

Hans-Joachim Strauch

# Richterliche Urteilsfindung

## Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage

Brill | Schöningh – Fink · Paderborn

Brill | Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen – Böhlau · Wien · Köln

Verlag Barbara Budrich · Opladen · Toronto

facultas · Wien

Haupt Verlag · Bern

Verlag Julius Klinkhardt · Bad Heilbrunn

Mohr Siebeck · Tübingen

Narr Francke Attempto Verlag – expert verlag · Tübingen

Psychiatrie Verlag · Köln

Ernst Reinhardt Verlag · München

transcript Verlag · Bielefeld

Verlag Eugen Ulmer · Stuttgart

UVK Verlag · München

Waxmann · Münster · New York

wbv Publikation · Bielefeld

Wochenschau Verlag · Frankfurt am Main



**Hans-Joachim Strauch**

# **Richterliche Urteilsfindung**

**Methoden und Praktiken**

**Mohr Siebeck**

*Hans-Joachim Strauch* ist Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Rechtstheorie an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

ISBN 978-3-8252-5933-4 (UTB Band 5933)

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter [www.utb-shop.de](http://www.utb-shop.de).

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen gesetzt.

Printed in Germany.

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	1
<b>Teil A: Methode – Theorien und Praktiken</b> .....	<b>3</b>
<b>Kapitel 1: Akademische Methodenlehre vs. Methodenlehre richterlicher Fallbearbeitung</b> .....	<b>5</b>
I. Die „akademische Methodenlehre“ und ihre Praxis .....	5
1. Erste wesentliche Differenz: Sachverhalt .....	6
2. Zweite wesentliche Differenz: „Recht“ aus akademischer und aus richterlicher Perspektive .....	7
II. Der Gerichtssaal als „Bühne“ und Kommunikationsraum .....	10
<b>Kapitel 2: Die Methode der gerichtlichen Praxis – Struktur und Grundgedanken</b> .....	<b>12</b>
I. Richterliche Praxis – Praktiken als Befund .....	12
II. Methode als Bündel richterlicher Praktiken, Regeln und Orientierungen ..	13
III. Zur Konzeption einer Methodenlehre der Praxis .....	14
1. Multiperspektivität der Fallbearbeitung .....	15
2. Multiperspektivität und Kohärenz .....	17
<b>Teil B: Wahrnehmung und Fallverstehen</b> .....	<b>19</b>
<b>Kapitel 3: Prozesse der Wahrnehmung</b> .....	<b>21</b>
I. Die basalen Mechanismen .....	21
II. Vorurteile und Vorverständnisse .....	23
III. Mechanismen sozialer Kognition .....	25
IV. Wahrnehmung und Mustererkennung – Grundlagen des Fallverstehens ...	27
<b>Kapitel 4: Strukturen der Wahrnehmung im Spiegel der Sprache</b> .....	<b>29</b>
I. Vagheit als Befund .....	29
II. Vagheit und Methode .....	29
<b>Teil C: Sachverhalts- und Rechtsermittlung</b> .....	<b>31</b>
<b>Kapitel 5: Sachverhaltsermittlung: Kommunikation zwischen Zielgerichtetheit und Offenheit</b> .....	<b>33</b>
I. Die ideale Kommunikationshaltung – geteilte Aufmerksamkeit .....	34
1. Hypothesenbildung .....	35

## VI Inhaltsverzeichnis

2. Zeugenvernehmung .....	36
II. Verhandlungsführung .....	37
1. Zur Amtsermittlung .....	38
2. Zum Beibringungsgrundsatz .....	39
3. Verhandlungsführung und „Richtertypen“ .....	40
4. Sachverhaltsermittlung mittels Recherche im Netz, insbesondere über Wikipedia .....	42
a) Zum Befund .....	42
b) Prozessrechtliche Vorgaben .....	43
<b>Kapitel 6: Der Zeugenbeweis</b> .....	<b>44</b>
I. Wahrnehmung und Sich-Erinnern – neurowissenschaftliche Grundlagen .	45
II. Erste allgemeine Folgerungen für die Einschätzung von Zeugenaussagen ..	46
III. Die „Nullhypothese“ .....	49
IV. Wege der „Verifizierung“ .....	50
V. Das Problem der „falschen Erinnerung“ .....	52
<b>Kapitel 7: Die Verknüpfung von Indizien</b> .....	<b>55</b>
I. Zur Typologie der Verknüpfungen .....	56
II. Erfahrungssätze .....	56
1. „Allgemeine“ und sonstige Erfahrungssätze .....	57
2. Ausreichende oder notwendige Bedingung .....	57
3. Zum Umgang mit Wahrscheinlichkeiten .....	58
4. Fehleinschätzungen der Kausalität .....	60
III. Wissen, Erfahrung oder Annahmen? .....	61
1. Scheinbare Erfahrungssätze .....	61
2. Scheinbare Alternativlosigkeit .....	62
3. Richterlich gesetztes Erfahrungswissen .....	62
4. Der nächste Schritt: „Gesamtschau“ – „Gesamtwürdigung“ .....	63
<b>Kapitel 8: Komplexe Verknüpfungen – „Gesamtschau“, „Gesamtwürdigung“</b> ...	<b>64</b>
I. „Gesamtschau“ und „Gesamtwürdigung“ aus revisionsrechtlicher Sicht ...	64
II. Die Wahrscheinlichkeitstheorie – eine allgemeine Lehre vom Indizienbeweis? .....	66
1. Das Modell .....	67
2. Die Grenzen des Modells .....	68
3. Fazit .....	69
III. „Gesamtschau“ – kognitive Mechanismen .....	69
1. Die prinzipiellen Schwierigkeiten .....	70
2. Strategie der Strukturierung .....	72
3. „Gesamtschau“ – Mustererkennung .....	73

**Kapitel 9: Beweismaß und die freie richterliche Überzeugung** ..... 79

I. Die gesetzlichen Regelungen ..... 79

II. Beweismaß – ein einheitlicher oder ein pragmatisch flexibler Maßstab? ... 81

III. Subjektive Überzeugung vs. Methode? ..... 82

IV. Subjektive Gewissheit – Prozesse der Objektivierung ..... 84

V. Die Verantwortung des Richters für seine „Gewissheit“ ..... 85

**Kapitel 10: Wege der Rechtsermittlung** ..... 87

I. Einordnung in Vergleichsfälle ..... 88

II. Rechtsfindung und die „anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung“ .. 89

    1. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG ..... 90

    2. Grundregeln zur richterlichen Gesetzesinterpretation ..... 91

    3. Zur Indizwirkung der Gesetzesmaterialien ..... 92

III. Einordnung in einen dogmatischen Zusammenhang ..... 93

    1. Dogmatische Einordnung ..... 93

    2. Bildung einer neuen Regel ..... 94

IV. Urteilsfindung und Gerechtigkeit – methodische Einordnungen ..... 95

    1. Subsumtionsprozesse ..... 97

    2. Prozesse der Abwägung ..... 99

    3. Verfahrens-Gerechtigkeit ..... 101

**Kapitel 11: Rechtssystem und richterliche Rechtserzeugung** ..... 104

I. Ausgangsthesen ..... 104

II. Zur zentralen Rolle der Entscheidungsnorm ..... 105

III. „Leitsatzrecht“ ..... 106

IV. „Gesetz und Recht“ ..... 106

V. Die Legitimationsfrage ..... 107

VI. Rechtssystem und Hypertext ..... 108

**Teil D: Methode und Kohärenz** ..... 111

**Kapitel 12: Urteilsfindung – Bedingungen einer kohärenten Entscheidung** ..... 113

I. Der theoretische Rahmen ..... 113

II. Kohärenz von Sachverhalt, Gründen und Urteil ..... 115

III. Kriterien der Kohärenz ..... 115

IV. Sachverhalts- und Rechtsermittlung ..... 117

    1. Sachverhaltsermittlung ..... 117

    2. Rechtsanwendung ..... 117

**Nachwort: Praxis im Vordergrund – Theorie im Hintergrund** ..... 119

I. Die rechtstheoretischen Perspektiven ..... 121

    1. Die Kanones und ihr trügerischer Schematismus ..... 121

**VIII** Inhaltsverzeichnis

2. Argumentationstheorien .....	123
3. Interpretations- vs. Argumentationstheorien? .....	124
II. Die philosophisch-theoretische Rahmung .....	125
1. Argumentationstheorien .....	125
2. Auslegungstheorien – Hermeneutik .....	126
III. Zur Notwendigkeit neuer theoretischer Perspektiven .....	129
Literaturverzeichnis .....	131
Abgekürzt zitierte Nachschlagewerke .....	138
Stichwortverzeichnis .....	139

## Einleitung

Wie kommen Richterinnen und Richter zu ihren Urteilen? – Eine Frage, die sich nicht nur Juristinnen und Juristen immer wieder stellen, dabei aber meist entweder nur die „Rechtsfindung“, die Stichhaltigkeit der „Gründe“ oder Einzelfragen im Auge haben. Thema dieses Buches ist demgegenüber Beschreibung, Analyse und Methode des Prozesses der Urteilsfindung in allen seinen Stationen, insbesondere auch denen der Sachverhaltsermittlung.

Soll ein Urteil nicht willkürlich sein, müssen Richter<sup>1</sup> angeben können, auf welchem Wege („méta-hodós“) sie zu ihren sachlichen Feststellungen und ihren rechtlichen Schlussfolgerungen gekommen sind. Welches Judiz und welche Vorverständnisse auch immer mit am Werk gewesen sein mögen, als rechtlich begründet kann eine Schlussfolgerung nur gelten, wenn sie methodisch gerechtfertigt werden kann. Das unterscheidet sie von der Dezision, den Mehrheitsentscheidungen einer antiken Volksversammlung oder dem salomonischen Urteil. Wer über „Recht“ redet, muss also auch über Methode reden. Zu reden ist dann freilich auch über die unterschiedlichen theoretischen Vorverständnisse, mit denen man das tut und über die unterschiedlichen Praxisfelder, in denen man mit jeweils anderen Perspektiven und Zielstellungen agiert. Schon eingangs ist also festzuhalten: Thema kann nicht „die“ juristische Methode sein. Eine differenzierende Auseinandersetzung mit den Phänomenen der juristischen Methode muss vielmehr mit den unterschiedlichen Perspektiven beginnen, unter denen sie theoretisch erfasst und praktisch betrieben wird. Das wird im Teil A geschehen und für die theoretisch Interessierten im Nachwort noch vertieft werden. Da die Prozesse richterlicher Urteilsfindung zunächst immer auch von den Mechanismen und Prozessen der Wahrnehmung und Mustererkennung abhängig sind, werden deren Grundlagen als Basiswissen im Teil B dargestellt, bevor dann die „Wahrheits- und Rechtsfindung“, das „richterliche Kerngeschäft“, im Teil C ausführlich behandelt wird. Aber Methode ist nicht nur ein Sammelbegriff für Praktiken. Im Hintergrund geht es immer auch um den Zusammenhang von Kohärenz, Methode und Gerechtigkeit. Dies wird im Teil D Gegenstand der Kap. 12 sein. Hier eröffnen sich zugleich auch für die herkömmliche Methodenlehre bisher nicht gesehene Perspektiven.

Die „Richterliche Urteilsfindung“ soll die Diskussion, die ich mit der „Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens“ anstoßen wollte, fortsetzen und dies auch mit Texten, die erst im Anschluss entstanden sind.<sup>2</sup> Wenn ich von einer „Me-

---

1 Hier und im Folgenden wird im Anschluss an den Wortgebrauch in Art. 92 GG (Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut) nur noch die Funktionsbezeichnung „Richter“ verwendet.

2 *Strauch* 2017. Was die Nachweise zu Gedanken und Gedankengängen angeht, die dort bereits be-

*thodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*“ spreche, dann sind, um Missverständnissen vorzubeugen, mit Erkenntnis all die kognitiven Prozesse gemeint, die bei der richterlichen „Wahrheits- und Rechtsfindung“ eine Rolle spielen. Deshalb auch der Untertitel „Prozesse richterlicher Kognition“. Es galt und gilt, die Mechanismen zu erfassen, die es uns erlauben, die Prozesse der Sachverhalts- und Rechtsermittlung in den Grundzügen zu verstehen, um die richterliche Urteilsfindung und die ihr zugrunde liegenden Praktiken genauer analysieren zu können. Auf diese theoretischen Grundlegungen wie auch auf die dazugehörigen Literaturnachweise kann und muss – schon des Umfangs wegen – weitgehend verwiesen werden. Im Fokus dieses Buches steht nicht die theoretische Strukturierung, sondern die *richterliche Praxis* und deren Perspektiven. Deshalb sind in den Grundzügen wesentliche, für das Konzept einer Methodenlehre der Praxis entscheidende Prozesse, Bewertungskategorien und Denkmuster praxisbezogen darzulegen. Ziel ist es, die impliziten (adäquaten wie verfehlten) Praktiken, Regeln und Orientierungen, die die Methodik der Praxis ausmachen, in ihrer Regelmäßigkeit explizit zu machen – man kann auch sagen: Methode als Methode erkennbar und bewusst zu machen.

Eine Studie, die wie diese der Multiperspektivität des Themas gerecht werden will, entsteht nicht nur aus den Quellen, die im Literaturverzeichnis offengelegt sind. Zu dokumentieren wäre eine Vielzahl von Diskussionen, Anregungen, Hinweisen und kritischen Fragen von Kollegen und Kolleginnen, Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern. Ihnen sei gedankt. Dabei gilt mein besonderer Dank Frau Prof. Dr. Susanne Hähnchen, von der Universität Potsdam und ihren „Adleraugen“ – den akademischen Mitarbeitern Marco Birkholz, Christoph Lachner und Vanessa Franke für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die anregenden und bereichernden Diskussionen, die wir über den Text geführt haben.

---

handelt wurden, werde ich mich in den folgenden Fußnoten weitgehend auf dieses Buch – ML – beziehen. Weitere Texte, aus denen Passagen z. T. übernommen wurden, sind: *Strauch* 2019a (Ästhetik), 2019b (notwendiger Paradigmenwechsel) und 2020 (Multiperspektivität).

## **Teil A: Methode – Theorien und Praktiken**



## Kapitel 1

### Akademische Methodenlehre vs. Methodenlehre richterlicher Fallbearbeitung

„Methode hat man, über Methode spricht man nicht!“, sagt der Praktiker. Muss man auch nicht, meint der Theoretiker. Wer ein rechtswissenschaftliches Studium erfolgreich abgeschlossen hat, hat die Methode, die er für die Praxis braucht. – Doch so einfach ist das nicht. Die Praxis der akademischen Falllösung ist eine andere als die Praxis, in der Richter ihre Fälle bearbeiten. Es bedarf deshalb einer *eigenständigen Methodenlehre*, um die methodischen Praktiken, Orientierungen und impliziten Regeln der richterlichen Praxis auch als Feld eines eigenständigen methodischen Erkenntnis- und Handlungszusammenhanges zu erfassen.

Jede Theorie ist durch die Perspektive begrenzt, aus der ein Erkenntnisgegenstand beobachtet und strukturiert, eine Diskussion geführt wird. Entsprechend geraten dann andere Aspekte des Phänomens aus dem Blickfeld. Die Methodenlehre ist ein typisches Beispiel für eine solche Verengung. Man setzt die Methodenlehre, die am besten als die „akademische“ bezeichnet wird, mit „der“ juristischen Methodenlehre gleich – obwohl es „die“ juristische Methode so wenig gibt wie etwa „die“ Methode der Wirtschaftswissenschaften oder der Biologie. Eine Methode wird immer auch durch die Praxis bestimmt, auf die sie bezogen ist, ist immer auch auf die Sachgegebenheiten ausgerichtet, nach denen es sich entscheidend richtet, wie verfahren werden soll und ob die Grundsätze, nach denen man sich dabei richtet, auch angemessen sind.

#### I. Die „akademische Methodenlehre“ und ihre Praxis

Das Feld, auf das die herkömmliche, die „akademische Methodenlehre“, bezogen ist, ist die Praxis der Falllösung in Übungs- und Examensklausuren, und diese Praxis bestimmt auch ihre entscheidenden Fragestellungen, Themen und theoretischen Perspektiven. Die Erste Staatsprüfung „dient der Feststellung, ob das rechtswissenschaftliche Studienziel erreicht [...] ist“, wie es z. B. in § 1 Abs. 2 BW JAPrO heißt. Was hier sehr allgemein formuliert ist und vielen Vorstellungen Raum lässt, mündet in der entscheidenden praktischen Konkretisierung bekanntlich in ein relativ einfaches Feststellungsverfahren: Der entscheidende Nachweis wird durch eine hinreichende Zahl ausreichend gelungener Falllösungen erbracht. Der Prüfling soll in Klausur und ohne Recherchemöglichkeit zeigen, was er zuvor als Student ausführlich geübt hatte: dass er subsumieren kann und die Regeln der Gesetzesauslegung beherrscht. Subsumtion und Auslegung sind so nur folgerichtig die zentralen Themen in den Handreichun-

gen, Grundrissen und Lehrbüchern zur juristischen Methode. Traditionell wird die Lehre von der juristischen Methode so im Kern entweder als eine Auslegungs- oder als Begründungslehre verstanden.

Kein Gegenstand methodischer Überlegungen ist die Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes; die akademische Methodenlehre registriert hier selbst „gewissermaßen“ eine „Leerstelle“.<sup>1</sup> Darin liegt zugleich die erste entscheidende Differenz zu dem, was im Gegensatz dazu eine Methodenlehre der Praxis zwingend thematisieren muss. Der zweite, keineswegs mehr sofort einleuchtende Unterschied ergibt sich dann aus der Differenz der unterschiedlichen Ziel- und Zwecksetzungen, die einerseits die akademische und andererseits die richterliche Rechtsermittlung steuern.

## 1. Erste wesentliche Differenz: Sachverhalt

Für die akademische Methodenlehre gibt der Sachverhalt die Probleme vor – aber er selbst ist für sie kein Problem.<sup>2</sup> Der Richter muss den Sachverhalt dagegen erst eigenständig generieren – und die zugrunde zu legenden Tatsachen und ihre Zusammenhänge zu ermitteln, ist in seiner Praxis oft viel schwieriger und arbeitsaufwendiger als sie rechtlich „richtig“ zu beurteilen. Die Frage „Wie kommt der Richter zu seinem Sachverhalt?“ ist für die richterliche Praxis also von zentraler Relevanz. Aus seiner akademisch-rechtswissenschaftlichen Ausbildung bringt er hierzu so gut wie nichts mit. Wesentlich bleiben ein „learning by doing“ und das Prozessrecht. Dieses gibt das Verfahren und mit den Prozessgrundsätzen auch methodische Grundsätze vor, aus denen sich z. T. ergibt, wie zu verfahren ist.<sup>3</sup> Aber das ist noch keine Methode der Sachverhaltsermittlung. Ein Sachverhalt, der rechtsfehlerfrei ermittelt wurde und dessen Feststellungen „revisionsicher“ sind, ist damit noch lange nicht auch in der Sache richtig.

*Der Sachverhalt ist ein Konstrukt.* Im Kap. 6 ist das näher darzulegen; vorwegzunehmen ist hier nur ein wesentlicher Grundgedanke: Zu fragen ist nicht, ob es wirklich so gewesen ist, ob ein Sachverhalt der Wirklichkeit entspricht, sondern ob er richtig konstruiert wurde. Anders als eine Sachverhaltshypothese, die oft spontan im Gefolge von Assoziationen gebildet wird, wird ein Sachverhalt nicht unmittelbar erfasst, sondern muss methodisch ermittelt und konstruiert werden. Nur haben wir es hier nicht mit einem (zunächst) einfachen Regelwerk zu tun (Beispiel: Kanones), sondern mit einem Bündel von Regeln, kognitiven Prozessen und sozialen Praktiken. Es ist ihr Ineinandergreifen, in dem ein Sachverhalt generiert wird. Wesentlich und hervorzuheben sind:

1 Reimer 2020, Rn. 14.

2 Zu ersten Ansätzen, die allerdings noch eher Hinweischarakter haben, siehe Reimer 2020, Rn. 91 ff.; Möllers 2021, 519 ff. – Reimer schränkt jedoch zugleich ein: Es wäre „eine Überfrachtung der Methodenlehre, wollte man ihr die Last einer vollständigen Wahrnehmungs- und Ermittlungslehre aufbürden“ aaO, Rn. 15. Eine Methodenlehre für die gerichtliche Praxis muss diese Last jedoch tragen und sich die Mühe machen.

3 Entsprechend wird die „Sachverhaltsfeststellung als verfahrensrechtliches Problem“ behandelt, Rüthers/Fischer/Birk 2022, Rn. 669 ff.