälle sein, in denen die Relevanz von Gesichtspunkten, die Frage, ob man sie zur Sprache bringt oder nicht, danach beurteilt wird, ob sie sich widerspruchsfrei in eine Begründung einfügen lassen oder nicht. Konsistenz wird mit anderen Worten im Zuge des Rechtsfeststellungs- und Begründungsprozesses erst hergestellt.

Der Prozess ist ein Verfahren zur Lösung sozialer Konflikte. Entscheidungsgründe haben es mithin in ihrem Ausgangspunkt und in ihrer Grundfunktion mit Widersprüchen zu tun. Ein Verfahren, soziale Widersprüche in „Gründen“ logisch widerspruchsfrei aufzulösen, liegt in der *Hierarchisierung* von Entscheidungsnormen und der entscheidungserheblichen Topoi. Hier hat die Rechtsquellenlehre ihren systematischen Ort; sie wird vollzogen über Kollisionsnormen, insbesondere die Grundsätze, dass die neue der alten, die spezielle der allgemeinen Norm vorgeht.¹⁰⁶ Der *andere* Weg ist der, den Widerspruch gleichsam in die Norm selbst hineinzunehmen und ihn als *Abwägungsproblem* zu handhaben. Hierfür steht paradigmatisch die Grundrechtsanwendung über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, eingeleitet durch das Lüth-Urteil.¹⁰⁷ Hatten nach der aus der Weimarer Zeit überkommenen Grundrechtslehre Gesetzesvorbehalt und konkret formulierte Schranken klare Trennfunktion, die Meinungsfreiheit mithin eine klare Grenze in der „Ehre“ oder den „allgemeinen Gesetzen“¹⁰⁸, so bedeutet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem Abwägungsgebot, dass „die allgemeinen Gesetze ... in ihrer das Grundrecht beschränkten Wirkung

¹⁰⁶ Die unterschiedlichen Lösungen des bekannten Schweinemäster-Falls (OVG Münster, OVGE 11, 250, DVBl 1957, 867) mögen das am Beispiel illustrieren – sehr gut nachvollziehbar etwa in der Abfolge der verschiedenen Auflagen des Lehrbuches zum Polizeirecht von VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht*, vgl. 7. Aufl., Göttingen 1982, 108 ff., 8. Aufl. 1985, Rn. 218 ff., 10. Aufl. 1991, Rn. 218 ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 7, 198; vgl. dazu auch oben Fn. 82.

¹⁰⁸ Also allen Gesetzen, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung als solche richteten, vgl. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*. Neudruck der 14. Aufl., Berlin 1933, Bad Homburg 1987, 454.

ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechtes gesehen werden“ müssen,¹⁰⁹ nicht nur, dass die Grenze zwischen Gesetzesrecht und Verfassungsrecht und folglich auch diejenige zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den übrigen Gerichtsbarkeiten unscharf wurde, wie es Grimm formulierte,¹¹⁰ sondern auch eine Verschiebung im logischen Verfahren von der *Norm-Abgrenzung/Hierarchisierung* zur *Abwägung*. Evident wird so aber auch, dass die Unterscheidung, ob Konsistenz oder Widerspruch nicht selten eine Frage der Perspektive ist und es sich oft erst ab einem gewissen Entwicklungsstand der Diskussion zeigt, dass und ob ein Zusammenhang von Aussagen konsistent oder inkonsistent ist.¹¹¹

Die Frage *Hierarchisierung oder Abwägung* macht auch den Kern des klassischen Methodenstreites um Kanon und Rangordnung oder Stufenfolge der Auslegungsgrundsätze aus: Gibt es über den herkömmlichen Kanon der vier Auslegungselemente (grammatisches, logisches, historisches, systematisches) weitere Interpretationsregeln (z. B. Folgenorientierung, verfassungskonforme Auslegung) oder ist die Zahl zulässiger Interpretationsgesichtspunkte gar prinzipiell unbegrenzt?¹¹² Eine verbindliche Antwort im Sinne eines festen Kanons und eindeutiger Prioritätsregeln¹¹³ wird sich für diese Frage ebenso wenig geben lassen, wie es für die *Abwägung* einen festen, geschlossenen Kanon möglicher und zulässiger (Abwägungs-)Gesichtspunkte geben kann. Denn hier wie dort wird durch solche „Regeln“ die *Stimmigkeit* (s. u.) zwischen juristischer und, worauf noch einzugehen sein wird, gesellschaftlicher Kohärenz hergestellt. Das bedeutet nicht Beliebigkeit. Konkrete Eingrenzungen müssen über die nachfolgenden „Stufen“ erfolgen, wenn eine Entscheidung nicht den Vorwurf auf sich ziehen will, „de lege artis“ nicht kohärent zu sein. Methodisch ist das Problem des

¹⁰⁹ BVerfGE 7, 198, 208.

¹¹⁰ GRIMM, Das Grundgesetz (Fn. 82), 48.

¹¹¹ Siehe dazu mit Beispielen aus den Naturwissenschaften ULRICH CHARPA, *Grundprobleme der Wissenschaftsphilosophie*. Paderborn 1996, 188 f.

¹¹² ARTHUR KAUFMANN, Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Rechtsdogmatik, in: KAUFMANN/HASSEMER, *Rechtsphilosophie* (Fn. 8), 125.

¹¹³ Vgl. HASSEMER, Rechtssystem und Kodifikation, in: KAUFMANN/HASSEMER, *Rechtsphilosophie* (Fn. 8), 262 f.; ferner ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (Fn. 7), 303 ff. und – enger – MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik* (Fn. 9), 248 ff; aus schweizerischer Perspektive: ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*. München 1998, 39 ff., 127 f. Dass sich die Rechtsprechung (konsequent) hütet, diese Frage konsistent zu thematisieren – vgl. etwa ULFRID NEUMANN, *Der „mögliche Wortsinn“ als Auslegungsgrenze*, in: EIKE VON SAVIGNY (Hrsg.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*. München 1976, 50 f. – wäre ein eigenes Thema, ist aber Bedingung, die Rechtsprechung insgesamt kohärent zu halten.

Umfanges des Auslegungsrepertoires zunächst ein solches der Umfassendheit.

b) Umfassendheit

Das Kriterium der Umfassendheit oder Vollständigkeit lässt sich zunächst uneingeschränkt wörtlich als all-umfassend begreifen und umschließt so jeden denkbaren Gesichtspunkt und auch jeden denkbaren Gegeneinwand, der im Zusammenhang der Entscheidungsfindung und Begründung nicht ausgeschlossen werden kann.

Mit dieser Definition wäre der Begriff freilich praktisch völlig unbrauchbar. Der Richter hat oft schon Schwierigkeiten genug, etwa den Beteiligten klar zu machen, dass es für die Entscheidung nicht auf alle ihnen persönlich wichtigen Gesichtspunkte ankommt – geschweige denn, dass eine theoretische Totalität aller Gesichtspunkte handelbar wäre. Mit einem solchen Inhalt führt der Begriff auch theoretisch nicht weiter. Wirklichkeit und Theorien als *tools for handling*¹¹⁴ werden perspektivisch konstruiert aus der jeweiligen geistigen, sozialen, kulturellen Situation; „Gesichtspunkte“ sind schon nach schlichtem Sprachverständnis immer selektiv. Entsprechend begrenzt sind unsere Argumentations- und Denkräume.¹¹⁵ Das Kriterium der Umfassendheit oder Vollständigkeit des Interpretationsmaterials kann in unserem Zusammenhang mithin nur auf die Untermenge derjenigen Normen und Interpretationsgesichtspunkte bezogen sein, die sich als die relevanten, „in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte“ bezeichnen lassen. Systemtheoretisch formuliert geht es um die möglichen und zulässigen Kriterien für die „Reduktion von Komplexität“.

Plastisch lässt sich der Grundsatz entsprechend der im Planungsrecht üblichen Formel so fassen: Es sind die Gesichtspunkte in die Argumentation einzustellen, die nach Lage des Falles in sie eingestellt werden müssen.¹¹⁶ Das ist nicht neu. Es geht um nichts anderes als um die „Technik des Problemdenkens“ (Viehweg); das ist im Sinne der rhetorischen Tradition die Phase des Auffindens von Argumenten, die

¹¹⁴ Vgl. dazu im allgemeineren Zusammenhang STRAUCH, Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit? (Fn. 6), 1027.

¹¹⁵ Das Gebot der Widerspruchsfreiheit ist deshalb auch nur innerhalb dieser Denkräume relevant. Von einem Begründungszusammenhang zu sagen, er sei kohärent, kann nur bedeuten, dass er *in sich* und in dem Denkraum, in dem er generiert wird, widerspruchsfrei ist.

¹¹⁶ Vgl. die Grundsatzentscheidung BVerwGE 34, 301.

„ars inveniendi“.¹¹⁷ Wesentliche „topoi“ seien hier aufgezählt: beginnend mit dem

- „Normtext“¹¹⁸ folgen
- die „klassischen“ Auslegungsregeln (canones)
- Sachbereichsstruktur: Wirklichkeitsmodelle der Norm
- Auslegungsnormen (z. B. Art. 103 Abs. 2 GG)
- sonstige (normative) Auslegungsvorgaben (z. B. aus dem Gebot der Rechtssicherheit)
- Dogmatik
- Vergleichsfälle, Richterrecht
- Lehrmeinungen

Dieser „Katalog“ wäre auszubauen (z. B. hinsichtlich von – bereichsspezifischen – Abwägungsmodellen und -Gesichtspunkten) und zu verfeinern. Wesentlich ist, dass Vergleichsfälle, Fallreihen und Richterrecht einen systematischen Ort bekommen. Und dies in den Grundfunktionen von Methodik und Bindung: Bindung kann rational nur durch Methodik hergestellt werden. Genau wie diese auch Grundbedingung einer gerechten Entscheidung ist, nämlich Gleiches gleich zu behandeln. Der Richter, der bei der Behandlung oder Bewertung zweier Fälle in unterschiedlicher Weise vorgeht oder entscheidet, muss angeben können, worin der Unterschied liegt, der ihn in diesem Fall zu dieser und in jenem Fall zu jener Entscheidung veranlasst hat.¹¹⁹ Anders handelt er willkürlich und ungerecht. Das heißt aber, dass er den Weg, den er bei seiner Entscheidung gegangen ist, gedanklich nachgehen können muss – und nichts anderes bedeutet bekanntlich ins Griechische rückübersetzt „methodisch“.

¹¹⁷ Vgl. THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*. 5. Aufl., München 1974, § 8 I. Es ist vielfach kritisiert worden, dass zwischen der Phase des Auffindens von Argumenten, der „ars inveniendi“ und der des Bewertens, der „ars iudicandi“ (Ciceros *Topica*, § 6) zu differenzieren ist; vgl. hierzu insbesondere LOTHAR BORNSCHEUER, *Topik. Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft*. Frankfurt am Main 1976, 115 ff., auch JOACHIM LEGE, *Pragmatismus und Jurisprudenz*. Tübingen 1999, 432 ff. m. w. N. – Nach der hier vertretenen Konzeption hat die Phase des Bewertens, der „ars iudicandi“, ihren Ort in der Phase, in der die Topoi auf ihre Tragfähigkeit als „Gründe“ hin zu überprüfen sind, d. h. in der sie stimmig – kohärent – in die Argumentation eingepasst werden müssen.

¹¹⁸ Im Sinne von MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik* (Fn. 9), 154 ff.; siehe auch DERS., *Virtualität im Rahmen der strukturierenden Rechtslehre*, in: KRAWIETZ/MORLOK (Hrsg.), *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik* (Fn. 6), 359, 367 f.

¹¹⁹ Vgl. hierzu auch den Gedankengang bei ALEKSANDER PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*. Wien 1983, 169.

Dieses „Nachgehen“ ist das Einordnen in den Denk- und Argumentationsraum, in dem die tragenden Gesichtspunkte, die entscheidungserheblichen Normen und Topoi zugleich auch als Kriterien darüber entscheiden, ob es sich um einen „vergleichbaren“ oder ähnlich gelagerten Fall handelt. Aus der Einordnung in die Fall-Reihe ergibt sich so umgekehrt auch ein „Katalog“ der relevanten Gesichtspunkte. Gerade bei abweichenden Entscheidungen müssen mit anderen Worten die Gesichtspunkte und Argumente vorangegangener Entscheidungen aufgegriffen werden.

Wird eine Entscheidung nicht im Wege der logisch-deduktiven Operation getroffen, sondern im Wege der Abwägung der Topoi, bedeutet dies auch, dass diese „verhandelt“ werden müssen. Hier ist die Methodik unmittelbar mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens, des rechtlichen Gehörs, verklammert. Da es eben keinen *numerus clausus* der relevanten Gesichtspunkte gibt, muss auch und zumeist vor allem darüber verhandelt werden, was nach Lage des Falles als Gesichtspunkt in die Argumentation einzustellen ist und was nicht. Die „Umfassendheit“ beantwortet sich mithin nicht nur materiell (nach Lage der Dinge), sondern auch prozedural: als Erkenntnis durch Verfahren.

c) *Stimmigkeit*

Wenn das Gericht seine Entscheidung zu begründen hat, ist damit augenscheinlich nicht nur gefordert, dass die wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und in einen widerspruchsfreien Zusammenhang gebracht werden; die Sätze und Argumente müssen auch in einem qualifizierten – positiven – Zusammenhang stehen, um als Begründung akzeptiert zu werden. Und diese Akzeptanz hat zwei Bedingungen: Zum einen müssen sie (im engeren Sinn) *begründungslogisch kohärent* sein; damit sind keine Begrenzungen auf das gemeint, was heute als mathematische oder formale Logik bezeichnet wird, sondern zunächst alle Schlussformen und Regeln, die von der *Argumentationstheorie* umfasst werden.¹²⁰ Und zum anderen müssen sich die Sätze und Behaup-

¹²⁰ Zum Überblick über die allgemeinen Argumentationstheorien vgl. CHRISTOPH LUMER, *Argumentation/Argumentationstheorie*, in: *Enzyklopädie Philosophie* (Fn. 71), Bd. 1, 88. Zu den unterschiedlichen Ansätzen der juristischen Argumentationstheorien siehe JOCHEN SCHNEIDER/ULRICH SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung*, in: KAUFMANN/HASSEMER, *Rechtsphilosophie* (Fn. 8), 480 ff. Zur Funktion der Kohärenz in der Begründungslogik siehe insbes. ROBERT ALEXY, *Juristische Begründung, System und Kohärenz*, in: OKKO BEHRENDIS/MALTE DIEGELHORST/RALF DREIER (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen 1990, 95 ff.; zuvor PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation* (Fn. 119), 176 ff.; vgl. dazu

tungen in einen sozialen Kontext einfügen, also anschlussfähig bzw. im oben beschriebenen Sinn *sozial kohärent* sein. Dies macht es aus, wenn es in der 1. These zur Kohärenz heißt, dass die Richtigkeit einer Entscheidung durch Kohärenz der Begründung innerhalb eines *als hinreichend akzeptierten Norm- und Prämissenrahmens* bestimmt wird.

Dieser Rahmen fordert unabweisbar – soweit auch immer einer vorhanden ist – eine Auseinandersetzung mit dem Normtext. Die Gesetzestafeln Moses, die „Zwölf Tafeln“ der Römer, die Gesetze Solons oder auch etwa die Kodifikationen des 18. Jahrhunderts verweisen uns hier auf den mythischen und historischen Zusammenhang von *lex scripta* und den Kampf um Gleichheit und Rationalität des Rechts. Für den Juristen reicht ein kurzer Hinweis auf Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG. Kohärenz ist mit anderen Worten ohne präzise und stimmige Arbeit am Gesetzestext nicht herstellbar. Und für diese Arbeit am Text haben die klassisch genannten Auslegungsregeln nach wie vor ihre hervorragende Bedeutung. Nur handelt es sich im Wesentlichen nicht um deduktive Operationen, auch nicht entscheidend um solche, „wie sie z. B. in der Philologie geübt“ werden (Savigny).¹²¹ Dieser – philologische – Weg ist seit dem Paradigmenwechsel in der Sprachphilosophie gleichsam verbaut.¹²² Fragen wir nach der Bedeutung eines Wortes, so ist die „Bedeutung des Wortes ... das, was die Erklärung der Bedeutung erklärt“, heißt es bei Wittgenstein.¹²³ Nehmen wir seinen Satz hinzu: Eine „Sprache vorstellen heißt, sich eine Lebensform vorstellen“,¹²⁴ ist Bedeutung zu verstehen als das, was durch die „Lebensform“ bedingt, als Erklärung akzeptiert wird.¹²⁵ Oder ganz konkret: Das Deutsch des BGB oder des StGB ist Fachsprache, nicht Umgangssprache; deshalb haben Lehrer und Juristen auch die grundsätzlichen Probleme miteinander. Für die juristische Textarbeit gilt mithin, wie es Friedrich Müller formuliert hat, dass „der Normtext, wie übrigens jeder

BRACKER, Kohärenz und juristische Methode (Fn. 71), 103 ff. Im vorliegenden Zusammenhang, in dem es nur um die Grundstrukturen von „Stimmigkeit“ gehen kann, ist es leider nicht möglich (und auch nicht zwingend), eine – notwendiger Weise sehr detaillierte – Auseinandersetzung mit den einzelnen Ansätzen zu führen. Von zentraler Bedeutung wäre hier insbesondere die These Toulmins, Logik sei verallgemeinerte Jurisprudenz, STEPHEN TOULMIN, *Der Gebrauch von Argumenten*. 2. Aufl., Weinheim 1996, 12.

¹²¹ FRIEDRICH CARL V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 1, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1981, 213.

¹²² EDMUND BRAUN (Hrsg.), *Paradigmenwechsel in der Sprachphilosophie*. Darmstadt 1996.

¹²³ LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt am Main 1984, Abschn. Nr. 560.

¹²⁴ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* (Fn. 123), Nr. 19.

¹²⁵ JOSEF SIMON, *Sprachphilosophie*. Freiburg 1981, 106; Vgl. auch TOMASELLO, Die kulturelle Entwicklung (Fn. 46), 130.

Text, nicht ohne Bezug zum ihn begleitenden Wirklichkeitsmodell verstanden werden kann.“¹²⁶ So geht es etwa bei der historischen Interpretation ebenso wie bei der teleologischen zumeist um solche Wirklichkeitsmodelle und Wirklichkeitsinterpretationen (II., 3. These).¹²⁷ Andererseits sind z. B. die Konkretisierungen von Tatbestandselementen Probleme des Einfügens in das Rechtssystem des für relevant gehaltenen Rechtsbereichs. Wenn der Jurist, z. B. bei einem Grenzfall zwischen Diebstahl und Betrug, Literatur und Rechtsprechung zum Begriff der „Wegnahme“ zusammensucht – und anders kann er professionell gar nicht arbeiten! – dann ist dies keine Textauslegung, sondern ein Einordnen in die rechtlichen Strukturen, die – gebildet aus Begriffen, Grundsätzen, der Rechtsprechung mit typischen Problemlösungen etc. – das Gefüge eines Rechtsgebiets ausmachen. Und es muss im Gesamtzusammengang unserer Überlegungen auch nicht mehr ausdrücklich betont werden, dass auch bei der Zuordnung von Gesetzeswortlaut und Wirklichkeitsmodellen Kohärenzen hergestellt werden. Nur wenn und soweit Präjudizien, Fallreihen, Dogmatik einem Begriff (= einem Wort in einem Normtext) einen bestimmten (auch im konkreten Streitfall nicht in Zweifel gezogen!) Inhalt gegeben haben, haben wir es – scheinbar – mit einem deduktiven Vorgehen zu tun. Deduktion aus nicht weiter interpretationsbedürftigen Begriffen macht also eben nicht den Kern der Arbeit am Gesetzestext aus. Gleichwohl liegt es nahe, mit derjenigen Formung von Stimmigkeit zu beginnen, die gleichsam „Kohärenz größter Dichte“ bedeutet.

(1) Von der Logik zur Rhetorik

In der Sprache der Logiker wäre Kohärenz etwa mit folgender Formel zu bestimmen: Wenn „p“ „q“ unterstützt, sind „p“ und „q“ miteinander kohärent.¹²⁸ Die unterschiedliche Beziehung kann dabei einmal deduktiv sein, d. h. „q“ wird von „p“ logisch impliziert. Diese Beziehung ist der Kern sowohl der Urteilslehre in der traditionellen Logik als auch der traditionellen juristischen Subsumtionslehre. Die unterstützende Beziehung kann aber auch nicht-deduktiv sein. Damit ist das angesprochen, was die Logiker „Induktion“ oder „Abduktion“ nennen. Bei der „Induktion“ handelt es sich um den Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine, um die Verallgemeinerung eines Falles zu einer Regel, bei der weiteren synthetischen Schlussform um den

¹²⁶ MÜLLER/CHRISTENSEN, Juristische Methodik (Fn. 9), 154.

¹²⁷ Vgl. auch MÜLLER/CHRISTENSEN, Juristische Methodik (Fn. 9), 151.

¹²⁸ Vgl. näher PECZENIK, Grundlagen der juristischen Argumentation (Fn. 119), 176.

Schluss von einer angenommenen Regel auf den Fall.¹²⁹ Doch in unserem Zusammenhang interessiert nicht allein die Diskussion logischer Schlussformen.

„Nicht-deduktiv“ ist vor allem auch das breite Arsenal rhetorischer Stilmittel, der rhetorischen Figuren, mit denen das Gericht von der Richtigkeit seiner Entscheidung überzeugen will, insbesondere die rhetorischen Syllogismen (Enthymeme), also Wahrscheinlichkeitsschlüsse, „Beweise“ im umgangssprachlichen Sinn, bei denen Behauptung zusammen mit einer Begründung, Sentenzen mit Gründen vorgebracht werden¹³⁰, traditionell oft verstanden im Sinne eines unvollständigen Syllogismus, bei dem die Prämisse ausgelassen und vom Zuhörer bzw. Leser ergänzt wird.¹³¹ Empirische Urteils-Text-Analysen haben inzwischen deutlich gemacht, was wir eigentlich alle schon immer wussten: richterliche Entscheidungen arbeiten viel mehr und ausgiebiger mit rhetorischen Figuren als mit auch nur halbwegs sauber ausgearbeiteten logischen Schlüssen.¹³²

Zur Veranschaulichung der Bedeutung, die einer Verschränkung begründungslogischer und rhetorischer Elemente mit politisch-gesellschaftlichen Überzeugungen in der Kohärenz einer Begründung zukommt, sei nochmals das Lüth-Urteil als Beispiel aufgegriffen. Die grundlegende Äußerung lautet:

„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (,un des droits les plus précieux de l'homme' nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1798). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 ff., 205). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, ‚the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom‘ (Cardozo).“¹³³

Wenn etwas „konstitutiv“ ist, trägt ein beigefügtes „schlechthin“ zur argumentativen Präzisierung nichts bei; beigefügt ist es offenbar, um

¹²⁹ Beispiel für die *Induktion*: Diese Bohnen sind aus diesem Sack – diese Bohnen sind weiß – alle Bohnen in diesem Sack sind weiß. Für die *Hypothese*: Alle Bohnen aus diesem Sack sind weiß – diese Bohnen sind weiß – diese Bohnen sind aus diesem Sack. Vgl. dazu LEGE, Pragmatismus und Jurisprudenz (Fn. 117), 32 f., 438; siehe auch 87, 128.

¹³⁰ Siehe dazu jetzt ARISTOTELES, *Rhetorik*, übersetzt und erläutert von CHRISTOF RAPP, 1. Halbband, Berlin 2002, 223 ff.

¹³¹ Siehe dazu ØIVIND ANDERSEN, *Im Garten der Rhetorik. Die Kunst der Rede in der Antike*. Darmstadt 2001, 139 ff., 149 ff.

¹³² Siehe insbesondere die Arbeiten von KARIN SOBOTA, hier: „Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode der Rechtswissenschaft“, in: *JZ* 1992, 231.

¹³³ BVerfGE 7, 198 ff., 208.

dem Konstitutivum *rhetorisch* ein schlechthin überzeugendes Gewicht zu verleihen. Noch deutlicher wird die Verschränkung von begründungslogischen Elementen mit gesellschaftlichen Anschauungen und Standards.

(2) Kohärenz und gesellschaftliche Anschauungen

Damit kommen wir zu einer wesentlichen zweiten Ebene: der sowohl notwendigen als auch immer wieder problematischen Verankerung der juristischen Argumentation in das in der Gesellschaft herrschende oder angestrebte Wertesystem. An der Lüth-Entscheidung lässt sich dieser Zusammenhang paradigmatisch verdeutlichen und verallgemeinern. Inhaltlich wird Kohärenz dadurch hergestellt, dass das Bundesverfassungsgericht sowohl die „grundlegende Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit“ demokratietheoretisch begründet, als auch die Umformung der Grundrechtsdogmatik von einem formalen Schranken-System zu einem Abwägungssystem demokratietheoretisch absichert. Die Basis dieser Argumentation liegt in der Grunderfahrung der Machtergreifung durch das NS-Regime mit der Erkenntnis, dass Rechtsstaat und Demokratie strukturell unlösbar miteinander verbunden sind. Die Positionen in dem dogmatisch-methodischen Streit um die Grundrechtsinterpretation hingen insoweit nicht zuletzt entscheidend davon ab, ob man diese Erfahrung teilte oder im Sinne des 19. Jahrhunderts an der Vorstellung einer Trennbarkeit, wenn nicht gar eines prinzipiellen Widerspruches von Demokratie und Rechtsstaat festhielt.¹³⁴

Der Einwand Böckenfördes, die grundrechtlichen Freiheiten würden mit der Wertinterpretation der Grundrechte im Ergebnis dem Zugriff des jeweils vorherrschenden – und im 20. Jh. erfahrungsgemäß schnell wechselnden – gesellschaftlichen Wertebewusstseins ausgesetzt, „der Charakter des rechtlich Vorausliegenden“ sei damit entfallen,¹³⁵ liegt auf der Hand, verweist aber auf den Kern und das Grundproblem jeder

¹³⁴ Repräsentativ ERNST FORSTHOFF mit seiner These, „daß sich die verfassungspolitische Funktion des Art. 5 gerade dann – und nur dann – erfüllt, wenn man den Artikel so auslegt, wie man ihn von jeher verstanden hat“, in: *VVDStRL* 22 (1965) 189 f. (Diskussionsbeitrag). Vgl. auch DERS., Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: HANS BARION/ERNST FORSTHOFF/WERNER WEBER (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt*. Berlin 1959, 35 ff., wieder abgedruckt in: ERNST FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950 bis 1964*. Stuttgart 1964, 147 ff.

¹³⁵ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *NJW* 1974, 1529, wieder abgedruckt in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main 1976, 221, 234.

Methodenlehre. Eine Entscheidung begründen heißt immer auch, die Bindung an einen Grund zu suchen und die Notwendigkeit einer solchen Verankerung zu akzeptieren. Wo und in welcher Tiefe der Grund liegt, ist jedoch präzise nicht bestimmbar. So wenig wie es einen Numerus clausus der relevanten Gesichtspunkte oder ein rechtlich oder methodisch allgemeines Kriterium für die Unterscheidung zwischen relevanten und nicht relevanten Topoi gibt, lässt sich materiell eine methodisch gebotene „Begründungstiefe“ ermitteln. Hat sich zu Rechtsfragen eines Problem- und Konfliktbereiches eine ständige Rechtsprechung (mit dem Gütesiegel: h. M.) herausgebildet, kann man vergleichbare Fälle unschwer „eingliedern“; man braucht den bisherigen Begründungen nur nachgehen, um „methodisch“ zu sein und insoweit ist dann auch die „Begründungstiefe“ vorgegeben. Der „als hinreichend akzeptierte Norm- und Prämissenrahmen“ (1. These) wird aber nicht nur durch das „rechtlich Vorausliegende“ bestimmt, von dem Böckenförde spricht. Der „Grund“ des Rechtsstreites ist ein sozialer Konflikt. Je unmittelbarer eine gerichtliche Entscheidung gesellschaftliche Institutionen und Konfliktfelder berührt, wird sie – um der sozialen Kohärenz willen – den juristischen Norm- und Prämissenrahmen über als akzeptiert angesehene gesellschaftliche Standards in diesen Standards verankern oder jedenfalls absichern (müssen). Wie oben zur 3. These bereits ausgeführt: Hinter den Normen stehen vom Gesetzgeber gewollte bzw. vom Interpreten vorgestellte Wirkungszusammenhänge, die als (vielfach wertbezogene) Funktions-Modelle zu begreifen sind, wie eben diese Normen die Wirklichkeit regulierend entweder ändern oder stabilisieren sollen.¹³⁶ Werden die bisherigen Vorstellungen und Modelle nicht mehr akzeptiert, verändern sich auch die „Kohärenzbedingungen“; Paradigmenwechsel und neue Leitentscheidung haben zumeist in diesem Mechanismus der Herstellung *gesellschaftlicher* Kohärenz ihren Grund. Es handelt sich hier um nicht hintergehbare Mechanismen des Juristischen.¹³⁷

Das „Rein-Juristische“ lässt sich demgegenüber auch durch juristische Methode nicht retten. Wie alle Erfahrung lehrt, ist die Methodik selbst nur Teil dieses Prozesses, Kind eben jenes Zeitgeistes, vor dem sie schützen soll. Nichts belegt hier den Zusammenhang von Kohärenz und Methode beispielhafter als die Kohärenz, die zwischen dem juristischen Positivismus, den zeitgenössischen wissenschaftstheoretischen Standards und den politischen Anforderungen bestand, die an die posi-

¹³⁶ Zu den Nachweisen vgl. oben Fn. 97 und 100.

¹³⁷ RÜTHERS, *Rechtstheorie* (Fn. 88), 367, spricht von der „Illusion der geschichtslosen Rechtsanwendung“.

tivistische Methode gestellt waren und denen sie genügte.¹³⁸ Aber diese zu reflektieren, ist unverzichtbare Aufgabe der juristischen Methodenlehre.

¹³⁸ Zu diesem Zusammenhang insbesondere PETER VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*. Frankfurt am Main 1974.