



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph (2017): "Besprechung von Hans-Joachim Strauch:**

**Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 7.7.2020)**

All rights reserved.

## **Besprechung von Hans-Joachim Strauch:**

### **Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens,**

**Verlag Karl Alber, 2017**

Gibt es eine juristische Methodik der Kohärenz?

Nach dem Bundesverfassungsgericht ist Wissenschaft der methodengeleitete Versuch zur Gewinnung neuer Erkenntnisse, deren Deutung und Weitergabe. Das methodische, planmäßige und systematische Vorgehen ist also das zentrale Element (37). Wissenschaft vollzieht sich im Unterschied zur Intuition in der Perspektive einer dritten Person und wird somit nachvollziehbar. Eine Methodenlehre berührt damit den Kern des juristischen Selbstverständnisses. Hans-Joachim Strauch legt nun eine „Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens“ vor. Sein Anliegen ist dabei, eine Gebrauchsmethodik im Sinne von Handwerksregeln und Routinen einer Richtigkeitskontrolle anhand der Verfassung (44) und Wissenschafts- bzw. Rechtstheorie zu unterwerfen. Gesucht ist ein Mittelweg zwischen realitätsblindem Gesetzesbindungsdogmatismus und Bindungsskepsis (25).

Der Verfasser beabsichtigt nicht, eine umfassende Methodenlehre der Rechtswissenschaft, sondern beschränkt sich auf das „gerichtliche Erkenntnisverfahren“ (zur Abgrenzung 56 ff.). Dies begründet er mit einer anderen unterschiedlichen Zielvorgabe von gerichtlicher und akademischer Methodenlehre (57 f.). Das Wort „Erkenntnisverfahren“ knüpft dabei an die Prozessrechtsterminologie an (28) und soll konstruktivistische Theorieansätze nicht ausschließen. Es geht ihm um die Überführung praktischen Könnens

in Wissen. Zugrunde gelegt ist ein Richtigkeitsmaßstab, der als regulative Idee wirken soll: „Richtig“ ist eine Entscheidung, für die es nach den Umständen, die dem Richter bekannt sind und die von ihm zu ermitteln waren, keine Alternative gab, die im Entscheidungszeitpunkt in sich stimmiger und damit „richtiger“ gewesen wäre.“ (33) Bei der Sichtbarmachung der Gebrauchsmethodik von Gerichten wird die Arbeit mit rechtssoziologischen Theorien verknüpft. Der Begriff des Habitus soll zwischen objektivistischen und subjektivistischen Sozialtheorien vermitteln (74). Er bildet ein System von Dispositionen, welches im sozialen Feld geformt wurde und dabei auch Veränderungspotenzial aufweist. Damit lässt sich die Bedeutung der juristischen Sozialisation für die gerichtliche Arbeit gut beschreiben. Ein weiterer Faktor für die Formung einer Gebrauchsmethodik ist die institutionelle Einbindung in die Gerichtsorganisation (93 ff.). Aus dieser „Interpretationgemeinschaft“ (110) entsteht dann eine Gruppenkohärenz (109, 111). So dass aus der Sozialanalyse heraus der vom Verfasser verwendete Grundbegriff nahegelegt wird. Dieser Grundbegriff wird dann auch in der Philosophie (133 ff.) und normativ an die Verfassung angebunden (Art. 95 GG, Kap. 20, S. 455 ff.).

Wie soll Kohärenz nun methodisch eingelöst werden? Hier setzt sich der Verfasser in den Kap. 14, 15 und 16 mit den Problemen von Vorverständnis, Regelbindung und Sprache auseinander. Eine der Stärken des Ansatzes von Strauch liegt zunächst darin, dass er sich nicht auf die Anwendung einer „Großtheorie“ reduzieren lässt (291, 29 ff.). Es handelt sich vielmehr um eine multiperspektivische Reflexion. Weder Hermeneutik noch Systemtheorie, analytische Philosophie oder Postmoderne dienen als Deduktionsgrundlage. Zwar setzt er den Schwerpunkt der außerjuristischen Referenzen bei den modernen Kognitionswissenschaften und der Neurobiologie. Aber auch hier erliegt der Verfasser nicht dem Risiko einer deduktiven Anwendung. Umgekehrt kann man ihm auch kein Eklektizismus vorwerfen, da er die Spannung unterschiedlicher Theorien durchaus thematisiert und ihre Struktur immer durch die praktischen Probleme des Rechts geordnet wird.

Sein Ansatz will das Recht weder auf den Rechtsbegriff, den Gesetzgeber, noch die Rechtsprechung reduziert sehen, sondern als Produkt aller an der Rechtsanwendung Beteiligten begreifen. Die Zuordnung der verschiedenen Beteiligten soll dabei über eine Regelbindung erfolgen. Hier liegt natürlich ein Kernproblem der Diskussion in der analytischen Theorie des 20. Jahrhunderts. Was will Strauch davon retten? Zunächst konzidiert er, dass es keine Regel für die Anwendung der Regel gibt (68 ff.). Jetzt stellt sich die Frage, was man daraus folgert. Strauch knüpft an eine Bemerkung Wittgensteins an (S. 64 ff.), wonach ein Spiel nicht überall von Regeln begrenzt ist (z. B. im Tennis die Frage, wie hoch man den Ball wirft). Daraus folgert er eine Gebietstrennung der Bereiche, die von Spielregeln begrenzt und des Bereichs, der nicht von Spielregeln begrenzt ist (Kap. 16, S. 299 ff.). Diese Vorstellung, die Wittgenstein allerdings später selbst präzisiert (vgl. dazu die Nachweise bei Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, S. 119 ff.), verknüpft sich für Strauch mit der herkömmlichen Vorstellung der Rechtstheorie, es gebe ein

Bereich des Gesetzesrechts, und in den Lücken dieses Bereichs entwickle sich Richterrecht (S. 311 ff.). Diese Zwei-Gebiete-Lehre ist falsch. Regeln in der Sprache haben einen ganz anderen Charakter, der diese unterkomplexe Vorstellung sprengt. Die Sprache ist kein Gesetzbuch mit Lücken, sondern gleicht eher einem Case-Law-System (vgl. dazu grundlegend Robert Brandom, *Begründen und Begreifen*, Frankfurt am Main 2001, S. 233 ff.). Sprachliche Regeln bestehen in der Verknüpfung gelungener Kommunikationsakte unter mitlaufender normativer Bewertung. Die Unbestimmtheit ist also kein klar umgrenzter äußerer Bereich der Regel, sondern liegt in ihrem Inneren. Das heißt, auch die Formulierung einer Sprachregel hat einen normativen Aspekt, welcher der Rechtfertigung durch Argumentation bedarf. An dieser Stelle fällt Strauch dem gesetzpositivistischen Modell zum Opfer, das er doch zu überwinden glaubt (325 ff.). Als Konsequenz fasst er dann die Rolle des Richter nicht innerhalb des Gesetzes, sondern neben dem Gesetz als Richterrecht (311 ff.). Dasselbe Weiterwirken des Gesetzespositivismus zeigt sich auch in seiner Semantik (61 ff.). Vagheit und Mehrdeutigkeit werden nicht als pragmatische Konstellationen im Streit um Bedeutung aufgefasst, sondern in die Bedeutung selbst verlegt (69 ff.). Bedeutung ist etwas, was dem Gesetz anhaftet und beschrieben werden kann. Dieser Museumsmythos ist in der Sprachphilosophie, Linguistik und Rechtstheorie schon seit den 50er Jahren überwunden (vgl. zur prinzipiellen Kritik dieser Juristensemantik Daniel Gruschke, *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*, Berlin 2014, S. 30 ff., 198 ff. Zur Kritik am von Quine genannten Museumsmythos in der Rechtstheorie schon Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis*, Baden-Baden 1996, S. 69 ff.). An Worten haftet keine Bedeutung, wie ein Museumsstück am Schild, sondern Bedeutung wird unter Anknüpfung an gelungene Kommunikationsbeispiele in einem regelhaften Prozess praktisch hergestellt. Hier bleibt Strauch bei dem stehen, was in den 70er Jahren analytische Rechtstheorie hieß und schon damals gegenüber der philosophischen Diskussion 20 Jahre Verspätung aufwies.

Dieses Problem muss aber dem Projekt von Strauch nicht unbedingt schaden. Denn alles, was man an Regelmäßigkeit in der juristischen Praxis aufweisen kann, erscheint bei ihm unter einer anderen Überschrift: Es ist der Teil E des Buches (S. 527 ff., „Das Erkenntnisverfahren – Mustererkennung und Fallverstehen.“) Hier findet man tatsächlich, was Juristische Methodik verspricht, nämlich die Überführung praktischen Könnens in theoretisches Wissen. Zuerst entwickelt Strauch eine „Phänomenologie“ juristischer Musterbildung, welche in der juristischen Ausbildung ansetzt und sich zur Praxis des Fallverstehens bei Gericht fortbildet. Hier stößt nicht nur der Öffentlichrechtler, sondern jeder Praktiker auf viele Strukturen, die man zwar kennt, aber nicht weiß. Nur als Beispiel seien hier genannt die Zulässigkeits- und Begründetheitsstrukturen des Klagesystems im Bereich der VwGO. Diese bestimmen sowohl die Suche als auch die letztendliche Struktur des Falls, ohne dass sie in der Methodik ausreichend reflektiert würden. Was man in den herkömmlichen Büchern findet, sind oft nur die letzten Schritte der Argumentation (Auslegung der Norm und Logik der Subsumtion), aber nicht das ganze Denken und die Strukturierung vom Stre-

itgegenstand aus. Die juristische Semantik und Methodik wird hier also unter dem Terminus „Muster“ entscheidend fortentwickelt.

Eine besondere Stärke des Buches liegt darin, dass es die Veränderung des juristischen Denkens durch Computer und Datenbanken praktisch reflektiert. Die philosophische und rechtstheoretische Dimension des Problems findet man in der Medientheorie von Vesting. Aber hier bei Strauch findet man die praktische Phänomenologie bei Gericht (605 ff.). Die „Methode Simile“ sucht nach einem ähnlichen Fall. Die „Methode Stachelschwein“ geht bei der Volltextsuche von einem auffälligen Wort aus. Die „Methode Collage“ arbeitet mit copy and paste. Am anspruchsvollsten ist die „Methode Sherlock Holmes“, die mit Abduktion, Musterbildung und Hypothesenbildung arbeitet, von Strauch sehr schön mit literarischen Beispielen belegt. Anknüpfend an diese Gebrauchsmethodik wird dann ein idealtypisches Prüfprogramm formuliert (S. 612 f.). Verwendet wird dazu die regulative Idee der Kohärenz. Wie steht es nun um deren Einlösung?

Diese erfolgt in Kap. 26 unter der Überschrift „Methode als Herstellung von Kohärenz“. Die Gesichtspunkte, die der Richter in eine kohärente Ordnung bringen muss, sind Gesetzestexte, Auslegungsnorm der Verfassung, Auslegungsregeln, der Hypertext Recht, sonstige normative Auslegungsvorgaben, die Dogmatik, Präjudizien und Lehrmeinungen. Diese Gesichtspunkte erscheinen inkohärent und auch logisch schwierig, weil der Hypertext Recht schon alle anderen enthält. Wie soll daraus Kohärenz entstehen?

An dieser Stelle erscheint bei Strauch das Verfahren (S. 626), und er entwickelt Vorgaben für den Prozess des Abgleichens (S. 628 ff.). Dabei geht er zu Recht vom Scheitern des Regelplatonismus aus (S. 61 ff.). An die Stelle idealer Regeln treten dann Fälle gelungener Verständigung und Entscheidung. Die gesuchten Standards (bei Strauch heißen sie Muster) liegen also nicht außerhalb der Kommunikation, sondern innerhalb. Juristische Bedeutung ist nicht die Voraussetzung der Arbeit mit Texten, sondern diese Arbeit und der Streit im Verfahren sind Voraussetzung für die endgültige Bedeutung des Textes. Auf diese Weise expliziert Strauch das praktische Wissen—wie der Gebrauchsmethodik in Wissen—dass. Die regulative Idee der Kohärenz ist also nicht, wie die so genannte Einheit der Rechtsordnung, eine Deduktionsquelle für Entscheidungen, sondern sie funktioniert anders (vgl. Kap. 19: Kohärenz und die Einheit der Rechtsordnung). Für den klassischen Ansatz hieß Verstehen eines Rechtssatzes, eine Hierarchie von Rechtsquellen aus der Sinnmitte der Gerechtigkeit heraus zu erkennen. Dieser Holismus ist vertikal, weil nur das Ganze Bedeutung hat und das Einzelne ihm untergeordnet wird. Er ist deduktiv, weil nur das Ganze erkannt werden kann und die Grundlage richterlicher Erkenntnis darstellt. Strauch vertritt demgegenüber einen praktischen Holismus: Einen Rechtssatz verstehen heißt danach, ihn mit vielen anderen zu vernetzen und in einem Verfahren darüber zu streiten. Dieser Holismus ist horizontal, weil für ihn das Ganze keine eigene Bedeutung hat, sondern durch das Beziehungsgeflecht des Einzelnen produziert wird. Dieser Holismus ist auch praktisch, weil er den Bezug des Einzelnen zum Ganzen nicht einfach erkennt, sondern in der Auseinandersetzung des Verfahrens

erprobt.

Wie ist nun dieser Holismus praktisch zu verwenden oder anders gefragt, startet das Programm aus der Gebrauchsmethodik mit Hilfe von Verfassung und regulativer Idee der Kohärenz eine Methodik zu entwickeln, die demokratischen und rechtsstaatlichen Vorgaben entspricht? Um die Summe der von Strauch aufgezählten heterogenen Gesichtspunkte kohärent zu machen, müsste etwas passieren. Das Einzige, was dafür in Betracht käme, wäre Argumentation. Nun findet sich tatsächlich ein Abschnitt über Argumentation (S. 300 ff.), aber dort wird lediglich das Toulmin-Schema erläutert. Das Buch von Toulmin (*The Uses of Argument*, Cambridge 1958) war tatsächlich einer der Startpunkte für die Argumentationstheorie. Aber seither ist einiges passiert. Mittlerweile ist die Argumentationstheorie eine eigenständige Disziplin mit eigenen Zeitschriften und jährlichen Tagungen. Sie nimmt in der Philosophie zunehmend die Rolle ein, die man früher der Logik zugebilligt hatte (vgl. dazu Holm Tetens, *Philosophisches Argumentieren*, 2. Aufl. 2006). Diese Entwicklung hätte Strauch zur Kenntnis nehmen sollen. Das Toulmin-Schema deckt nur einen einzigen Teilbereich des Argumentierens ab, nämlich das Begründen. Es fehlt das für die Herstellung von Kohärenz unverzichtbare Widerlegen und Integrieren. Das Muster ist damit starr und nicht offen und nicht offen und dynamisch: „Es ist nicht dialogisch, bzw. hat ein Opponent hier nur eine einzige Zugmöglichkeit: Er kann die Allgemeingültigkeit der Regel kontrollieren und gegebenenfalls die Modalisierung der Behauptung fordern. Immerhin ist das schon mehr als viele andere haben. Toulmins Schema transportiert eine Ahnung von Dialogizität und Dynamik – eine Ahnung, nicht mehr (vgl. dazu Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, 1. Aufl. Würzburg 2008, S. 24. Zur grundlegenden Auseinandersetzung mit dem Modell Toulmins aus der Sicht der heutigen Argumentationstheorie vgl. ders., *Toulmin's Theory and the Dynamik of Argumentation*, in: van Eemeren, Frans et al., *Argumentation: Perspectives and Approaches*, Proceedings of the first ISSA Conference on Argumentation 1986, Dordrecht 1987, S. 327–335).“ Strauch müsste also die Weiterentwicklung der Argumentationstheorie zur Kenntnis nehmen. Erst damit würde seine Idee operabel.

Die vorgetragenen Einwände gegen den verkürzten Regelbegriff, die modernisierungsbedürftige Semantik und Argumentationstheorie sprechen aber nicht gegen das Grundkonzept von Strauch. Seine Theorie könnte den heutigen Stand dieser Disziplinen integrieren und würde dadurch sogar stärker werden. Dass ein multiperspektivischer Ansatz alle angesprochenen Disziplinen nicht gleichmäßig im Auge behalten kann, liegt auf der Hand. Und die Mängel werden in anderen Bereichen mehr als ausgeglichen. Vor allem der Abschnitt C (S. 155 ff.) beleuchtet ein wichtiges Gebiet Juristischer Methodik, was bisher im Dunkeln lag. Man sollte daraus ein Lehrbuch für die Prüfung zum Zweiten Staatsexamen machen.

Insgesamt stellt die Arbeit von Strauch hohe Anforderungen an den Leser, aber es zahlt sich mehr als aus, ihnen zu genügen. Das Buch setzt Maßstäbe für die künftige Diskussion.