

JURISTISCHE WAHRHEIT – BEMERKUNGEN ZUR THEORIE DER BRAUCHBAREN ENTSCHEIDUNG

ROBERT WEIMAR
Alemania Federal

Versuche der Erarbeitung exakter Methoden für das juristische Denken haben bis heute größte Schwierigkeiten mit der Bewältigung der Komplexität der Erkenntnisaufgabe: der Festlegung der “richtigen”, der “juristisch wahren” Entscheidungsinhalte. Das Hauptproblem bilden Fragen der Wertung, die – vor allem in Form von Gerechtigkeitsfragen auftauchen. Zur Bewältigung dieser Aufgabe muß nicht nur die Bereitschaft zur Wahl der jeweils angemessenen Methode gesichert sein, sondern auch die gewissenhafte Beschaffung und umfassende Berücksichtigung aller problemrelevanten Informationen. Dem Juristen, insbesondere dem Richter, ist innerhalb des in den meisten Fällen verbleibenden Beurteilungsspielraums ein sicheres Urteil vor allem dann nicht möglich, wenn der gesetzliche Maßstab selbst Ungenauigkeiten aufweist.¹ Der Weg, eine kontrollierte Verminderung von Unsicherheiten innerhalb der Entscheidungssituation einzuleiten, liegt darin, alle verfügbaren Mittel zur Konkretisierung von Rechtsnormen auszuschöpfen; damit wird zwar nicht die absolute “Richtigkeit” der Entscheidung gewonnen, wohl aber erreicht, daß sie noch weniger als falsch bezeichnet werden kann; es wird Vertretbarkeit (Brauchbarkeit) der Entscheidung angestrebt. Der Erwartung eindeutig “richtiger” Lösungen stehen nicht nur Beurteilungsspielräume, sondern auch der Entscheidungswang der Rechtspraxis mit seinen Restriktionen in zeitlicher Hinsicht und bei der Informationsbeschaffung entgegen.² Dem scheint das Brauchbarkeitspostulat am ehesten zu entsprechen; danach kann, wenn mehrere Alternativen im

¹ Das Unsicherheitsrisiko wird allgemein hingenommen, vgl. Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin –Heidelberg– New York 1975, S. 280; Kilian, W., Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, Frankfurt/M. 1974, S. 167 fordert (deswegen) die Erarbeitung eines Verfahrens zur Auswahl der “besten” Entscheidung, was die Reduzierung der Ungewißheit der Entscheidungsfolgen voraussetzt.

² Vgl. Larenz, K., a.a.O., S. 281.

Rahmen richterlichen Entscheidens zur Wahl stehen, jede von ihnen "brauchbar" sein.³

1. Richterliche Entscheidung und Rechtssystem

Da das kodifizierte Rechtssystem stets unvollständig ist, tritt vor allem das Problem der "Rechtslücken" und ihrer richterlichen Ausfüllung auf. Die Feststellung einer Lücke innerhalb des positiven Rechts setzt eine planwidrige Unvollständigkeit voraus. Sobald sich nach dem Wortsinn des Gesetzes eine Regelung nicht finden läßt (obwohl sich nach der Rechtsordnung als Gesamtheit eine solche als erforderlich erweist), ist auf andere Prämissen (z.B. präjudizielle, ethische, religiöse, politische usw.) zurückzugreifen. Schon hierin liegt ein Bewertungsakt. Das Lückenproblem geht auf einen mehr oder minder umfassenden Wertungsprozeß zurück. Eine Transformation (formal-)rationaler Techniken auf hermeneutische Verfahren muß jedoch so lange erfolglos bleiben, als die dabei ablaufenden Verstehensprozesse assoziativen Charakter haben und die auszulegende Norm zugleich als Orientierungshilfe bei der Auslegung fungiert.

Diese Überlegungen stehen nun deutlich im Widerspruch zur klassisch liberalen Auffassung, die nur unmittelbar dem Gesetz entnommene Entscheidungsergebnisse als dem Gesetz entsprechend respektiert. Voraussetzung einer derartigen, von der Lückenlosigkeit der Gesetze ausgehenden Auffassung ist die Annahme der Vollständigkeit, Allgemeinheit und Richtigkeit des Gesetzes (was immer eine bestimmte Rechtstheorie und Werttheorie impliziert). Im Gegensatz hierzu umfaßt das Gesetz jedoch nicht nur den geplanten, sondern auch den in es "hineingelegten" Inhalt; es steht nicht mehr nur die schlichte Anwendungsproblematik, sondern eher die Rechtfertigungsproblematik im Mittelpunkt der Überlegungen. Auf die Frage, wie angesichts dieser Entwicklungen eine Bindung an Gesetz und Recht sichergestellt werden kann, findet sich in der neueren Rechtsprechung der Hinweis: "Die richtige, d.h. dem Rechte gemäße Anwendung des positiven Rechts gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern sie verpflichtet ihn sogar

³ Vgl. Engisch, K., Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1977, S. 134. Vgl. dazu ferner den im Ansatz durchaus ähnlichen Bestimmungsversuch von Hülsmann, H., Argumentation. Faktoren der Denksozialität, Düsseldorf 1971, S. 79 f.

hierzu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert.”⁴

Die Forderung nach weitgehend rational und somit intersubjektiv vermittelbarer Behandlung der Rechtswertungen setzt eine Metabewertung gesellschaftlicher Zustände voraus.⁵ Die Annehmbarkeit von Wertungen durch die Gesellschaft läßt sich als diskutierbar nur über die Problematisierung der Folgen der Wertung für die Rechtsgesellschaft ansehen.

Das Konzept der Folgendiskussion⁶ zwingt den Richter, seine eigenen Einschätzungen darzulegen. Damit verlagert sich das Ziel der richterlichen Entscheidung: nicht mehr so sehr die “richtige”, als vielmehr die überprüfbare Entscheidung rückt in den Mittelpunkt der Betrachtung.⁷ Die systematisch durchgeführte Bewertung von Folgen bei der Alternativenwahl wird dabei zum (Hilfs--)Kriterium der Bewertung. Im Rahmen des Entscheidungsprozesses werden Folgenüberlegungen in Beziehungsgefüge von Bewertungskriterien eingearbeitet. In diesem Sinne hatte bereits im Jahre 1924 der amerikanische Rechtsphilosoph John Dewey ausgeführt: “It must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties.”⁸ In methodischer Hinsicht bedeutet dies, daß es die durch Folgenberücksichtigung gesteuerte Erkenntnis ist, die die konkrete Endentscheidung des Richters legitimiert. Folgenberücksichtigung kann jedoch (subjektive) richterliche Bewertungsvorgänge nicht völlig ausschalten. Es sollen vielmehr Voraussetzungen und Konsequenzen des Wertens durch Information über die Folgen transparenter gemacht werden.

⁴ BGHZ 3, S. 308 (315 f.).

⁵ Vgl. Podlech, A., Wertung und Werte im Recht, AöR 95 (1970), S. 185 (208).

⁶ Kritisch dazu Böhlk, H.J./Unterseher, L., Die Folgen der Folgen der Folgenorientierung, JuS 1980, S. 323 ff.

⁷ Durch die Formulierung subjektiver Wertvorstellungen besteht womöglich die Chance einer Intensivierung von Reflexionen. Für einen deutlichen Rationalitätsgewinn spricht die Tatsache, daß eine Artikulation eigener Ansichten dem Entscheidenden in sozialer und Hinsicht manches abverlangt. Ein bewußt auch Folgewirkungen einbeziehendes Entscheidungsverhalten mag auch der gestiegenen Komplexität der Umweltprobleme besser Rechnung tragen und der Erklärung tatsächlich bestehender Zielvorstellungen eher zuträglich sein als eine Verwendung undurchschaubarer Leerformeln. Folgendiskussionen könnten somit die bislang verwendeten, wenig konkreten Darstellungskriterien ablösen. Die Änderung der Ziele und der Darstellungsweise ist unter Umständen geeignet, den Willkürvorwurf zu entkräften und die fehlenden Deduktionsmöglichkeiten aufzuwiegen.

⁸ Dewey, J., Logical Method and Law, in: The Cornell Law Quarterly 10 (1924), S. 17 (26).

2. Grenzen der Wahrheitssuche

Im Zusammenhang mit der Frage nach der richtigen Entscheidung ist von Belang, daß die Begriffe "Wahrheit" und "Richtigkeit" als Wertmaßstäbe zu verstehen sind und jeweils an verschiedenen Punkten juristischer Argumentation zum Einsatz kommen.⁹ Dabei verstehe ich Wahrheit als etwas Erfahrbares im Gegenständlichen, während ich das Richtige als durch eine schlüssige Begründung gekennzeichnet ansehe, die auf triftigen Prämissen beruht.¹⁰

Die Suche nach Wahrheit ist Gegenstand rechtlicher Beurteilungen ein mal während der Ermittlung von empirischen Sachverhalten – wobei nicht jede Auffassung gleichermaßen vertretbar ist –, zum anderen bei der Suche nach Quellen positiven Rechts und schließlich bei der Feststellung des vom Gesetzgeber Gedachten oder Gewollten. Die eigentliche Problematik der "Wahrheitsfindung" tritt jedoch erst bei der Rechtsanwendung auf, wenn Erkenntnisse der Rechtstheorie und Rechtsdogmatik in die praktische Entscheidung eingehen. Damit ist die gesamte Wahrheitsfindungsproblematik ein Teil praktischer Rechtsarbeit. Durch das Problem der Wahrheitsfindung werden Rechtstheorie und Rechtspraxis vor eine schwieriger Einzelfragen gestellt, deren Verifizierung oder Falsifizierung nicht im Bereich des Möglichen liegt und deren "Lösung" daher besser mit dem Maßstab des Richtigen oder Unrichtigen gemessen wird. So finden sich zu einem juristischen Problem grundsätzlich mehrere Meinungen, von denen zwar möglicherweise eine Auffassung als "richtig begründet" erscheint, als "wahr" aber nicht bezeichnet werden kann.

Sinnvoll kann die Frage nach der Wahrheit in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht gestellt werden, weil mit der Suche nach Wahrheit, nach wahren Aussagen, das Forschen nach sicheren Gründen untrennbar verbunden zu sein scheint.¹¹ Juristische Normsatzauslegungen sind wie die Entscheidungen selbst jedoch von Ungewißheit geprägt; zumindest die semantischen Bedingungen für die Einlösung des Wahrheitsanspruchs fehlen regelmäßig, so daß die juristische Entscheidungstechnik widersprüchliche Entscheidungen und Zufälle nicht auszuschließen vermag.¹²

Wertbegriffe finden in selbständigen Phänomenen keine Erfüllung. Sie sind keine von individueller Einschätzung unabhängigen Qualitätä-

⁹ Vgl. English, K., *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München 1963, S. 5 ff.

¹⁰ Ebd., S. 18.

¹¹ Albert, H., *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. Tübingen 1975, S. 8.

¹² Kilian, J., a.a.O., S. 164.

ten, die als “materiale Gegenstände” hinter den jeweiligen Wertaussdrücken gefunden werden können. Normative Aussagen können daher nicht wie deskriptive Urteile als wahrheitsfähige Aussagen behandelt werden.

Werturteile zählen ihrer logischen Grammatik nach nicht zur deskriptiven, sondern zur präskriptiven Sprache. Durch ihre nicht-descriptive Bedeutsamkeitskomponente tun sie eine Einstellung des wertenden Subjekts zu empirischen Gegebenheiten kund. Die Wertprädikate beschreiben nicht wie die deskriptiven Prädikate Eigenschaften empirischer Objekte, sondern drücken eine praktische Haltung des Urteilenden gegenüber der Beschaffenheit empirischer Sachverhalte aus. Die Geltung einer Norm und die Wahrheitgeltung einer empirischen Tatsachenfeststellung liegen in heterogenen Ebenen. Hinsichtlich der normativen Komponente der Wertaussagen gibt es keine wissenschaftlichen Prüfverfahren, mit denen normative Urteile nach dem Beispiel empirisch kognitiver Sätze unter die Kategorien “wahr” und “falsch” subsumiert werden können. Keine Theorie kann somit über Wahrheit oder Falschheit von Normen ein Urteil fällen. Die Axiome der Ethik, auf die wir uns berufen, wenn wir ethische Urteile aussprechen, sind allgemeinste oder letzte Sollensprinzipien (Maximen), die als menschliche Festsetzungen nicht mehr weiter ableitbar oder beweisbar sind, d.h. sie sind als subjektive oder überindividuelle Grundentscheidungen einer erkenntnismäßigen Sicherung nicht zugänglich. Das heißt freilich nicht, daß Werturteile hinsichtlich ihrer normativen Konzeption und Wertmaßstäbe einer rationalen Kritik nicht zugänglich sein könnten. Eine Solche Kritik der Wertüberzeugungen knüpft an die empirische Sinnkomponente der Werturteile an. Denn das Werten stellt nicht einen von der empirischen Erkenntnis unabhängigen Vorgang dar.

Für die Kritik der sachlichen Konsequenzen der Wertfestsetzungen gibt es jedoch keinen absoluten Maßstab. Die Wertfestsetzungen lassen sich prinzipiell wertfrei im Rahmen einer Möglichkeitsanalyse kritisch diskutieren. Wie Günther Ellscheid¹³ zutreffend bemerkt, ist es nicht Aufgabe der Rechtstheorie, “das Aufstellen von Rechtspostulaten und das Argumentieren um praktische Lösungen als unwahre Denkweisen zu denunzieren”. Vom theoretischen Standpunkt aus sei solches Denken weder wahr noch unwahr, sondern praktisch. Das im Kern a-theoretische praxisbezogene Denken unterliege keiner theoretischen Kritik, da diese sich sinngemäß nur auf theoretische Sätze

¹³ Ellscheid, G., Zur Forschungsidee der Rechtstheorie, in: Kaufmann, A. (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe 1971, S. 11.

beziehen könne, die unmittelbar der Abbildung von Wirklichkeit dienen. Das Telos des Rechtsdenkens ziele auf die Herstellung von Intersubjektivität unter gemeinsamen Normen, die sich nicht in wissenschaftlicher Objektivität – im Anerkennen dessen, was ist –, sondern im Auffordern und Zustimmungen zu einer Praxis konstituiere.

3. Die “Richtigkeit” als Entscheidungsrichtwert

Im Zusammenhang mit juristischen Entscheidungen wird es daher vielfach als zweckmäßiger angesehen, mit dem Maßstab des “Richtigen” zu operieren. Der Begriff der Richtigkeit soll hier nicht nur ausgerichtet sein auf bestimmte Bindungen an Gesetze und Rechtsprinzipien, sondern verstanden werden als Ausdruck des Richtigen im Gegensatz zum Nicht-Richtigen, der auch in bezug auf das richterliche Ermessen anwendbar bleibt, allerdings dadurch zum Problem wird, daß eine Gleichwertigkeit verschiedenartiger und im Grenzfall gegensätzlicher Alternativen anzuerkennen ist.¹⁴

Es fragt sich, ob angesichts dieser Problemlage nicht sinnvollerweise auch der Begriff der Richtigkeit in dem Sinne zu überdenken ist, daß allenfalls von diskutablen, vertretbaren, brauchbaren richterlichen Entscheidungen zu sprechen ist. Zweifellos handelt es sich hier um eine Art der Betrachtung, die die Sozialwissenschaften insgesamt betrifft, soweit damit ihre Objektivität und ihr Wahrheitsbegriff hinterfragt werden. Da in den Sozialwissenschaften die Subjektivität des Erkennenden nicht in der Weise ausgeschaltet werden kann, wie dies in den Naturwissenschaften möglich ist, rückt das Problem der Richtigkeit in den Bereich der Spannung von Subjektivität und Objektivität. Deduktionen im juristischen Bereich erreichen nicht die Stringenz, die in anderen Bereichen durch die axiomatische Methode gewährleistet ist. Als Möglichkeit zur Objektivierung richterlicher Entscheidungen bleibt im wesentlichen die offene Diskussion, die die Relativität eigener Standpunkte deutlich macht, eine Betrachtung des Einzelfalles von “anderer” Seite ermöglicht, abweichende Wertungen aufzeigt und neue Argumente in den Entscheidungsprozeß hinein trägt.¹⁵

Richtigkeit in einem “absoluten” Sinne ist in der Rechtspraxis kein

¹⁴ Vgl. English, K., Einführung, S. 133; ferner Larenz, K., a.a.O., S. 250 ff.

¹⁵ Ein juristisches Problem sollte unter zahlreichen durchaus gegensätzlichen Aspekten betrachtet und im Gespräch erörtert werden; nur so lassen sich Feststellungen darüber treffen, was “zweifelsfrei” und “unproblematisch,” was “wesentlich” und “unwesentlich,” was “annehmbar” und “unannehmbar,” was “vertretbar” und “unvertretbar” ist. Vgl. auch English, K., Wahrheit und Richtigkeit, S. 20.

maßgebliches Ziel; es besteht praktisch keine Chance, zu Ergebnissen zu gelangen, die “höchsten” Ansprüchen der Richtigkeit genügen. Richtigkeitserwägungen, die außerjuristische Gesichtspunkte beinhalten, sind wünschenswert und jedenfalls insoweit zugelassen, als das Gesetz selbst nicht entgegensteht.¹⁶

Juristische Entscheidungen basieren auf argumentativen Denkprozessen. In Form von “pro und contra” werden Gründe und Gegen Gründe verglichen. Danach ist das Ergebnis nicht endgültig oder zwingend, sondern es bleibt für nachträgliche Revisionen und Einwände offen. Das richtige Ergebnis stellt daher —neben der selbstverständlichen Beachtung der Regeln der Logik— auf eine inhaltlich angemessene Lösung ab.¹⁷

In diesem Sinne stellt die argumentativ orientierte Entscheidungsfindung ein rationales Verfahren dar, das die gefundenen Ergebnisse und ihre Begründung weiterer methodischer Prüfung zugänglich macht. Definitive und zwingende Ergebnisse werden hingegen nur durch Verfahren erreicht, die auf Axiome bzw. bereits Bewiesenes zurückgreifen.

Die ständige Modifizierung von Gerechtigkeitsanschauungen kann dabei zur Betonung bisher nebensächlich erscheinender Aspekte führen, andererseits sind jedoch auch Situationen denkbar, in denen “wohletablierte Elemente, die von jeher als juristisch relevant angesehen worden waren, . . . einen neuen Stellenwert erhalten und dadurch ihre ehemalige überzeugungskraft teilweise einbüßen oder ganz und gar verlieren.”¹⁸ Damit ändert sich auch das, was als “richtig” anerkannt ist.

4. *Wünschbarkeit und Wertung*

Bei der Ausrichtung juristischer Entscheidungen auf die Entscheidungsfolgen ist insbesondere die Wünschbarkeit als Einstellung gegenüber Aussagen, die Entscheidungsfolgen betreffen, von Bedeutung. Die juristische Wertung orientiert sich an einer Menge von zur Verfügung stehenden Werten, die meist nicht in einer bestimmten Weise geordnet sind und nur ausnahmsweise in Form von Werthierarchien vorliegen. Zwar entsteht —vor allem bei der Gestaltung der Formulierung in gerichtlichen Urteilen— oft der Eindruck einer gesetzlichen

¹⁶ Vgl. Döhring, E., *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung*, Berlin 1977, S. 104 ff., der Richtigkeitserwägungen als Behelf zum Auffinden vorrechtlicher Kriterien begreift.

¹⁷ Ebd., S. 105.

¹⁸ Ebd., S. 109.

Determiniertheit der Werte und ihrer von der Person unabhängigen Einschätzung, dennoch zeigt sich erst mit dem Ergebnis der Entscheidung, welcher Wert die größere Berücksichtigung erfuhr. Entscheidungstheoretische Wünschbarkeiten ermöglichen nur ein mittelbares Schließen auf angestrebte Werte, da ihnen kein von vornherein festgelegter Wertevorrat zugrunde liegt. Der Spielraum für Wünschbarkeiten stößt dort auf seine Grenzen, wo der Entscheidungsbereich einer Rechtssätze endet. Eine gewisse Eingrenzung ist auch durch die Existenz anderer Rechtssätze und den Vagheitsgrad des Gesetzestextes selbst gegeben. Da im Bereich der Rechtswissenschaft die Sozialgerechtigkeit der Entscheidung eine besondere Rolle spielt,¹⁹ entstehen Schwierigkeiten hinsichtlich kardinaler oder ordinaler Information über Wünschbarkeiten. So bleibt insbesondere im Dunkeln, warum der Richter denkbare, aber für andere Wünschbarkeiten sprechende Argumente im Einzelfall unberücksichtigt ließ. Als Information über die Bewertung müßten hier Rahmenbedingungen deutlich gemacht werden, was zu einer Aufschlüsselung des Vorverständnisses und somit zur Kritik und Kontrollfähigkeit des Ergebnisses beitragen kann.

5. Wertabwägung als Metabewertung gesellschaftlicher Zustände

Die Operationalisierung materialer Werte wird dadurch erreicht, daß ihnen subjektive Präferenzen zugeordnet und dann nur noch die Zuordnungsergebnisse berücksichtigt werden, die Ausgangswerte aber unbeachtet bleiben. Die Begründung dieser Vorzugswürdigkeit

¹⁹ Döhring weist auf die "Gerechtigkeit" hin, deren Definition zwar unzulänglich bleibt und auch durch eine Umschreibung keine zufriedenstellende Ergänzung erfahren kann, jedoch als Idee von Bedeutung ist. Nach Ansicht Döhrings erhebt die juristische Entscheidung gerade heute den Anspruch, nicht nur der Gesetzeslage zu entsprechen, vielmehr auch maßgebenden Gerechtigkeitsauffassungen Rechnung zu tragen. Gerechtigkeitsgedanken beherrschen vielfach unterschwellig den juristischen Entscheidungsprozeß insbesondere dort, wo argumentiert wird, eine bestimmte Regelung sei "angemessen," "vernünftig," "sachgemäß," "gegenwartsbezogen" usw. "Gerechtigkeit" solle auch nicht als auf das sozial Wünschenswerte beschränkt gesehen werden. Zwischenmenschlich Wünschenswertes habe keineswegs unbedingten Vorrang vor anderen im Gerechtigkeitsprinzip enthaltenen Gesichtspunkten; dem Richter bleibe eine gewisse Entschlußfreiheit für Überlegungen staatspolitischer, wirtschaftlicher, kultureller oder auch psychologischer Art. Vgl. zum Ganzen Döhring, E., a.a.O., S. 69 ff.

wird als Problem einer Metabewertung gesellschaftlicher Gegebenheiten betrachtet.²⁰

Soweit es in juristischen Entscheidungen um die Wünschbarkeit sozialer Zustände geht, können deutliche Parallelen zu dem aufgezeigt werden, was von wirtschaftswissenschaftlicher Seite als "Wohlfahrtsfunktion" bezeichnet wird. So hat Streißler²¹ Zusammenhänge dargestellt, die zwischen einer ökonomischen Wohlfahrtsfunktion und juristischen Gemeinwohlvorstellungen bestehen. Danach können Gemeinwohllösungen nur dann auf Präferenzrelationen zurückgreifen, wenn als Grundlage zumindest weitgehend homogene Gemeinwohlvorstellungen vorhanden sind oder die soziale Wertung nur einen begrenzten Bezug zu Teilrechtsgebieten oder Gruppenansprüchen aufweist. Zu berücksichtigen bleibt hier ebenfalls, daß sich höhere oder geringere Sozialgerechtigkeit relativieren läßt, und zwar geschieht das um so eher, je mehr Gerechtigkeit auf politische Theorien und damit soziale Präferenzen und genaue Zielvorstellungen innerhalb der Normen zurückgeht und je weniger von Rechtssätzen losgelöste, beziehungslos nebeneinander gültige Rechtsprinzipien in Anspruch genommen werden müssen. Es dürften keine Schwierigkeiten darin zu sehen sein, Gründe für entscheidungstheoretische Wünschbarkeiten verbal und im traditionellen Sprachgebrauch anzugeben.²² Durch die Vielfalt juristischer Argumentationsmöglichkeiten läßt sich fast jede Wünschbarkeit rechtfertigen. Im Hinblick auf eine rationale Entscheidung scheint es mir jedoch fraglich, ob der Verweis auf eine pas-

²⁰ Nach Ansicht von Podlech, A., *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin 1971, S. 167 u. 41 Anm. 37, sollte diese Metabewertung auf die Diskussion bereits getroffener Bewertungen zurückgehen, wodurch ein materiales Problem in eine Metadiskussion verlagert wird, die wiederum auf materiale Werte Bezug nehmen muß. Damit ist darauf hingewiesen, daß der Wertungsvorgang im Recht einer rationalen Behandlung nicht unbedingt verschlossen ist; durch systematische Untersuchung der formalen Strukturen juristischer Bewertungsprozesse kann es gelingen, in Anlehnung an die formale Präferenztheorie die apriorisch emotional ausgerichteten Wertdiskussionen durch Einführung intersubjektiv nachprüfbarer Präferenzen zu ersetzen. —Die Vorgehensweise steht allerdings in der Gefahr eines unendlichen Regresses; eine Richtigkeit von Präferenzen kann es nicht geben, allenfalls einen pragmatischen Konsens hinsichtlich ihrer Vernünftigkeit. Bewertungen sind durch Bezugssysteme kultureller Art und die in ihnen wurzelnden materialen Wertoperationen determiniert, deren weitere Hinterfragung von einer bestimmten Grenze an nicht mehr sinnvoll erscheint. Möglich ist allerdings eine Strukturbeschreibung von Präferenzordnungen, mit der eine Rationalitätsstufe erreichbar ist in dem Sinne, daß intersubjektive Diskussionen (wenn auch ohne Anerkennungsverpflichtung) verstärkt einsetzen können.

²¹ Streißler, E., *Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen*, in: *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br.*, Wintersemester 1966/67, Karlsruhe 1967, S. 1 (9 ff. u. Anm. 80).

²² Kilian, W., a.a.O., S. 229 f.

sende juristische Auslegungsmethode, wie etwa der Hinweis auf “Billigkeit,” “Sachzusammenhang” oder “Natur der Sache,” ausreichen kann, wenn die für die Vorauswahl bestimmenden Motive nicht auch genannt werden.

Richterliche Entscheidungen müssen mit überzeugenden Entscheidungsgründen versehen sein, die die “Richtigkeit” vermitteln. Überzeugen können Entscheidungen, die dem Anspruch auf “Vernünftigkeit” entsprechen sollen, nur dann, wenn durch prinzipiell rational nachprüfbar Kriterien eine Richtigkeitskontrolle durchführbar ist. Die Überzeugungskraft von Argumenten ist damit auch abhängig von ihrer intersubjektiven Überprüfbarkeit, die eine vollständige Darlegung erfordert, maßgebliche Gründe also nicht verschweigen darf. Mit der Darstellung des Entscheidungsmotivs wird zugleich eine eingehende, gewissenhafte und sorgfältige Begründung gefordert, die notwendige Einblicke in den Erkenntnisvorgang ermöglicht. Insofern gilt auch hier, daß nur begründete Aussagen “verständlich und verständig” sind.

An die Begründung werden bestimmte Anforderungen gestellt. Allgemein gehören zu einer juristischen Rationalität alle Begründungsmuster, die gedankliche Zusammenhänge zwischen subjektiver Beurteilung und Gesetzen, Präjudizien und dogmatischen Aussagen usw. deutlich werden lassen. Allgemeine Rechtsgrundsätze, “oberste” Werte wie auch allgemeine Vernünftigkeitserwägungen können zur Erfüllung der Gerechtigkeitsaussage durch Verweis auf sich selbst kann den Mindestanforderungen an rationale Vorgehensweisen nicht genügen.

6. Rationalität und intersubjektive Überprüfbarkeit

Intersubjektive Überprüfbarkeit eines Ergebnisses²³ ist nicht davon abhängig, ob das Ergebnis selbst zu akzeptieren ist, wengleich dieser Gesichtspunkt in der Rechtspraxis ganz überwiegend Beachtung findet. Die Akzeptierbarkeit eines Urteils ist nicht in erster Linie das Ergebnis einer Deduktion. In Modellansätzen gewinnen Annehmbarkeitsüberlegungen ebenso wie Gesichtspunkte der Redlichkeit und Gerechtigkeit an Bedeutung.²⁴ Die Mehrzahl der Fälle ist dem Anschein nach hinsichtlich ihrer Akzeptierbarkeit unproblematisch

²³ Zur Intersubjektivität als Sprachproblem vgl. Tebaldeschi, I., *Rechtswissenschaft als Modellwissenschaft*, Wien –New York 1979, S. 94 ff.– Zur Untergliederung des Intersubjektivitätsproblems Schreiner, H., *Die Intersubjektivität von Wertungen*, Berlin 1980, S. 28 ff.

²⁴ Dazu Perelman, Ch., *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg –München 1979, S. 131.

Ausreichende inhaltliche Gründe für ihre Akzeptierbarkeit erhalten sie somit nicht aus bloßen formellen Gegebenheiten.

Deduktionen²⁵ spielen de facto in juristischen Begründungen nicht die Rolle, die man ihnen gemeinhin zumißt. Bei Einzelentscheidungen und Normbehauptungen geht es um das Auffinden der "richtigen" Prämissen, während der Deduktionsvorgang in den Hintergrund tritt. In der Mehrzahl der Fälle sind jeweils verschiedene Rechtssätze mit unterschiedlichen Ergebnissen anwendbar, wobei eine Rangfolge der Alternativen sich weniger häufig aus allgemeinen Normen denn aus der konkreten Situation ergibt. Damit aber vollziehen sich juristische Denkkakte meist außerhalb formaler Denkschemata. Vollständige Deduktionen sind kaum je erreichbar; insbesondere ist mit den Regeln eines Logikkalküls nicht nachweisbar, daß korrekt durchgeführte Deduktionsschritte vorliegen, da die zu begründenden Sätze wie die Begründungssätze niemals völlig eindeutig sind. Die Deduktion muß bereits daran scheitern, daß die Prämissen regelmäßig für eine deduktive Konklusion nicht ausreichend sind. Im übrigen fehlt es bereits and der —weitgehend unrealisierbaren— Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems selbst.²⁶

Das deduktive Verfahren berücksichtigt nicht ausreichen das Problem des hermeneutischen Zirkels: Der Richter erkennt die Regelbedürftigkeit eines Falles und die Entscheidungsrelevanz einer Norm erst mit der Vorauswahl der Hypothesen; Basisaussagen enthalten ein theoretisches Element, da sie im Blick auf mögliche Hypothesen formuliert werden. Wird die —hiervon unterschiedene— deduktive Gesetzesanwendung selbst außer acht gelassen, so könnte sich im hermeneutischen Auslegungsgang jede ("vorverstandene") Hypothese rechtfertigen lassen —ein zirkuläres Verfahren: ob eine empirische Hypothese angepaßt ist, ist nicht durch hermeneutische Erklärung, sondern nur durch empirische Überprüfung festzustellen.²⁷ Der Beweis inhaltlicher Richtigkeit eines Satzes kann nicht durch seine Deduktion erbracht werden, ebensowenig sagt die Axiomatisierung

²⁵ Zum "logischen Deduktivismus" Schreiner, H., a.a.O., S. 32 ff.

²⁶ Vgl. dazu v. Savigny, E., zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft, in: Jahr, G./Maihofer, W. (Hrsg.), *Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1971, S. 315 ff. (328 ff.); Opalek, K./Wolenski, J., *Das Problem der Axiomatisierung des Rechts*, in: Winkler, G./Antonioli, W., *Rechtstheorie und Rechtsinformatik*, Wien—New York 1975, S. 51 ff. (59 ff.), die auch die aktuelle Axiomatikdiskussion darstellen (S. 62 ff.).— Selbst soweit man die Möglichkeit einer Axiomatisierung des Rechtssystems bejahte, bleibt fraglich, ob zur Rechtfertigung von Sätzen die Ableitbarkeit aus einem System ausreicht, da bei der Axiomatisierung kein Satz hinsichtlich seiner Vertrauenswürdigkeit geprüft wird (und daher gerechtfertigt ist).

²⁷ So Rottleuthner, H., *Richterliches Handeln*, Frankfurt/M. 1973, S. 9.

einer Satzklasse etwas über ihre Richtigkeit aus. Es kann nicht Aufgabe eines axiomatischen Verfahrens sein, festzulegen, welche Sätze in das System aufzunehmen sind; vielmehr geht es hier lediglich um eine übersichtliche Darstellung der Sätze. Günstige Auswirkungen können bei Anwendung dieser Methode darin bestehen, daß eine Offenlegung der Prämissen erfolgt. Stichhaltige Begründungen verlangen nach einer akzeptablen Interpretation der Prämissen und der Konklusion, "semantische Wahrheit" ist (nur) über Prämissenbegründung erzielbar, die Deduktion impliziert nicht die Akzeptierbarkeit, außer man bejaht die Denkbarkeit von "selbsttragenden Axiomen letzter Wahrheit;"²⁸ dabei muß die Formalisierung keinesfalls bedeutungszerstörende Wirkungen haben, sie verhindert eher die Gefahr eines versteckten Einflusses nicht offengelegter Prämissen.

Ohne die Bedeutung deduktiven Denkens für den juristischen Entscheidungsprozeß grundsätzlich zu unterschätzen, läßt sich zumindest feststellen, daß sie ein hinreichendes Begründungsverfahren nicht liefert, da die Prämissenbildung selbst wertungsabhängig ist. Begriffsinterpretation und Wahl der Interpretationsregeln beruhen auf Wertungskriterien,²⁹ jedes Wort scheint teleologisch eingebunden,³⁰ ja letztlich scheinen alle Begriffsbestimmungen, die auf den Gesetzsinn rekurrieren, ein rechtspolitisches Postulat zu beinhalten.³¹

Möglich scheint ein reduktives Vorgehen, nicht als Rückführung eines Begriffes auf andere nach naturwissenschaftlichem Muster oder aufgrund der dort angenommenen Gesetzmäßigkeiten, sondern im Sinne analytischer Gewinnung eines eindimensionalen Begriffes als Ausgangspunkt der Überlegungen.³² Die Reduktion eines Begriffes auf seine eindimensionalen Elemente kann allerdings nie zur vollständigen Gewißheit über den Inhalt führen. Immerhin läßt sich ein vorläufiges Stadium erreichen durch eine sämtliche Aspekte eines Begriffes berücksichtigende Aufgliederung. Juristische Begriffsbildung

²⁸ So Schreiner, H., a.a.O., S. 34 f.

²⁹ Clemens, Ch., *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlin 1977, S. 54 ff.

³⁰ So Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1972, S. 54 Anm. 13.

³¹ In diesem Sinne Dubischar, R., *Grundbegriffe des Rechts*, Stuttgart –Berlin– Köln –Mainz 1968, S 27 f.; vgl. zum Ganzen Kaufmann, A., *Freirechtsbewegung – lebendig oder tot?*, JuS 1965, S. 1 (5).

³² Zu den Möglichkeiten einer Axiomatisierung in Teilbereichen des Rechts Schreiner, H., a.a.O., S. 37 ff., zum reduktiven Verfahren S. 52 ff. –Zur– hier nicht weiter zu vertiefenden –Frage der Existenz eines "Grundwortschatzes," der für das Gelingen einer axiomatischen Ordnung bedeutsam sein kann, vgl. Westermann, Ch., *Argumentationen und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre*, Berlin 1977, S. 101 Fußn. 5a.

muß damit auf eine rationale Rekonstruktion nicht vollständig verzichten.³³

Während die Intersubjektivität der aus Tatsachenurteilen abgeleiteten Hypothesen nicht problematisch ist, kann dies bei Werturteilen und den aus ihnen abgeleiteten Hypothesen nicht ohne weiteres angenommen werden. Es liegt daher nahe, Werturteile als nur subjektiv gültig einzustufen und in einem zweiten Schritt der Forderung nach intersubjektiver Akzeptierbarkeit gerecht zu werden. Die Plausibilität der aus Werturteilen abgeleiteten Hypothesen ist jedoch nur zu erreichen, wenn der Entscheidende nicht die Gesamtheit der interessierten Mitglieder der jeweiligen Rechtsgemeinschaft außer acht läßt. So wenig einfach es ist, eine Werturteilshypothese akzeptabel zu gestalten, so schwierig ist es auch, diese Hypothese dann zu widerlegen. Selbst sehr viele kritisierende Werturteile sind nicht in der Lage, eine plausible dargestellte Hypothese zu widerlegen, solange sie nicht selbst den Plausibilitätsanforderungen genügen. Als plausible kann eine Hypothese gelten, wenn ihrer konkreten Anwendung keine Einwände entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist die plausible Ausgestaltung von Behauptungen von Bedeutung, deren Rechtfertigung als "zweite Stufe" der Argumentation bezeichnet werden kann.

7. Voraussetzungen und Techniken der Konsensbildung

Rang und Verbindlichkeit wirksam auftretender übergreifender Grundanschauungen bestimmen die argumentative Autorität einer Basistheorie.³⁴ Sätze dieser auf einem Konsens der Rechtsgemeinschaft beruhenden Theorie können in der Verfassung niedergelegt sein (z.B. Grundrechte, die Entscheidung für einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat).³⁵ Ihren Niederschlag finden diese Sätze auch in Generalklauseln des einfachen Rechts. Lange Zeit wurde die Basistheorie aufgrund der Naturrechtslehren und Gesellschaftstheorien wie durch die Autorität religiösen und metaphysischen Gedankengutes geprägt.

³³ Deduktive Logik allein genügt nicht zur Sicherstellung der Akzeptierbarkeit des (intersubjektiv dargestellten) Ergebnisses. Vgl. zu den Versuchen einer logischen Strukturierung des zu begründenden Arguments Tammelo, I./Moens, G., *Logische Verfahren der juristischen Begründung*, Wien –New York 1976, S. 53 ff.; ähnlich auch Tammelo, I., *Möglichkeiten und Perspektiven des formellen Rechtsdenkens*, in: Klug, II. u.a. (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin –Heidelberg New York 1978, S. 191 ff.

³⁴ Zum Basisproblem eingehend Zinn, K.G., *Wertfreiheitspostulat und Basiswerte*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 62 (1976), S. 183 ff.

³⁵ Horn, N., *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, in: *Rechtstheorie* 1975, S. 145 (156).

Ferner kann eine offizielle Staatsideologie die Funktionen dieser Basistheorie übernehmen. Auch eine lediglich als Etikett benutzte Wissenschaftlichkeit kann der mit Hilfe eines allgemeinen Konsenses geführten Argumentation zusätzliche Autorität einbringen. Stabilisierungswirkungen der Basistheorie bezüglich juristischer Argumentationen sind deutlich abhängig von ihrer Gestaltung und Autorität, die ideologisch, sozial oder auch im engeren Sinne politisch abgesichert sein kann. Gleichzeitig bestimmen die materialen Gehalte eines in der Rechtsgemeinschaft wirksamen Konsenses die rationale Ausformung der Argumentation.

Berücksichtigt man, daß die Basistheorie vom Erkenntnisstand und politischen Gesamtzustand der Gesellschaft abhängig ist, muß im Rahmen einer Untersuchung juristischer Entscheidungen der Basistheorie besonderes Interesse auch deshalb gelten, weil diese direkter und deutlicher wertungsorientiert ist als die Dogmatik selbst. Als "juristisch" hingestellte Argumentationen sind hier oft unpräzise, weil "elastisch" formulierte Aussagen, die als "Leerformeln" fungieren, ohne durch Tatsachenargumente inhaltlich genügend ausgefüllt und mit den Techniken der Rechtsdogmatik näher konkretisiert zu sein. Während die institutionelle und politische Ausgestaltung der Autorität der Basistheorie unterschiedlich ist, beruht sie im allgemeinen auf dem Rahmen und der Verbindlichkeit von Weltanschauungen, die der Mehrzahl der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft gemeinsam sind und insoweit einen Konsens darstellen.

Die konkrete –ideologische, sozial und politisch abgesicherte– Autorität und ihre Gestaltung bestimmen den Stabilisierungseffekt, der von der Basistheorie auf die juristische Argumentation ausgehen kann. Ferner wird die Rationalität einer Argumentation entscheidend beeinflußt durch die materiellen Inhalte der Basistheorie. Zwar bietet gerade eine offene und pluralistische Gesellschaft die Möglichkeit zu wirksamer Kritik der Basistheorie, verwehrt somit nicht die Chance zur Ablösung veralteter oder erstarrter Elemente,³⁶ dennoch entsteht zugleich das Problem, wie die Basistheorie ihre Aufgabe als Stabilisierungsfaktor überhaupt erfüllen kann. Als Beispiele punktueller Kritik sind die Grundsatzdiskussionen zu konkreten Rechtsfragen zu nennen. Die Gefahr eines prinzipiellen Pluralismus, der nicht zur aufklärerischen Umschichtung der Basistheorie führt und alte Verbindlichkeiten abbauen hilft, sondern die tatsächlich vorhandenen Ge-

³⁶ Vgl. dazu auch Albert, H., a.a.O., S. 75, dem zufolge die Behandlung ethischer Aussagen und Systeme als Dogmen einer Betrachtung möglicher Alternativen und neuer Perspektiven zu weichen habe.

meinschaftswerte (und damit die Basistheorie selbst) auf ein Minimum reduziert, sei an dieser Stelle nur erwähnt. Ein hinsichtlich der Basistheorie fehlender Konsens kann, wie historische Erfahrungen und methodologische Überlegungen zeigen, nur begrenzt durch gesetzestörmigen Konsens eine Kompensation erfahren.

8. *Konsens und Argumentationsautorität*

Argumentative Autoritäten haben Einfluß auf die Reflexionen der Rechtsbetroffenen oder –interessenten.³⁷ Die Steuerung und Stabilisierung des Argumentierens durch Gesetz, Dogmatik und Basistheorie läßt sich auf allen Argumentationsebenen nachweisen.

Ein systemtheoretischer Ansatz stellt hier nicht so sehr die Argumentation als solche, sondern eher die Entscheidungseffizienz in den Mittelpunkt. Ist wegen der Komplexität juristischer Entscheidungen die Überprüfung der Richtigkeit vom Entscheidungsinhalten ohnehin fraglich, so stellt dieser Ansatz mehr auf die sozialtechnische Bedeutung an sich ab; argumentative Autorität gehört zur Legitimationstechnik. Der materielle Inhalt juristischer Argumentationen hat nur insoweit Gewicht, als er zur Erfüllung der Legitimationsaufgabe beiträgt. Argumentative Autorität besteht freilich nur so lange, als sie nicht für irrational befunden wird –es sei denn, das System wird aufgrund bestehender Machtverhältnisse zwangsweise erhalten.³⁸

Alternative ist die Lösung juristischer Entscheidungsprozesse durch gegebene Argumentationsautoritäten, was zugleich eine gewisse Unabhängigkeit von hinter diesen Autoritäten stehenden politischen Faktoren und der durch sie bewirkten Bevormundung schafft; das birgt natürlich die Gefahr der Zerstörung darauf gegründeter Kommunikations- und Konsensmöglichkeiten.³⁹

Die Abhängigkeit rationalen juristischen Entscheidens von argumentativen Autoritäten findet ihre Entsprechung in der letztlich auf einem Rationalitätsanspruch beruhenden Verbindlichkeit der Argumente, die Auswirkungen auf den Konsens hat. Gerade die argumentative Form juristischen Denkens ermöglicht es jedem Teilnehmer des Rechtsgesprächs, kritisch zu untersuchen, ob und in welchem Umfang es sinnvoll ist, bestimmte argumentative Autoritäten im Entscheidungsprozeß zu zitieren und sie auch zu akzeptieren. Kritik ist sicherlich dort nur beschränkt möglich, wo die Verbindlichkeit

³⁷ Zum Zusammenhang von Aussageautorität und Konsens vgl. Horn, N., a.a.O., S. 157 ff.

³⁸ Ebd., S. 158.

³⁹ Ebd., S. 158 f.

juristischer Argumente gesetzliche Fixierung erfahren hat; von besonderer Bedeutung ist sie auf der anderen Seite jedoch innerhalb vorhandener Interpretationsspielräume oder als Bestandteil rechtspolitischer Diskussionen.⁴⁰

Vom jeweiligen gesellschaftlichen Legitimationsbedarf hängt es ab, inwieweit die Anerkennung der Verbindlichkeit juristischer Entscheidungen auch den Einsatz anderer Mittel notwendig macht. Die Forderung, eine juristische Entscheidung auch mit weiteren Mitteln abzusichern, rechtfertigt sich daraus, daß die Argumentation nur recht begrenzte Möglichkeiten für die Erreichung von Konsens bietet.⁴¹ Zwar ist es möglich, daß Rechtsinteressierte bestimmte Behauptungen als evident oder zumindest vertretbar akzeptieren, das Ausmaß dieser Konsensbasis hängt jedoch von individuellen und sozialen Beziehungen ab. Sobald Rechtssubjekte einer anderen Weltanschauung angehören oder eine verschiedenartige Sozialisation erfahren haben, wird ihre Konsensbasis unter Umständen sehr gering sein. Argumentation ist daher nur ein unzuverlässiges Mittel, um einen Konsens und die Legitimität einer rechtlichen Entscheidung zu sichern. Sozialtechnologische Möglichkeiten bieten hier unter Umständen einen Ausweg: durch fixierte Rollen und Verfahrensrecht und eine damit abgesicherte Autonomie des Verfahrens sowie durch den Eindruck der Verantwortungszurechnung sind Faktoren gegeben, die die Wahrscheinlichkeit der Anerkennung getroffener Entscheidungen fördern. Diese, auch im Hinblick auf eine Legitimation des Urteils wirksamen Faktoren erfahren einen optimalen Einsatz durch die zusätzlich verstärkte Anwendung der Argumentation und Persuasion. Nur eine gemeinsame Anwendung der verschiedenen Mittel bietet die Möglichkeit zur Erreichung eines allgemeinen Konsenses.⁴²

9. *Anderung des Orientierungsrahmens der Entscheidung: Abschied vom Justizsyllogismus?*

Zu den folgenreichsten Erkenntnissen, die sich durchzusetzen begonnen haben, gehört die Einsicht, daß sich judizielle Aktivität nicht adäquat als "Anwendung" des Gesetzes oder wenigstens der im Gesetz zum Ausdruck kommenden "Rechtsgedanken" analysieren läßt. Außer dem Gesetzestext werden sehr wesentlich auch andere Rechtsquellen als bestimmend angesehen. Es ist aber auch nicht zu übersehen, daß die aus ihnen gewonnenen Ergebnisse nur noch vage

⁴⁰ Ebd., S. 159 f.

⁴¹ Clemens, Ch., a.a.O., S. 44.

⁴² Ebd., S. 24 f. u. 44.

mit dem Wortlaut des Gesetzes in Beziehung gebracht werden. Schon früher war erkannt worden, daß dieser Rekurs meist erst dann funktioniert, nachdem das Gesetz "zurechtinterpretiert" und ergänzt worden ist und daß selbst in Fällen scheinbarer Eindeutigkeit, in den "Subsumtionsfällen," der Richter bei der Normanswahl, der Auslegung des Gesetzestextes und der Würdigung des Sachverhalts eine hochdifferenzierte Eigenarbeit zu leisten hat, die mit dem logischen Subsumtionsakt kaum noch etwas zu tun hat. Seit längerem schon wendet sich das Interesse mehr und mehr gerade den juristischen Orientierungen zu, die der allzu strapazierten Positiviertheit der Rechtsordnung offenbar nicht zu entnehmen sind: der Flucht in die "Grundsätze," "topoi," richterlichen "Kunstregeln" und Argumentationsstandards, kurz: in das Terrain der "außergesetzlichen Rechtsordnung."⁴³

Judizielle Rechtsfindung ist nicht Auslegung im Sinne von Sinndeutung, Analogie usw, sondern Konkretisierung von Normhypothesen, wobei manche Probleme insoweit storniert sind, als Gesetz- und Verfassungsgeber sie behandelt haben. In diesem Zusammenhang wird es allerdings akut, einschlägige Gesetzesstellen auszulegen, um festzustellen, was der Gesetz- oder Verfassungsgeber entschieden hat: Dabei begnügt man sich nicht mit der Worterklärung, sondern ermittelt, welche rechtspolitischen Fragen abgeschnitten sind, und prüft die sozial-adäquate Stimmigkeit der legislativen Regelungen, was ihre Korrigierbarkeit wiederum impliziert.

Sowohl der Begriff "Lücke" als auch die Unterscheidung zwischen "Auslegung" und "Rechtssatzergänzung" und die Verfahrenstradition judizieller Syllogistik haben nur im Zusammenhang der "vorgehenden Entscheidungsgründe," also der sekundären Legitimierung judizieller Ergebnisse am Gesetz, noch ihre Bedeutung. Im Zusammenhang der überdeckten, d.h. der eigentlichen Erwägungen dynamischen Judizierens sind sie weitgehend gegenstandslos.

Der Erwägungs- und Entscheidungsspielraum des Rechtsstabes wird außer durch die Beachtung der gesetz- und verfassungsgeberischen Entscheidungen durch die Anerkennung der Präjudizien eingeschränkt. Es besteht eine (widerlegliche) tatsächliche Vermutung zugunsten sämtlicher Präjudizien.⁴⁴ Die Präjudizienvermutung dient hier nicht nur praktischen Gesichtspunkten, wie der Rechtssicherheit, sondern sie gewährleistet ein gewisses Maß an Rationalität der judiziellen

⁴³ Vgl. hierzu Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1974, Viehweg, Th., Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Auf. München 1974.

⁴⁴ Kritisch dazu Larenz, K., a.a.O., S. 423 Anm. 144.

Rechtentwicklung: indem sie das Handeln des Rechtsstabs auf insoweit meist überschaubare Schritte einschränkt, entlastet sie von Überforderungen und ermöglicht die Kooperation aller judiziellen Instanzen. Abweichungsfälle hält sie als dysfunktionale, gleichwohl aber “brauchbare Illegalität” (Luhmann) einer breiten Reaktion der Öffentlichkeit und damit der Korrektur offen, erzwingt damit zugleich die systemstabilisierende Bewahrung des integrierten Erkenntnisbestandes.

Der Entscheidungsspielraum des Rechtsstabes ist nicht in bestimmtem Sinne fest eingegrenzt, er ist vielmehr gerade durch die konkrete Fallentscheidung variabel.

Die judizielle Entscheidungsargumentation ist infolge einer großen Zahl von Faktoren (wie Doktrinen, Interessen usw.) in ihrer Rationalität beeinträchtigt. Daher lassen sich die Einzelschritte selten mit Gewißheit übersehen. Die Diskussion dauert tendenziell unendlich und ein Schritt kann nur als bewährt und eingefahren gelten, wenn seine “Richtigkeit” durch keine Kritik mehr angefochten ist. Bemühungen, ein judizielles Verhaltensmodell abstrakt zu deduzieren, und ebenso alle Versuche, “Gerechtigkeit” oder Urteilsrichtigkeit erschöpfend und endgültig zu definieren, bedeuten einen Austritt aus der Diskussion. Sobald irgendeine der dabei gemachten Aussagen durch tragfähige Aspekte der Wirklichkeit hinfällig werden kann- und das war bisher noch immer der Fall— erweist sich der Anspruch auf überzeitliche Richtigkeit als rein ideologisch.

10. *Legitimierendes Verfahren oder Legitimation durch Begründung?*

Um die Legitimität ihrer Entscheidungen zu spezifizieren, sind Richter an die Einhaltung bestimmter “Verfahrensrituale” gebunden. Damit soll jedoch nicht einer “Legitimation durch Verfahren”⁴⁵ das Wort geredet werden. Diesem Luhmannschen Konzept zufolge ist durch Verfahren als “Leistung des Systems” —unabhängig vom gesellschaftlichen Hintergrund des Rechtsstreits— eine Legitimation erreichbar.⁴⁶ Die Legitimation eines Verfahrens und die Legitimität einer Entscheidung gründen nach Luhmann letztlich auf einer bloßen Machtdelegation.⁴⁷ Indem der Richter “symbolisch-zeremoniell” am

⁴⁵ Im Sinne der gleichnamigen Schrift N. Luhmanns, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied—Verlin 1969.

⁴⁶ Ebd., S. 41; vgl. auch die geraffte Darstellung bei Büllesbach, A., *Systemtheoretische Ansätze und ihre Kritik*, in: Kaufmann, A./Hassmer, W. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg —Karlsruhe 1977, S. 235 ff. (250).

⁴⁷ So Esser, J., *Vorverständnis*, S. 208.

Recht arbeitet, erleichtert er das "Lernen;" Entscheidungslegitimität resultiert nicht aus der Wahrheit und Richtigkeit, denn hierbei handle es sich nicht um Werte, sondern um soziale Mechanismen, die funktional auf die Erfüllung der Systemaufgaben ausgerichtet seien.⁴⁸ Der Luhmannsche Ansatz verfehlt nicht nur das, was von einer grundlagenorientierten Rechtstheorie als Leistung erwartet wird, nämlich die Aufhellung der Bedingtheiten des richterlichen Vorverständnisses;⁴⁹ es wird nicht nur der Vorgang der Rechtsfindung zu einem obrigkeitlichen Informations- und Entscheidungsmodell mit dem Ziel auf Auslösung eines Lernprozesses (allein) beim "Rechtsunterworfenen" verzerrt.⁵⁰ Die Systemtheorie vermag vielmehr –und das ist für unser Anliegen von noch größerem Gewicht– die Realität richterlichen Handelns nicht hinreichend zu erfassen. Es ist der von der Systemtheorie nicht als solcher in den Blick genommene Entscheidungsprozeß selbst, durch den die antithetische Aufgabe von Normauslegung und –setzung vollzogen wird,⁵¹ Alternativen eliminiert, Komplexität reduziert⁵² und Verantwortung übernommen werden.

Was ich hier als dem Richter dargebotene Entscheidungsrichtwerte zu beschreiben versucht habe, an denen potentiell Orientierung möglich ist, und was ich als in der Realität beobachtbares Verhalten der Richter zu verdeutlichen versucht habe, ist nicht die Perspektive der Systemtheorie; der Umgang mit von materialen Gehalten entleerten "Verfahrensritualen" ist Luhmanns Modell, nicht aber eine grundlagentheoretische Erfassung heutiger richterlicher Entscheidungspraxis. Wenn wir also davon sprechen, daß man eine –trotz mancher Verschleierungsversuche– faktische Orientierung des Justizstabes an "letzter" Richtigkeit und Wahrheit oder schon am bloßen Text einer Vorschrift nicht feststellen kann, gleichwohl jedoch das Verpflichtetsein auf Einhaltung bestimmter "Verfahrensrituale" betont, so ist damit der den Rechtsanwender treffende Zwang zur Begründung der Entscheidung gemeint. Dementsprechend ließe sich von einer "Legitimation

⁴⁸ Luhmann, N., a.a.O., S 23 f.; die Leistung von "Wahrheit" im "sozialen Verkehr" liege in der "Übertragung reduzierter Komplexität" (S. 23).

⁴⁹ Esser, J., Vorverständnis, S. 213. –Von weiteren Kritikpunkten Ideologiefälligkeit, Überinterpretation von strukturellen Veränderungen im System als Systemrisiko, wissenschaftstheoretische Ungereimtheiten usw. –soll hier nicht die Rede sein; vgl hierzu die komprimierten kritischen Bemerkungen bei Büllersbach, A., a.a.O., S. 252 ff.; Schünemann, H.-W., Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, München 1976, S. 57; ausführlicher Bechtler, Th. W., Der soziologische Rechtsbegriff, Berlin 1977, S. 155 ff. mit zahlr. Nachw.; ferner Rottlenthner, H., Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt/M. 1973, S. 129 f.

⁵⁰ Dazu Esser, J., Vorverständnis, S. 214.

⁵¹ Ebd., S. 213.

⁵² Ebd., S. 208 f.

durch Begründung” reden. Die Begründung ist Grundlage und Voraussetzung für das, was heute von einer juristischen Entscheidung verlangt wird: sie muß rational nachprüfbar, rechtslogisch stimmig und konsensfähig sein.⁵³

Die Rechtstheorie muß also ein Höchstmaß an eigentlich bestimmenden Urteilsgründen im Sinne sozialer Determinanten der Entscheidung explizit machen. Das setzt aber vor allem auch eine weitere Verbesserung der im allgemeinen bislang wenig erhellenden Analysen über “Werte,” (Wert-, Kultur-, Grundrechts- u.a.) “Systeme,” über “Gesamtschau” der Verfassung u.ä. voraus. Aber auch schon der Rechtsstab selbst sollte sowohl die präjudizielle Wirkung der Entscheidungsnorm als auch die Anwendung der legitimierenden Begriffsauslegungen, Konstruktionen und “Prinzipien” rational stärker substantiieren. Das heißt, er sollte die Gründe offenlegen, warum er sie und nicht andere gewählt hat, wohin seiner Meinung nach eine andere Entscheidung im Vergleich zu dieser führen würde und inwiefern diese Konsequenzen seiner Meinung nach relevant wären.⁵⁴ Auf diese Weise könnte auch die Erschließung des “Vorverständnisses” im Einzelfall erleichtert werden.

Mit solchen Offenlegungen unterwirft der Rechtsstab nicht nur sein eigenes Handeln größerer interner und externer sozialer Kontrolle. Er vermehrt auch die rationale Disziplinierung der Kritik, die andere Instanzen, Wissenschaft, gesellschaftliche und politische Öffentlichkeit an seiner Entscheidung üben. Damit macht er sie zugleich fruchtbarer, verbessert die Qualität der Entscheidungen und stärkt die Autorität der Rechtsprechung. Je mehr Offenlegung, um so größer ist die Chance sozial- und selbstkritischer Rationalität.

⁵³ Rationalität der Entscheidung usw. wird hier wiederum nicht im Sinne einer technokratischen Optimierung verstanden, vgl. dazu Esser, J., Vorverständnis, S. 215.

⁵⁴ Zu dieser vielfach erhobenen Forderung vgl. etwa Esser, J., Vorverständnis, insbes. S. 85 u. 166; zweifelnd Zöllner, W., Recht und Politik. Zur politischen Dimension der Rechtsanwendung, in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift, gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500 jährigen Bestehen 1977 von ihren gegenwärtigen Mitgliedern und in deren Auftrag herausgegeben von Joachim Gernhuber, Tübingen 1977, S. 131 ff. (142).