

Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen

Posted on 9. Oktober 2011 by Klaus F. Röhl

Die Kritik der juristischen Methodenlehre behauptet immer wieder, die juristische Methode sei insofern unehrlich, als sie nicht im Stande sei, außerjuristische Einflüsse bei der Entscheidungsbildung sichtbar und kontrollierbar zu machen. In der Regel wird diese Kritik unter der Überschrift »Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen« vorgebracht. Es lohnt sich, dieser Kritik noch einmal nachzugehen.

Hermann Isay (1873-1938), der noch zur Freirechtsschule gezählt wird, hatte 1929 die These begründet, dass juristische Entscheidungen zunächst »durch konstruktive Phantasie und nachfolgendes Wertfühlen oder durch Intuition« gefunden und erst nachträglich an einer Rechtsnorm kontrolliert und dadurch rationalisiert würden.

^[1]Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929. Heute knüpft man meistens bei Niklas Luhmann an, der, freilich in anderem Zusammenhang ^[2]Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, 51., die Unterscheidung zwischen der Herstellung und der Darstellung einer Entscheidung eingeführt hat. Sie wird vielfach benutzt, um die Leistungsfähigkeit der juristischen Methode in Zweifel zu ziehen: Die Argumente, mit denen eine Entscheidung begründet werde, seien regelmäßig gar nicht die wahren Gründe, sondern nachträgliche Rechtfertigung oder, schlimmer noch, Verdeckung der wahren Motive. Doch das war weder die Aussage Isays noch diejenige Luhmanns.

Isay hatte allerdings den Vorgang der Entscheidungsfindung als irrational bezeichnet, wollte ihn damit aber keineswegs psychologisch erklären und schon gar nicht in den Bereich der Willkür oder Unredlichkeit abdrängen. »Die Aufgabe, die hier vorliegt, darf nicht ... der Psychologie zugewiesen werden, die es mit empirischen, der Beobachtung und dem Experiment zugänglichen Erlebnissen und Erlebniszuständlichkeiten des Bewußtseins zu tun hat, aber nicht ermitteln kann, was im Fühlen, im Wollen sich an Ideengehalten, an Wertgehalten usw. uns erschließt; der Bereich der Psychologie wird durch die Grenzen des vital gebundenen Seelenlebens bestimmt, außerhalb deren das Reich des geistig-noetischen Seins liegt. Neben dem Reich des Psychischen gibt es noch ein drittes Reich, das Reich der Bedeutungen, der Werte« (S. 42 f.) Dazu verwies Isay auf Rickert, Lask und Reinach und fuhr fort: »Für die Erschließung dieses Reiches ist die

Methode der Erkenntnis des Psychischen nicht ausreichend. Hier kann nur die Forschungsmethode der Phänomenologie wirklich fruchtbare Ergebnisse liefern.« Gemeint war die Phänomenologie Edmund Husserls.

Psychologisch gemeint war dagegen die gleichfalls 1929 von Hutcheson geäußerte Ansicht, wonach die im Einzelfall getroffene Entscheidung des Richters aus der Intuition (hunch) zu erklären sei. Die Bezugnahme auf Normen oder Präjudizien sei nur eine nachträgliche Rationalisierung, die für die Entstehung der Entscheidung ohne Bedeutung sei.^[3] Joseph C. Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch'* in *Judicial Decision*, Cornell Law Quarterly 14, 1929, 274-288 Dickinson hat ihm alsbald widersprochen mit der These, dass Richter während ihrer Ausbildung und Berufstätigkeit die im Recht angelegten Konzepte verinnerlichten, so dass sie sich selbst an diese Normen gebunden fühlten. Er zweifelte nicht, dass Gesetze und Präjudizien für die Herstellung der richterlichen Entscheidung beträchtliche Wirkung entfalteten. Allerdings ließ er die Frage offen, in welchem Verhältnis dieses rule-element zu dem Beitrag steht, der aus der Richterpersönlichkeit in die Entscheidung einfließt.^[4] John Dickinson, *Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, University of Pennsylvania Law Review 79, 1931, 833-868, 839 f. [<http://www.jstor.org/pss/3308003>]. Auch der als Regelskeptiker bekannte Llewellyn war der Überzeugung, dass die Gemeinsamkeiten im Handeln und Denken der Juristen weit wichtiger seien als die jeweilige Richterpersönlichkeit. Und H. L. A. Hart meinte, man dürfe die Frage nach der Wirksamkeit einer Regel nicht mit dem psychologischen Prozess verwechseln, den die Person, bevor sie handelte, durchlief. »Der wichtigste Faktor aber, der uns anzeigt, daß wir beim Handeln eine Regel angewandt haben, ist der, daß, wenn unser Verhalten angezweifelt wird, wir es durch Rückbeziehung auf die Regel rechtfertigen können.«^[5] Der Begriff des Rechts, 1973, 195.

Unter dem Einfluss der Hermeneutik wurde aus dem Rechtsgefühl bei Josef Esser das Vorverständnis.^[6] Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. Aufl., Kronberg/Ts. 1972. Der Jurist, der ein bestimmtes praktisches Problem, insbesondere einen Fall, zu lösen habe, so meinte Esser, bringe immer schon eine Vorstellung von der »gerechten« Lösung mit, bevor er eine Interpretation des Gesetzes mit den herkömmlichen Methoden versuche. Diese Vorstellung gründe sich auf vorpositive Richtigkeitsüberzeugungen des Interpreten, die sich im Laufe seiner Lebensgeschichte herausgebildet hätten. Danach werde geprüft, ob die gefundene Lösung »konsensfähig« und »plausibel« sei (Richtigkeitskontrolle). Auf dieser Stufe steuere eine Vorauswahl »einsichtiger Gerechtigkeitskriterien und sachlich überzeugender Lösungsgesichtspunkte« die Suche nach der Entscheidung.

Die so gefundene Vorstellung einer gerechten Lösung bestimme dann die Wahl der Auslegungsmethode und damit das Ergebnis der Interpretation. Der Interpret halte sich also nicht offen für die Frage, welche Lösung des Falles sich aus dem Gesetz ergebe, sondern ziehe die gängigen Auslegungsmethoden und anerkannte Autoritätsquellen (Präjudizien, eine herrschende Meinung) nur heran, um zu zeigen, dass sich die schon gefundene Lösung des Falles mit dem positiven Recht vereinbaren lässt (»Stimmigkeitskontrolle«). Esser sah in dem Vorverständnis mit der ontologischen Hermeneutik ein Strukturelement des Verstehens (S 133 ff.), nicht aber ein psychisches Phänomen im Sinne eines Vorurteils oder einer Attitüde. Er verteidigte daher gegen Isay die Rationalität richterlichen Entscheidens. Die Richtigkeitskontrolle des Ergebnisses werde »mit der ersten Anpeilung von potentiell hilfreichen Normen ... eingeleitet und ... nicht mehr außer Acht gelassen« (S. 139f.). Später beklagte Esser, sein Buch sei nicht immer richtig verstanden worden; er sei kein Freirechtler. Die herkömmliche Methodenlehre gehöre nicht abgeschafft, sondern müsse gerade umgekehrt ernst genommen werden, weil sie einen Teil jener argumentativen Figuren liefere, in denen die Plausibilität von Begründungszusammenhängen zumindest für Juristenkreise konsensfähig werde.
[⁷] Josef Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, Juristenzeitung 1975, 555-558.

Luhmann schließlich betont, es bestehe von vornherein gar nicht der Anspruch, dass die realpsychischen Vorgänge nach den Vorschriften der Methodenlehre abliefen. »Der Schluß vom Tatbestand auf eine Rechtsfolge ist für den Juristen die Endgestalt, in der einer sein Arbeitsergebnis präsentiert, nicht aber ein Abbild oder Modell seiner faktischen Entscheidungstätigkeit. Die logische Form hat eine Darstellungsfunktion. Die juristische Entscheidung wird mithin durch bestimmte Darstellungserfordernisse, nicht aber im Prozeß ihrer Herstellung gesteuert.« (S. 51) Das alles bedeutet nicht, dass die Methodenlehre für die Herstellung von Entscheidungen irrelevant wäre, denn die darin vorgezeichneten Darstellungsnotwendigkeiten sind immer auch bei der Herstellung psychisch präsent. Isay verwies auf Rechtsgefühl und Intuition. Luhmann meinte, der gute Einfall komme nur dem geschulten Kopf. Das Vorverständnis kann man auch als sedimentiertes Wissen betrachten. Heute würde man wohl von implizitem Wissen oder tacit knowledge (Michael Polanyi) sprechen. [⁸] Man könnte hier das von Glöckner herausgearbeitete Parallel-Constraint-Satisfaction-Modell der Entscheidung heranziehen. Allerdings befasst es sich nur mit der Sachverhaltsfeststellung. (Andreas ... Continue reading Unergiebig sind Bemühungen, den von Peirce eingeführten Gedanken der Abduktion nutzbar zu machen. [⁹] Positiver Klaus Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion u.

Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozess. 1972; Arthur Kaufmann, Die Rolle der Abduktion ... Continue reading Sie laufen auf die Aufwertung des aus der Psychologie bekannten Association-Bias zu einer Theorie hinaus. Das alles sind aber nur Andeutungen. Aus sich heraus ist die Methodenlehre nicht in der Lage, ihre determinierende Kraft zu belegen oder externe Einflüsse zu beweisen oder auszuschließen. Dazu bedarf es deskriptiv-empirischer Untersuchungen. Makrosoziologische Untersuchungen bekommen die Methode jedoch nicht in den Griff. Die meisten mikrosoziologischen Studien befassen sich nicht mit der Methode der Rechtsgewinnung, sondern mit der Sachverhaltsermittlung. Dazu sei zunächst auf Ingo Schulz-Schaeffer, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie, [Für eine Rechtssoziologie »mit noch mehr Recht«](#), Zeitschrift für Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 25, 2004, 141-174, verwiesen.

Nachtrag vom 5. April 2012: Als Beiheft 44 der Zeitschrift für Historische Forschung, hg. von Barbara Stollberg-Rilinger und André Krischer, ist 2010 ein Tagungsband »Herstellung und Darstellung von Entscheidungen, Verfahren, Verwalten und Verhandeln in der Vormoderne« erschienen. Auf HSozKult gibt es einen [Tagungsbericht von Andreas Pecar](#) und eine [Rezension von Hanna Sonkajärvi](#). Ich habe den Band noch nicht in der Hand gehabt. Nach den Berichten zu urteilen, handelt es sich um das übliche Wiederkäuen etablierter rechtssoziologischer Themen und dem kulturwissenschaftlichen Label. Die Differenz von Herstellung und Darstellung, die mein Thema war, wird in dem Band anscheinend nicht behandelt.

Anmerkungen

Anmerkungen

↑1 Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.

↑2 Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, 51.

↑3 Joseph C. Hutcheson, The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision, Cornell Law Quarterly 14, 1929, 274-288

John Dickinson, Legal Rules: Their Function in the Process of Decision,

↑4 University of Pennsylvania Law Review 79, 1931, 833-868, 839 f.
[<http://www.jstor.org/pss/3308003>].

↑5 Der Begriff des Rechts, 1973, 195.

Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,

↑6 Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Aufl., Kronberg/Ts. 1972.

↑**7** Josef Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, Juristenzeitung 1975, 555-558

Man könnte hier das von Glöckner herausgearbeitete Parallel-Constraint-Satisfaction-Modell der Entscheidung heranziehen. Allerdings befasst es sich nur mit der Sachverhaltsfeststellung. (Andreas Glöckner, Zur Rolle intuitiver und bewusster Prozesse bei rechtlichen Entscheidungen, 2008, <http://www.mpg.de/317987/forschungsSchwerpunkt>.) Auch ein Ausflug in die Wissenssoziologie von Pierre Bourdieu bietet sich an (Entwurf einer Theorie der

↑**8** Praxis, 1979; Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, 1984). Von Bourdieu kann man erfahren, dass eine gleichförmige Praxis nicht unbedingt aus der gehorsamen Erfüllung von Regeln hervorgeht. Bourdieu findet eine Ursache für Regelmäßigkeiten und abgestimmtes Verhalten vielmehr in einem gruppen- oder klassenspezifischen »Habitus«. In diese Richtung gehen Martin Morlok/Ralf Kölbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtstheorie 32, 2001, 289-304.

Positiver Klaus Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion u. Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozess. 1972; Arthur Kaufmann, Die Rolle der Abduktion Rechtsgewinnungsverfahren, in: Guido Britz/Heinz Müller-Dietz (Hg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 349-360; Ralf Kölbel/Thorsten Berndt/Peter Stegmaier, Abduktion in der justiziellen Entscheidungspraxis, Rechtstheorie 37, 2006, 85-108. Zurückhaltend Robert Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, ARSP Beiheft 100, 2005, 47-66.

Ähnliche Themen

- [Die Juristische Methodenlehre von Francis Lieber. Teil 1: Die Interpretation](#)
- [Die Juristische Methodenlehre von Francis Lieber \(1800-1872\)](#)
- [Narrative, Inszenierung und Rhetorik: Begriffe mit konstruktivistischem Überschuss](#)
- [Juristische Rhetorik mit Bildern](#)
- [Postmoderne Methodenlehre II: Methodenkritik](#)
- [Zu Friedrich Müllers Normbereichslehre](#)
- [Zur Kritik am Container- oder Transportmodell der Kommunikation](#)
- [Kanon oder Kanonen? Zur Vermehrung der »anerkannten Auslegungsmethoden«](#)