

ULFRID NEUMANN

Wahrheit statt Autorität

Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht

I. Begründung als Rechtfertigung

1. Legitimationsbedürfnisse

Wozu, so könnte ein Skeptiker fragen, bedarf es einer Begründung gerichtlicher und anderer rechtlicher Entscheidungen? Entweder das Urteil ist richtig; dann ist die Begründung überflüssiges Beiwerk, Zeitverschwendung, Vergeudung von Ressourcen, eine zusätzliche Belastung der ohnehin überforderten Justiz. Oder aber das Urteil ist falsch: dann kann die Begründung entweder nur gleichfalls fehlerhaft oder unschlüssig sein; schlimmstenfalls dient sie der Fassadenlegitimation, verdeckt gleisnerisch die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung selbst. Rechts- und ideengeschichtlich versiert könnte sich der Skeptiker weiter auf das berühmte Diktum eines prominenten Vertreters der Freirechtsschule berufen, schließlich verlange der Gläubige ja auch vom Jüngsten Gericht keine Entscheidungsbegründung.¹ – Was würde ein Verteidiger der gerichtlichen Begründungspraxis dem Skeptiker entgegenhalten?

Vermutlich würde er, anstatt sofort die Tragfähigkeit einer radikalen Trennung von Entscheidungsrichtigkeit und Begründungsrichtigkeit in Zweifel zu ziehen,² zunächst den Hinweis auf das Jüngste Gericht dankbar aufgreifen. Denn der Vergleich von göttlichem und irdischem Gericht spielt ihm die zentralen Argumente in die Hand. Dabei ist nicht einmal entscheidend, dass das Jüngste Gericht in den Händen eines allwissenden Richters liegt, dessen Urteile nicht qua Begründung als

¹ GNAEUS FLAVIUS (= HERMANN KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg 1906, 42.

² Näher dazu ULFRID NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: ARTHUR KAUFMANN/WINFRIED HASSEMER/ULFRID NEUMANN (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 7. Aufl., Heidelberg 2004, 333 ff., 341 f.

richtig erwiesen werden müssen. Entscheidend ist, dass schon die Erwartung einer Begründung, das Verlangen nach einer Rechtfertigung des Urteils, Blasphemie wäre. Die Vorstellung einer Begründungspflicht wäre hier ebenso abseitig wie die einer Anfechtbarkeit des Urteils im Wege von Berufung oder Revision. Ein „Jüngstes Gericht zweiter Instanz“ hätte, ebenso wie Salomos Urteil zweiter Instanz,³ seinen Platz nur in der Satire.

Das Beispiel des Jüngsten Gerichts macht deutlich, dass es bei der Begründung von Entscheidungen immer auch um deren Rechtfertigung geht. Im Englischen wie im Französischen spiegelt schon die Terminologie („justification“ als Begründung wie als Rechtfertigung) diesen Zusammenhang. Entscheidungsbegründungen decken einen Legitimationsbedarf, der im Verhältnis zwischen dem Entscheider einerseits und den von der Entscheidung unmittelbar oder mittelbar in ihren Interessen Betroffenen andererseits besteht.

2. Begründungspflichten im demokratischen Rechtsstaat

Danach ist einsichtig, dass Akte der staatlichen Rechtssetzung grundsätzlich der Rechtfertigung durch Begründung bedürfen. Sowohl die generelle (Gesetzgebung) als auch die singuläre Rechtssetzung (Gerichtsurteil, Verwaltungsakt) greift regelmäßig in Interessen betroffener Personen ein. Tatsächlich unterliegen jedenfalls die Gerichte und weiterhin auch die Verwaltungsbehörden (§ 39 VwVfG) in Deutschland heute bei ihren Entscheidungen einem Begründungszwang. Dass es hier gleichwohl nicht um Selbstverständlichkeiten geht, zeigen die hier zu notierenden Einschränkungen. Denn zum einen gilt der Begründungszwang nicht für den Gesetzgeber, dessen Entscheidungen die Basis für die ihrerseits begründungspflichtigen Gerichtsurteile und Verwaltungsakte bilden. Eine Pflicht zur formellen Begründung der von den Parlamenten des Bundes und der Länder beschlossenen Gesetze besteht nicht. Zum anderen ist eine Begründungspflicht für gerichtliche Entscheidungen (und erst recht für Akte der Verwaltung) historisch erst neueren Datums. Die umfassende Begründungspflicht, der Gerichtsurteile heute in Deutschland unterliegen, ist eine Errungenschaft des 19. Jahrhunderts. Das Kanonische Recht lehnte noch bis zum Inkrafttreten des Codex iuris canonici (1918) eine Begründung der richterlichen Entscheidung für den Regelfall ab.⁴

³ EPHRAIM KISHON, *Salomos Urteil – zweite Instanz. Neue Satiren*. 14. Aufl., München 1990.

⁴ HELMUT SCHNIZER, Die Entscheidungsbegründung im Kirchenrecht, in: RAINER SPRUNG/BERNHARD KÖNIG (Hrsg.), *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten*

Die Erklärung für diese Zurückhaltung liegt in einer konstitutionellen Spannung zwischen Autorität und Argumentation, der eine weitgehende Suspendierung von Begründungspflichten im Rahmen von Autoritätsverhältnissen korrespondiert. Wenn „begründen“ zugleich „rechtfertigen“ bedeutet, dann setzt eine Begründungspflicht voraus, dass der Verpflichtete dem Empfänger der Begründung eine Rechtfertigung schuldet. Diese Vorstellung aber ist im Rahmen autoritärer Denkmodelle, im Bereich des „sic volo, sic jubeo“ nicht akzeptabel. Solange die staatlichen Instanzen nicht als durch den Volkswillen legitimierte (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) Institutionen, sondern als eine von Gott gesetzte Obrigkeit verstanden wurden, war für den Gedanken einer gegenüber den betroffenen Bürgern („Untertanen“) bestehenden Begründungspflicht kein Raum. Eine Pflicht zur Begründung richterlicher Entscheidungen konnte dann allenfalls der Kontrolle der Rechtsprechung durch den Landesherrn dienen. Es ist kein Zufall, dass die begründungsfeindliche Tradition des theologischen Staatsdenkens in der Zeit der NS-Diktatur im Werke Carl Schmitts eine zeitgemäße Wiederbelebung erfuhr.⁵

Auf der anderen Seite zeigt sich der Zusammenhang zwischen Begründungspflicht und dem jeweiligen Stand der Rechtskultur (und damit der politischen Kultur) an den Anforderungen, die heute in der Rechtsordnung der Bundesrepublik an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen gestellt werden. Die gesetzlichen Bestimmungen zur weithin statuierten, wenn auch nicht lückenlosen⁶ Pflicht zur Begründung richterlicher Entscheidungen (§ 313 ZPO; § 267 StPO; § 117 VwGO) sind aus der Sicht heutiger Rechtsprechung und -wissenschaft nur ein Minimalprogramm. Die Anforderungen, die von den Gerichten höherer Instanz und vom Bundesverfassungsgericht⁷ gestellt werden, gehen darüber teilweise erheblich hinaus.

Das betrifft zum einen die tatsächlichen Feststellungen. So ist nach den Bestimmungen der Strafprozessordnung das Gericht nicht verpflichtet darzulegen, weshalb es von einem bestimmten Sachverhalt ausgeht, beispielsweise also gerade den Angeklagten für den Täter eines Raubmords hält. Lediglich im Falle eines Indizienbeweises sollen

und im Verfahren vor internationalen Gerichten. Wien 1974, 27 ff., 27. Heute gilt der Codex iuris canonici in der Fassung von 1983.

⁵ CARL SCHMITT, *Donoso Cortes in gesamteuropäischer Interpretation*. Köln 1950. Vgl. dazu MARTIN KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. Aufl., Berlin 1976, 184.

⁶ So braucht ein Beschluss, in dem das Rechtsmittel der Revision von dem Revisionsgericht einstimmig als offensichtlich unbegründet verworfen wird, im Strafverfahren nicht begründet zu werden (§ 349 Abs. 2 StPO).

⁷ Exemplarisch BVerfGE 34, 269 ff., 287 (Gründung der Entscheidung auf rationaler Argumentation als verfassungsrechtliche Vorgabe).

(nicht: müssen) auch die entsprechenden Indizien angeführt werden (§ 267 Abs. 1 Satz 2 StPO). Diese Regelung ist nach heute einhelliger Ansicht unzureichend und deshalb verfehlt.⁸ Die Rechtsprechung verlangt deshalb über § 267 Abs. 1 StPO hinaus eine erschöpfende Beweiswürdigung.⁹ Die dafür gegebene Begründung ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Entscheidung und Argumentation höchst aufschlussreich. Die Vorschrift, auf die man sich zur Statuierung einer weitgehenden Begründungspflicht beruft, besagt, dass das Gericht bei der Feststellung des tatsächlichen Geschehens nach seiner freien, „aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“ *entscheidet* (§ 261 StPO). Von Begründung ist dort nicht die Rede. Dass der Richter diese erschöpfende Würdigung in den Urteilsgründen darzulegen hat, ist eine Forderung der heutigen Rechtswissenschaft und -praxis. Diese Erweiterung von Vorgaben korrekten Entscheidens (umfassende Beweiswürdigung) zu Begründungspflichten ist kennzeichnend für eine Entwicklung, die Entscheidungen staatlicher Instanzen einer stärkeren Kontrolle durch die Betroffenen, die Öffentlichkeit oder andere Instanzen unterzieht. Dieser Entwicklung entspricht eine Verlagerung des Interesses von einer juristischen Methodenlehre als einer Lehre richtigen Entscheidens hin zu einer Theorie der juristischen Argumentation als einer Disziplin, die sich mit den Standards korrekten juristischen Begründens befasst.

Es betrifft zum anderen auch die rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts. Auch in diesem Punkt gehen die heutigen Standards in Rechtspraxis und -wissenschaft über das Minimalprogramm des Gesetzes deutlich hinaus. So beschränkt die Strafprozessordnung die Pflicht des Richters, seine rechtliche Bewertung des Sachverhalts zu begründen, auf die Angabe der entsprechenden Bestimmungen der Strafgesetze (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Der Richter muss also nach dem Gesetz nicht darlegen, warum er die Tat des Angeklagten gerade als Betrug wertet – auch dann nicht, wenn in Rechtsprechung und Wissenschaft umstritten ist, ob es sich bei der fraglichen Fallkonstellation rechtlich um einen Betrug oder aber um einen Diebstahl handelt. Auch hier setzt die Rechtspraxis heute andere Maßstäbe. Umstrittene Rechtsfragen werden ausführlich diskutiert, oftmals in Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen im wissenschaftlichen Schrifttum, und argumentativ entschieden.

⁸ Statt aller CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*. 25. Aufl., München 1998, 401.

⁹ Nachweise bei LUTZ MEYER-GÖBNER, *Strafprozessordnung*. 47. Aufl., München 2004, § 267 Rn. 12.

II. Möglichkeiten und Grenzen einer Rechtfertigung durch „Richtigkeit“

Argumentation erbringt Rechtfertigungsleistungen, weil und soweit sie beansprucht, Entscheidungen (im weiteren Sinne auch Behauptungen) als richtig zu erweisen. Wo Entscheidungen (Richter) oder Entscheidungsvorschläge (Staatsanwalt, Verteidiger) begründet werden, setzt man nicht auf *auctoritas*, sondern auf *veritas*.¹⁰ Juristisches Argumentieren zielt *idealiter* auf Legitimation durch Wahrheit (Richtigkeit). Die Einwände, die aus der nüchternen Perspektive der forensischen Praxis gegen diesen Anspruch erhoben werden können, sind zahlreich. Sie betreffen insbesondere den rhetorischen Aspekt juristischen Argumentierens (1.), die Mehrdeutigkeit des Richtigkeitskriteriums (2.), den nicht zwingenden Charakter der juristischen Argumentation (3.) sowie den Unterschied von Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung (4.)

1. Juristische Rhetorik oder juristische Argumentation?

Rechtliche Entscheidungen werden nicht nur durch rationale Argumentation beeinflusst. Der Strafverteidiger kann – oft mit Aussicht auf Erfolg – an das Mitleid, der Staatsanwalt an die Kriminalitätsangst des Richters appellieren. Beide können (und werden) die Gesichtspunkte, die für die eigene Position sprechen, rhetorisch herausstreichen und Gegenargumente herunterspielen. Das Ergebnis der Abwägung von Argumenten kann durch die simple Umstellung der Argumente manipuliert werden. „Dies würde dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden“ akzentuiert dieselbe Argumentekonstellation anders als die logisch äquivalente Formulierung: „Dies hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, entspricht aber dem Willen des Gesetzgebers“¹¹.

Die Frage, in welchem Umfang der Jurist zu „rhetorischen“ Mitteln greifen darf (oder muss), ist zwischen dem topisch-rhetorischen Lager einerseits,¹² den Vertretern einer eher konventionellen Methodenlehre andererseits umstritten. Innerhalb des Lagers der juristischen Rhetorik geht die Auffassung am weitesten, die der Vorstellung von einem in der Sache liegenden Richtigkeitskriteriums juristischen Argumentie-

¹⁰ Ausführlich dazu ULFRID NEUMANN, *Wahrheit im Recht*. Baden-Baden 2004, 41 ff.

¹¹ KATHARINA SOBOTA, Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in: *JZ* 1992, 231 ff.

¹² Näher dazu ULFRID NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt 1986, 54 ff.

rens widerspricht und insbesondere die Möglichkeit einer regelorientierten Fallentscheidung und -begründung bestreitet.¹³

Die juristische Rhetorik kann das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, die pragmatische Dimension rechtlichen Argumentierens wieder in Erinnerung gerufen zu haben. Argumentationen beziehen sich nicht nur auf bestimmte Gegenstände, sondern richten sich auch an bestimmte Personen. Allgemein formuliert: Reden ist nicht nur immer Reden über etwas, sondern auch Reden miteinander. Dieser kommunikative Aspekt des Redens und Argumentierens, seine pragmatische Dimension,¹⁴ ist in der juristischen Methodenlehre lange Zeit vernachlässigt worden. Die Betonung der pragmatischen Dimension durch die juristische Rhetorik erinnert daran, dass der Verlauf, die Struktur, die Gestalt von Argumentationen immer auch von den Dispositionen der Argumentationsbeteiligten und ihrem Verhältnis zueinander geprägt ist. In diesem Punkt ist der juristischen Rhetorik uneingeschränkt zuzustimmen.

Die juristische Rhetorik schießt aber über das Ziel hinaus, wenn sie aus dieser pragmatischen Einbindung allen Redens und Argumentierens die Konsequenz zieht, juristische Argumentationen allein am Maßstab ihres Erfolgs zu messen.¹⁵ Denn juristische Argumentationen erheben notwendigerweise den Anspruch auf sachliche, das heißt: von den individuellen Präferenzen, Interessen und weltanschaulichen Prägungen der Adressaten unabhängige Überzeugungskraft. Ohne diesen Anspruch auf eine adressatenindifferente Überzeugungskraft, also auf *sachliche* Richtigkeit, wäre der argumentative Verbund zwischen verschiedenen Gerichten, zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, zwischen Staatsanwaltschaft und Strafverteidigung nicht vorstellbar. Die juristische Argumentation ist jedenfalls der Idee nach die gemeinsame Währung von Personen mit höchst unterschiedlichen, individuellen oder institutionell (Perspektive des Prozessvertreters einerseits, des Richters andererseits) geprägten Dispositionen.

Teilt man den Ausgangspunkt der rhetorischen Perspektive, dass Argumentationen grundsätzlich auf ein bestimmtes Auditorium zielen, könnte man sagen: Adressat juristischer Argumentationen ist nicht ein spezifisches Publikum mit einer spezifischen, selektiven Aufnahmefä-

¹³ FRITJOF HAFT, *Juristische Rhetorik*. 5. Aufl., Freiburg 1995, 11 f. Kritisch dazu ARTHUR KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. München 1999, 25, und aus dem rhetorischen Lager WOLFGANG GAST, *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*. 3. Aufl., Heidelberg 1997, 55 ff., 126 ff.

¹⁴ Vgl. etwa CHARLES W. MORRIS, *Grundlagen der Zeichentheorie. Ästhetik der Zeichentheorie*. Frankfurt am Main 1988, 52 ff. (Original 1938).

¹⁵ Vgl. etwa FRITJOF HAFT, Strafrecht und Rhetorik, in: *JuS* 1981, 718 ff., 719, zur Chance eines – faktischen – Konsenses als Richtigkeitskriterium.

higkeit für Argumente, sondern ein ideales Auditorium, das nur durch rationale juristische Argumente überzeugt werden kann. Der belgische Philosoph Perelman hat für ein Auditorium, das nur durch rationale Argumente überzeugt werden kann, den Begriff des „universalen Auditoriums“ geprägt.¹⁶ Entsprechend könnte man sagen: Juristische Argumentation richtet sich nicht an ein konkretes Publikum, sondern an das universale juristische Auditorium. Die Frage ist dabei freilich, ob man von einer universalen, kulturübergreifenden Vorstellung von Rationalität (einschließlich einer spezifischen juristischen Rationalität) ausgehen kann, oder ob man unterschiedlichen Kulturen, unterschiedlichen Lebensformen das Recht auf eine je eigenständige Definition der rationalen Argumentation zugestehen muss.¹⁷ Dieses Problem, das im Bereich der praktischen Philosophie unter den Stichworten „Universalismus“ und „Kommunitarismus“ diskutiert wird,¹⁸ spielt gegenwärtig insbesondere in der Diskussion um die universale Verbindlichkeit der Menschenrechte eine wichtige Rolle. Sind die in Europa und Nordamerika Ende des 18. Jahrhunderts formulierten und seitdem weiterentwickelten Menschenrechte auch in ideengeschichtlich ganz anders geprägten Teilen der Welt, in China, Indien, Zentralafrika verbindlich? Oder ist es eine spätkolonialistische Anmaßung des Westens, diesen Regionen die jedenfalls im Ursprung spezifisch westlichen Menschenrechte aufzwingen zu wollen? Diese Frage kann hier nicht näher erörtert werden. Im vorliegenden Zusammenhang muss die Feststellung genügen, dass jedenfalls die Rechtsgemeinschaft, die durch eine bestimmte Rechtsordnung konstituiert wird, weithin über gemeinsame Rationalitätsstandards verfügt. Soweit es um Urteilsbegründungen, Schriftsätze oder sonstige juristische Argumentationen im Rahmen dieser Rechtsgemeinschaft geht, ist das Modell eines universalen Auditoriums als Adressat juristischer Argumentation überzeugend. Die Richtigkeit der vom Gericht gefällten oder von einem Beteiligten beantragten Entscheidung ist eine Funktion der Argumentation, die das universale Auditorium überzeugen würde.

¹⁶ CHAIM PERELMAN, *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg 1979, 141; DERS., *Justice, Law and Argument*. Dordrecht 1980, 71 ff.

¹⁷ Vgl. dazu einerseits AULIS AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Wien 1979, 157 ff. und AULIS AARNIO/ROBERT ALEXY/ALEKSANDER PECZENIK, The Foundation of Legal Reasoning, in: *Rechtstheorie* 12 (1981), 423 ff., 439 ff.; andererseits ROBERT ALEXY, Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation, in: ALEKSANDER PECZENIK/JYRKI UUSITALO (Hrsg.), *Reasoning on Legal Reasoning*. Helsinki 1979, 121 ff.

¹⁸ Vgl. hier nur AXEL HONNETH (Hrsg.), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. 3. Aufl., Frankfurt am Main 1995.

2. Die Mehrdimensionalität der „Richtigkeit“ rechtlicher Entscheidungen

Es liegt auf der Hand, dass damit nur ein formales und damit unzureichendes Richtigkeitskriterium angegeben ist. Denn es schließt sich zwangsläufig die Frage an, unter welchen Voraussetzungen eine Entscheidung bzw. ihre Begründung für das universale Auditorium Überzeugungskraft besitzt. Die Antwort „wenn sie auf rationalen Gründen beruht“ würde offensichtlich in einen Zirkel führen. Es müssen materiale Kriterien formuliert werden, anhand deren sich die Richtigkeit beurteilen lässt. Tatsächlich gibt es solche Kriterien. Sie lassen sich in negative und positive Richtigkeitskriterien einteilen. Die negativen sind jedenfalls grundsätzlich allgemein anerkannt, die positiven teilweise umstritten.

a) Negative Voraussetzung ist die Abwesenheit von Störfaktoren, die die Objektivität der Entscheidung und der Argumentation beeinträchtigen könnten. Das heißt: die Entscheidung darf nicht parteilich sein, sich nicht an rechtlich irrelevanten Faktoren, insbesondere nicht an persönlichen Loyalitäten des Richters (oder anderer zur Entscheidung berufener Personen) orientieren. Sie darf nicht private, d. h. in der Rechtsordnung bzw. der Rechtskultur nicht allgemein anerkannte Präferenzen und Überzeugungen des Richters widerspiegeln. Diese Forderung nach Neutralität versteht sich keineswegs von selbst.¹⁹ Demgegenüber ist in modernen Rechtssystemen, die auf einer strikten Trennung von Person und Amt basieren, die Pflicht zur Neutralität gegenüber durch persönliche Bindungen begründeten Loyalitäten immun.

Die Forderung nach Neutralität hat einen persönlich-institutionellen und einen argumentationstheoretischen Aspekt. Hinsichtlich der Person des Entscheidenden ist Unparteilichkeit als persönliche Haltung, als psychologische Disposition, wenn man will: als juristische „Tugend“ gefordert. Liegen Umstände vor, unter denen diese Unparteilichkeit ausnahmsweise gefährdet erscheint, ist ein Richter von der Befassung mit der fraglichen Sache ausgeschlossen. Obwohl für die Beamten der Staatsanwaltschaft insofern keine bundesgesetzlichen Regelungen existieren, wird man diese Bestimmungen grundsätzlich auch auf den Staatsanwalt anzuwenden haben. Das folgt nicht nur aus dem Gebot der Unparteilichkeit, das (in Grenzen) auch für den Staatsanwalt gilt (z. B. § 160 Abs. 2 StPO), sondern aus dem rechtsstaatlichen Prinzip des Verbots der Tätigkeit in eigener Sache. Demgegenüber ist der Verteidi-

¹⁹ Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*. 2. Aufl., Opladen 1983, 177.

ger, da er (obwohl das Gesetz den Rechtsanwalt als „Organ der Rechtspflege“ bezeichnet) keine staatliche Macht ausübt, entsprechenden Regeln nicht unterworfen.

Das bedeutet aber nicht, dass für den Verteidiger – oder den Rechtsanwalt generell – andere *Argumentationsregeln* gelten würden als für den Richter und andere in staatliche Entscheidungsprozesse eingebundenen Juristen. Der Rechtsanwalt darf und muss die Interessen seiner Mandanten vertreten, aber er darf sich nicht einfach auf diese Interessen berufen. Dass der Angeklagte ein Interesse an einem Freispruch oder jedenfalls an der Vermeidung einer Freiheitsstrafe hat, ist nachvollziehbar, aber kein Argument für eine entsprechende gerichtliche Entscheidung. Der Anwalt muss deshalb darlegen, dass das von ihm beantragte Urteil dem Recht, nicht: dass er den Interessen seines Mandanten entspricht. Die Argumente, auf die es dabei zurückgreifen kann, sind identisch mit denen, deren sich das Gericht zur Begründung eines entsprechenden Urteils bedienen kann. Um juristische Relevanz zu erhalten, müssen Interessen in die gemeinsame Währung juristischer Argumente konvertiert werden. Damit werden gleichzeitig divergierende und grundsätzlich nicht ausgleichbare Interessen in grundsätzlich lösbare Rechtsprobleme transformiert. An einem Beispiel: Wenn jeder Elternteil nach der Scheidung das gemeinsame Kind bei sich behalten will, dann ist das weder auf der einen noch auf der anderen Seite ein Argument für die Zuerkennung des Sorgerechts. Rechtlich relevant ist vielmehr allein die Frage, bei wem das Kind am besten aufgehoben ist (Kriterium des Kindeswohls, § 1671 Abs. 2 BGB). Die Anwälte beider Elternteile müssen sich deshalb unparteilich geben und ihre Anträge auf die – zu begründende – Behauptung stützen, das Kind habe bei dem Vater (der Mutter) die besseren Entwicklungsbedingungen. Unparteilichkeit und Sachlichkeit ist nicht nur eine Tugend des Richters, sondern die „rhetorische Kunst“ des Juristen.²⁰

b) Diese negative Voraussetzung der Un-Parteilichkeit ermöglicht, so das Modell, eine Orientierung der Entscheidung und der juristischen Argumentation allein an den Kriterien, nach denen sich die Richtigkeit einer Entscheidung positiv bestimmt. Die Frage, wann eine rechtliche Entscheidung richtig ist, setzt den Juristen allerdings in Verlegenheit. Denn die nahe liegende Antwort, richtig sei eine Entscheidung, wenn sie mit den maßgeblichen rechtlichen Regeln, insbesondere den Geset-

²⁰ KATHARINA SOBOTA, *Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen*. Frankfurt am Main 1990.

zen, übereinstimme,²¹ ist zwar nicht falsch, aber unzureichend. Dies aus einem trivialen und einem nichttrivialen Grund. Der triviale Grund: Die verbindlichen Regeln sind nur teilweise in den gesetzlichen Bestimmungen vorgegeben, weil auch der unermüdlichste Gesetzgeber nicht imstande ist, für alle in der Praxis auftretenden Fälle hinreichend präzise Regeln zu formulieren. Das geschieht erst in der Rechtspraxis und im wissenschaftlichen Schrifttum. Die Kriterien, anhand derer sich diese Regelbildung vollzieht, sind aber heterogen und lassen sich weder durch harmonisierende Deutungen („Auslegungsmethoden“ als unselbstständige Teilmomente eines ganzheitlichen Interpretationsvorgangs) noch durch Versuche der Bildung klarer Rangfolgen zu einem konsistenten „Gesamtkriterium“ fügen. Das heißt: Für die Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Entscheidungsregel der Rechtsordnung entspricht, gibt es typischerweise keine konsensfähigen Kriterien.

Der nichttriviale Grund liegt darin, dass die juristische Entscheidung unter einer zweiten Richtigkeitsvorgabe steht. Sie soll nicht nur dem Gesetz entsprechen, sondern auch vernünftig, gerecht, kurz: auch „sachlich“ richtig sein. Beide Richtigkeitskriterien können einander widersprechen. Die gesetzmäßige Entscheidung kann ungerecht, sachlich verfehlt, unsinnig sein. Das kann verschiedene Gründe haben: Das Gesetz war von Anfang an verfehlt, weil handwerklich nicht durchgearbeitet. Oder: Es wurde durch die technische Entwicklung überholt. Oder: Es entspricht nicht mehr den heutigen Vorstellungen von einer gerechten Regelung. In all diesen Fällen muss sich der Jurist entscheiden, ob er dem Gesetz oder der Vernunft folgt. Genauer: *inwieweit* er sich an den gesetzlichen Vorgaben und *inwieweit* er sich an dem Kriterium sachlicher Richtigkeit (das seinerseits unterschiedlicher Gesichtspunkte, Gerechtigkeits- ebenso wie Folgenerwägungen, umfasst), orientiert. Hier eine Position des „Alles-oder-Nichts“ einzunehmen zu wollen, wäre naiv. Die Vorstellung, der Richter könne die heroische Attitüde des treuen Gesetzesdieners einnehmen und vor den Folgen die Augen verschließen, ist abwegig. Umgekehrt kann der Richter nicht das Gesetz zur *quantité négligeable* erklären und im Stile der Kadi-Justiz die in concreto „vernünftigste“ Entscheidung am Gesetz vorbei treffen. Erst beide Anforderungen zusammen, die der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung und die ihrer sachlichen Richtigkeit, bilden das Koordinatensystem juristischen Argumentierens. Versuche, beide Richtigkeits-

²¹ Zum Richtigkeitskriterium der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung vgl. BVerfGE 54, 117 ff., 125. Dazu DIRK LOOSCHELDERS/WOLFGANG ROTH, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*. Berlin 1996, 1.

kriterien über Brückenkonstruktionen miteinander zu verbinden,²² können die Spannung punktuell mildern, nicht aber strukturell beseitigen.

3. Begründung, Beweis, Evidenz

Rechtswissenschaft ist keine Mathematik. Das bedeutet: Juristisches Argumentieren ist etwas anderes als die stringente Ableitung unbezweifelbarer Ergebnisse aus einer Menge von Axiomen (wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob diese Charakterisierung der Mathematik für alle Bereiche der Disziplin zutrifft). Andernfalls wäre die Bibliothekenfüllende Vielzahl juristischer Streitfragen nicht oder nur mit der mangelnden fachlichen Kompetenz einer großen Zahl juristischer Autoren zu erklären. Tatsächlich geht es bei juristischen Argumentationen nicht um Beweise, sondern um Begründungen. Der Unterschied zwischen Beweis und Begründung bezieht sich dabei auf die unterschiedliche Kraft der Folgerung: Während sich bei einem Beweis die Schlussfolgerung (Konklusion) zwingend aus den Prinzipien ergibt, formulieren die zur argumentativen Begründung einer These vorgetragene Argumente lediglich gute Gründe für deren Anerkennung.²³ Mit anderen Worten: Wer die Prämissen eines Beweises akzeptiert, muss auch die Konklusion akzeptieren. Dagegen zwingt die Anerkennung der sachlichen Richtigkeit von Argumenten nicht notwendig zur Anerkennung der fraglichen These. Ob jemand den Schritt von den Argumenten zu der durch sie gestützten Behauptung vollzieht oder nicht, ist in diesem Sinne seine Sache. An einem Beispiel: Die Richtigkeit der Fermat'schen Vermutung kann nicht mehr bezweifelt werden, nachdem inzwischen der Beweis gelungen ist. Dafür, dass im Strafrecht die Abgrenzung zwischen Täterschaft und bloßer Teilnahme nach objektiven statt nach subjektiven Kriterien vorzunehmen ist („Tatherrschaft“ statt „Täterwille“), sprechen zwar gute Gründe; beweisen lässt sich ihre Richtigkeit indes nicht. Man kann dem Bundesgerichtshof, der sich zu einer subjektiven Abgrenzung bekennt, deshalb nicht das Festhalten an einer erwiesenermaßen falschen Rechtsauffassung vorwerfen.

²² Etwa in der hermeneutischen Unterstellung der Vernünftigkeit des Gesetzes und/oder im Wege der objektiv-teleologischen Gesetzesauslegung (dazu etwa ULRICH SCHROTH, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Fn. 2), 270, 284 ff.

²³ CHAIM PERELMAN, *Das Reich der Rhetorik. Rhetorik und Argumentation*. München 1980, 56. Dazu und zum Folgenden schon NEUMANN, Juristische Argumentationslehre (Fn. 12), 67.

Wenn im Bereich der juristischen Argumentation von „Beweis“ die Rede ist, dann bezieht sich das typischerweise nicht auf die rechtliche Würdigung, sondern auf die Feststellung des fraglichen Sachverhalts. Insbesondere die Prozessgesetze verwenden den Begriff des Beweises fast ausschließlich in dieser Weise. Der Begriff wird in diesem Zusammenhang natürlich nicht im Sinne eines mathematischen Beweises verstanden. Im Bereich der Empirie ist mathematische Gewissheit nicht zu erlangen. Auch wenn der Angeklagte mittels eines genetischen Tests mit einer Wahrscheinlichkeit von 1 : 5 Millionen als Täter eines Sexualmordes überführt wurde, bleibt die Möglichkeit seiner Unschuld. Vorausgesetzt, es stehen keine anderen Beweismittel zur Verfügung, wird – statistisch gesehen – jedes fünfmillionste Urteil ein Fehlurteil sein.²⁴ Kein Richter kann sicher sein, dass es sich nicht gerade bei dem vorliegenden Fall um dieses fünfmillionste Urteil handelt. Für den Beweis im Sinne der gerichtlichen Tatsachenfeststellung genügt deshalb, dass vernünftige Zweifel an dem fraglichen Sachverhalt nicht bestehen und das Gericht subjektiv von der Richtigkeit dieser Tatsachenfeststellung überzeugt ist.

Allerdings wird der Begriff des Beweises gelegentlich nicht auf die Tatsachenfeststellung beschränkt, sondern auf die Begründung der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts bezogen. In diesem Zusammenhang wird unter „Beweis“ eine logisch zwingende Deduktion (analog dem mathematischen Beweis) verstanden. Die These, der Rechtsprozess sei als logischer Beweis zu verstehen,²⁵ widerspricht dem oben Gesagten nur scheinbar. Denn natürlich kann der Richter eine Rechtsregel formulieren, die es ihm zusammen mit der Sachverhaltsfeststellung erlaubt, die Rechtsfolge logisch abzuleiten. Das ändert aber nichts daran, dass die entscheidenden Schritte, nämlich die Bildung der Regel und die Feststellung des Sachverhalts, sich nicht in Gestalt eines Beweises vollziehen. An einem Beispiel: *Wenn* der Richter festgestellt hat, dass die Zerstörung einer Langlaufloipe eine Sachbeschädigung (§ 303

²⁴ Diesen Zusammenhang muss man sich klarmachen, wenn man für die Verurteilung eines Angeklagten einen prozentual bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad verlangt bzw. genügen lässt. So bedeutet der Vorschlag, den Angeklagten bei „mindestens 96-prozentiger Schuldwahrscheinlichkeit“ zu verurteilen (ANDREAS HOYER, Der Konflikt zwischen Beweiswürdigungsfreiheit und in-dubio-reo-Prinzip, in: *ZStW* 105 (1993), 523 f., 555), dass, statistisch gesehen, jeder fünfundzwanzigste Verurteilte Opfer eines Justizirrtums sein könnte. Geht man von einer gleichmäßigen Verteilung der Fehlerquelle auf alle Verurteilten aus, würde eine entsprechende Justizpraxis bedeuten, dass von den etwa 50.000 in Deutschland im Strafvollzug einsitzenden Personen 2.000 unschuldig sein könnten.

²⁵ JÜRGEN RÖDIG, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*. Berlin 1973, 3; HAJIME YOSHINO, Zu Ansätzen der juristischen Logik, in: ILMAR TAMMELO (Hrsg.), *Strukturierungen und Entscheidungen im Rechtsdenken*. Wien 1978, 277 ff., 282.

StGB) darstellt, und *wenn* er festgestellt hat, dass der Angeklagte eine Langlaufloipe zerstört hat, dann ergibt sich die Schlussfolgerung, dass der Angeklagte eine Sachbeschädigung begangen hat, im Wege einer logischen Deduktion (eines logischen Beweises). Die entscheidenden Probleme liegen natürlich, was niemand bestreitet, bei der Begründung der Prämissen. Die Behauptung, der Rechtsprozess habe die Struktur eines logischen Beweises, ist deshalb zwar nicht falsch, verdeckt aber die Schwerpunkte juristischer Entscheidungs- und Begründungstätigkeit. Sie legt insbesondere bei unbefangenen Begriffsverständnis die Vorstellung nahe, das Ergebnis dieses logischen Beweises dürfe als mit Sicherheit erwiesen gelten. In Wirklichkeit lassen sich nicht nur unterschiedliche, sondern miteinander unvereinbare Ergebnisse „logisch beweisen“. Man muss dazu lediglich die Prämissen entsprechend variieren.

4. Argumentation und Entscheidung, Herstellung und Darstellung

Die Urteilsbegründung, die hier stellvertretend für die juristische Argumentation stehen kann, soll darlegen, dass die getroffene Entscheidung – in einem noch zu präzisierenden Sinne – „richtig“ ist. Sie soll und kann nicht beweisen, dass der Richter die Entscheidung aus den „richtigen“ Motiven heraus getroffen hat. Ob der Richter am Amtsgericht Höxter in einem Urteil über den Grenzwert der absoluten Fahruntüchtigkeit²⁶ deshalb von der ständigen Rechtsprechung des BGH abweicht, weil er sie für grundsätzlich verfehlt hält, oder aber weil er seinem Amtsgericht die Aufmerksamkeit der wissenschaftlichen Öffentlichkeit sichern will, ist für die Qualität des Urteils ohne Bedeutung. Es zählen nicht die Motive, sondern allein die Argumente. Ein argumentativ schwaches Urteil wird durch die hochherzigen Motive des Entscheiders nicht besser, ein überzeugend begründetes Urteil nicht dadurch schlechter, dass der Richter es aus Motiven politischer Opportunität heraus gefällt hat. Mit einem Wort: Die juristische Argumentation soll nicht Entscheidungsmotive und -prozesse aufdecken, sondern überzeugende Gründe für die Entscheidung anführen.

Aus der Perspektive der Argumentationstheorie ist also scharf zwischen dem Prozess der Herstellung des Urteils (der Rechtsfindung) einerseits und der Darstellung (der Rechtfertigung) andererseits zu un-

²⁶ AG Höxter StV 1990, 268.

terscheiden.²⁷ Das bedeutet aber nicht, dass beide Bereiche voneinander isoliert werden könnten. Denn der Entscheidungsprozess (Herstellung) bleibt mit der Entscheidungsbegründung in einer doppelten Weise verbunden. Zum einen markiert die Grenze der Begründbarkeit zugleich die Grenze möglichen Entscheidens. Nur Entscheidungen, die begründet werden können, dürfen getroffen werden. Beispiel: Erweist sich das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) als ein unüberwindbares argumentatives Hindernis bei dem Versuch, die Strafbarkeit der „Mauerschützen“ und ihrer militärischen und politischen Vorgesetzten zu begründen, dann können keine Verurteilungen erfolgen, so sehr auch Rechtsgefühl und Gerechtigkeitsverlangen dafür sprechen mögen. Der Bereich möglicher Entscheidungen wird durch den Vorbehalt der Begründbarkeit begrenzt.

Die Beziehung zwischen Herstellung und Darstellung der juristischen Entscheidung lässt sich aber nicht auf diese externe und negative Bedeutung des Begründbarkeitserfordernisses reduzieren. Denn die Entscheidungsbildung ist kein irrationaler Prozess, dessen Produkte erst nachträglich in die beengenden Formen juristischer Rationalität gepresst würden.²⁸ Vielmehr wird regelmäßig schon der Entscheidungsprozess (auch) von jenen Gesichtspunkten sachlicher Richtigkeit und rechtlicher Regelhaftigkeit geleitet, die im Rahmen der Urteilsbegründung die Aufgabe der Legitimation der Entscheidung übernehmen. Zumindest *sollte* der Richter sich schon bei seiner Entscheidung an den rechtlich relevanten Kriterien orientieren.²⁹ Das ist nicht etwa ein leeres Postulat. Denn es eröffnet die Möglichkeit der Kritik an Scheinbegründungen in der juristischen Argumentation. Versteht man den Prozess der Entscheidungsbildung mit Isay als einen irrationalen Akt, dann ist jede Entscheidungsbegründung per definitionem (da Anspruch auf Rationalität erhebend) eine Scheinbegründung. Der Begriff verliert damit

²⁷ WINFRIED HASSEMER, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Fn. 2), 251 ff., 268.

²⁸ So aber die Vorstellung von Vertretern der sog. Freirechtsschule: nur die Kontrolle, nicht die Entstehung der Entscheidung soll sich auf rationalem Weg vollziehen. Die Entstehung der Entscheidung wird auf das (irrationale) Rechtsgefühl zurückgeführt. Vgl. HERMANN ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin 1929.

²⁹ Die Frage, inwieweit die Entscheidung selbst schon das Produkt kontrollierten Vorgehens sein kann, ist im Schrifttum zur juristischen Methodenlehre und Argumentationstheorie umstritten. Vgl. einerseits (skeptisch) JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*. Frankfurt am Main 1970, 18 f.; BERNHARD SCHLINK, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: *Der Staat* 1980, 73 ff., 91; andererseits KARL LARENZ/CLAUS WILHELM CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl., Berlin 1995, 168 ff.; LOOSCHELDERS/ROTH, *Juristische Methodik* (Fn. 21), 83.

seine diskriminierende Kraft. Anders, wenn grundsätzlich eine Orientierung schon der Entscheidung an den Kriterien rechtlicher Richtigkeit zu fordern ist. In diesem Fall unterliegt die aus „sachfremden“ Motiven getroffene Entscheidung der Kritik – nicht seitens der Argumentationstheorie, wohl aber von Seiten einer normativen Theorie richterlichen Entscheidens.

III. Dezision oder Kognition?

Die Entscheidung einer umstrittenen Rechtsfrage vollzieht sich nicht im Wege eines reinen Erkenntnisaktes. Erkenntnis ist ohne Alternative, genauer: ohne gleichwertige Alternative. Die Alternative zum Erkenntnis ist der Irrtum. Wer als Anhänger des ptolemäischen Weltbilds der Auffassung ist, die Planeten bewegten sich auf epizyklischen Bahnen, vertritt nicht einfach eine Mindermeinung, sondern unterliegt einem Irrtum. Wer dagegen die Position vertritt, dass Notwehr (§ 32 StGB) auch gegen Angriffe von Tieren zulässig sei, irrt nicht, sondern vertritt eine Mindermeinung.³⁰ Wenn es aber bei umstrittenen Rechtsfragen nicht um Erkenntnis geht: Folgt daraus, dass es die Rechtswissenschaft lediglich mit (Willens-)Entscheidungen zu tun hat?

Diese Konsequenz wird teilweise gezogen.³¹ Folgerichtig ist dann nicht von der Richtigkeit einer umstrittenen Rechtsauffassung die Rede, sondern nur von dem Grad ihrer faktischen Anerkennung, ihrer „Zertität“³². Juristische Auseinandersetzungen sind dann Kämpfe um Zertitätswerte. Der Grad der Akzeptanz der eigenen Auffassung soll erhöht, der der gegnerischen entsprechend vermindert werden. Das ist sicher eine realistische Perspektive. Nur bleibt die Frage unbeantwortet, mit welcher Begründung der Jurist, um ein höheres Maß an Zustimmung werben kann, wenn ihm die Behauptung verboten sein soll, seine Auffassung sei eben die richtige, aber jedenfalls die richtigere, die besser begründete etc. Offensichtlich kann auch jenseits der Vorstellung einer bloßen Erkenntnis des „Richtigen“ auf normative Differenzierungen („richtiger“, „besser begründet“) nicht verzichtet werden.

³⁰ GÜNTER SPENDEL, § 32 StGB, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*. 11. Aufl., Berlin 1992, § 32 StGB, Rn. 38 ff.

³¹ KLAUS ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*. 4. Aufl., Heidelberg 1998, 9. Für eine scharfe Alternative von Erkenntnis und Entscheidung unter Ablehnung von „kognitiven Zwischenstufen“ etwa auch FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Einleitung, in: *Münchener Kommentar zum BGB*. 4. Aufl., München 2001, Bd. 1, Einl., Rn. 94. Kritisch dazu HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*. 3. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 184 m. Fn. 18.

³² ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten* (Fn. 31), S. 23 ff.

Auf der anderen Seite lässt sich das Problem nicht dadurch lösen, dass man die Grenzmarkierung zwischen Dezision (Entscheidung) und Kognition (Erkenntnis) verwischt und bestimmte Rechtsentscheidungen als „Akte schöpferischer Erkenntnis“ qualifiziert.³³ Aus der Sicht der Argumentationstheorie löst sich das Problem durch die Einsicht, dass Entscheidung nicht notwendig Willkür bedeutet. Auch dort, wo der kognitive Bereich überschritten ist, geht es im Bereich des Rechts nicht um pure Dezision, sondern um begründetes Entscheiden. Die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsauffassung kann durch bessere oder weniger gute, durch zahlreiche oder weniger zahlreiche Argumente gestützt werden. Wer für eine bestimmte Auffassung plädiert, nimmt damit explizit oder implizit in Anspruch, dass diese Auffassung im Vergleich zu ihren Konkurrentinnen die besseren Argumente auf ihrer Seite hat und insofern die „richtige“ ist. Die Idee der Richtigkeit wird damit zur Waffe der institutionell Schwachen (konkret: der Vertreter der akademischen Rechtswissenschaft) gegenüber den Institutionen, die sich mit der Anerkennung einer Begründungslast auf die Idee der Legitimation von Entscheidungen durch Richtigkeit (statt durch Entscheidungskompetenz und institutionelle Autorität) eingelassen haben.³⁴ Argumentation ist die Kommunikationsform der demokratisch verfassten Rechtsgesellschaft.

³³ LARENZ/CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Fn. 29), 222 in Bezug auf die „erstmalige Auffüllung einer Gesetzeslücke im Wege der Analyse oder einer teleologischen Reduktion“.

³⁴ Näher dazu NEUMANN, Wahrheit im Recht (Fn. 10), 48 ff.