

# Eine Methodenlehre oder viele Methoden?

Herausgegeben von  
SUSANNE HÄHNCHEN

---

**Mohr Siebeck**

„Eine Methodenlehre oder viele Methoden?“





# „Eine Methodenlehre oder viele Methoden?“

Zweites Bielefelder Kolloquium  
zur Methodenlehre zwischen Handwerk und Wissenschaft

Herausgegeben von  
Susanne Hähnchen

Mohr Siebeck

*Susanne Hähnchen* war seit 2010 Professorin an der Universität Bielefeld und ist ab 2020 an der Universität Potsdam. Sie lehrt und forscht zum Bürgerlichen Recht, zur Rechtsgeschichte und zur Methodenlehre.  
orcid.org/0000-0001-8205-443X

ISBN 978-3-16-159593-6 / eISBN 978-3-16-159676-6  
DOI 10.1628/978-3-16-159676-6

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

© 2020 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 Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
<i>Hans-Joachim Strauch</i>	
Methode – multiperspektivisch betrachtet . . . . .	1
<i>Joachim Lege</i>	
Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik . . .	21
Zusammenfassung der Diskussion . . . . .	49
<i>Charlotte Schmitt-Leonardy</i>	
Ausdifferenzierung „der“ strafprozessualen Methodenlehre? – Überlegungen zur Aufgabe der strikten Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht . . . . .	57
Zusammenfassung der Diskussion . . . . .	73
<i>Michael Grünberger</i>	
Rechtstheorie statt Methodenlehre?! . . . . .	79
<i>Bernd Mertens</i>	
Allgemeinverständliche Gesetze – ein Mythos? Kann und soll die Gesetzgebung so abgefasst sein, dass sie für jedermann verständlich ist, und wie soll der Staat mit der Rechtsunkenntnis seiner Bürger umgehen?	111
Zusammenfassung der Diskussion . . . . .	125
Autorenverzeichnis . . . . .	133



## Vorwort

Am 22. März 2019 fand das zweite Kolloquium<sup>1</sup> zur Methodenlehre in Bielefeld statt. Wieder folgten erfreulich viele Kolleginnen und Kollegen, Doktoranden und Studierende der Einladung. Das lag wohl in erster Linie an dem offenkundigen Wunsch nach Austausch. Aber auch das Thema bewegte: Es ging wie schon 2017 um die Methodenlehre selbst. Traditionell spricht man von diesem Grundlagenfach als „der“ Methodenlehre. Mit zunehmender Ausdifferenzierung der Rechtsgebiete und juristischen Tätigkeiten wird aber durchaus hinterfragt, ob es nicht je nach Adressatenkreis unterschiedliche Methoden gebe.<sup>2</sup>

Aus jedem der drei großen Rechtsgebiete gab es zwei Referent\*innen. Hiermit werden die (überarbeiteten) Manuskripte vorgelegt in der Reihenfolge, in der die Vorträge gehalten wurden. Der Beitrag von *Ingeborg Puppe* zum Thema „Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik. Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil“ erschien bereits in der ZIS 2020, S. 143–150 und wird deshalb hier nicht abgedruckt.

Nach jeweils zwei Vorträgen gab es sehr anregende Diskussionen, welche in diesem Band ebenfalls enthalten sind.

Danken möchte ich allen, die dabei waren und zu diesem wunderbaren *dies academicus* beigetragen haben. Besonderer Dank geht an *Marco Birkholz* und *Christoph Lachner* und die weiteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, ohne die das Ganze nicht hätte stattfinden können.

Vielfach wurde der Wunsch nach einer Fortsetzung geäußert. Das dritte Kolloquium wird voraussichtlich in Potsdam (wo ich ab Oktober 2020 tätig sein werde) stattfinden.

Bielefeld, im Sommer 2020

*Susanne Hähnchen*

---

<sup>1</sup> Der Tagungsband zum ersten Kolloquium 2017 mit Beiträgen von *Klaus Adomeit*, *Heinrich Honsell*, *Lena Kunz*, *Detlef Leenen*, *Sebastian A.E. Martens*, *Gerhard Otte*, *Bernd Rütbers* und *Uwe Wesel* ist 2019 unter dem Titel „Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk“ bei Mohr Siebeck erschienen.

<sup>2</sup> Vgl. *Rütbers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 11. Aufl. 2020, Rn. 672ff.: Mehrheit von Methoden; *Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, Vorwort VII, § 1 IV. Rn. 43, § 18 Rn. 1: die Grundgedanken seien aber gleich.



# Methode – multiperspektivisch betrachtet

*Hans-Joachim Strauch*

Singular oder Plural? Wie immer auch das Fazit am Ende ausfallen wird, es wird an der Unterschiedlichkeit und Vielfalt der Perspektiven, die die Methodenlehre bestimmen, bestimmen sollten, nicht vorbeikommen. Auf diese Perspektivität will ich mich deshalb konzentrieren. Spätestens seit Nietzsche wissen wir, dass unser Erkennen und unsere Wahrnehmung von der Perspektive abhängen, die wir einnehmen, von dem Standpunkt, den wir haben.<sup>1</sup> Nur für den Unbekümmerten ist es so, wie er es sieht, und nicht selten ist der eigene Blickwinkel so selbstverständlich und verinnerlicht, dass man die eigene Perspektive als solche gar nicht mehr wahrnimmt. Die „Juristische Methode“ ist ein anschauliches Beispiel für die Praxis einer solchen Blickverengung. Nur aus diesem Blickwinkel bezieht denn wohl auch das Thema dieser Tagung seinen Überraschungseffekt, kann man die Frage „Eine Methodenlehre oder viele Methoden?“ als neue Frage stellen.

Kant definierte „Methode“ als „ein Verfahren nach Grundsätzen.“<sup>2</sup> Auf der abstrakten Ebene dieser Definition kann man sich schnell einigen. Richtet sich der Blick dann allerdings auf die konkreten Sachgegebenheiten und geht es darum, für diese die Grundsätze, nach denen verfahren werden soll, *konkret* zu bestimmen, ist es mit dem Konsens schnell vorbei. Zur Veranschaulichung drei Zitate: Rütters zitiert den früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Zeidler, mit dem lakonischen Satz: „Ach, wissen Sie, bei uns hat jeder Fall seine eigene Methode“ und nimmt dies als Beleg für sein Verdikt, hier würde „methodische Grundsatzlosigkeit zum theoretischen Prinzip“ erhoben.<sup>3</sup> Unreflektiert bleibt dabei, dass die Lösung eines wirklich *neuen* Problems in der Regel auch ein methodisch innovatives Vorgehen verlangt – in den Naturwissenschaften

---

<sup>1</sup> Nietzsche: „Es giebt nur ein perspektivisches Sehen, nur ein perspektivisches ‚Erkennen‘; und je mehr Affekte wir über eine Sache zu Worte kommen lassen, je mehr Augen, verschiedene Augen wir uns für dieselbe Sache einzusetzen wissen, um so vollständiger wird unser ‚Begriff‘ dieser Sache, unsre ‚Objektivität‘ sein“, Colli/Montinari (Hrsg.), *Zur Genialogie der Moral, Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe*, Bd. 5, 12, 365. Zu Nietzsches Perspektivismus vgl. etwa *Nehamas*, Nietzsche, 1991, 15 ff., 251 ff.; zur Einordnung in die philosophische Diskussion: *Stegmaier*, *Philosophie der Fluktuanz – Dilthey und Nietzsche*, 1992, 314 ff.

<sup>2</sup> Kant, KrV B, 883.

<sup>3</sup> Rütters, JZ 2006, 54; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 10. Aufl. 2018, Rn. 704.

eine Selbstverständlichkeit. Womit auch auf einen weiteren Aspekt methodischer Praxis verwiesen wäre: Die Bedeutung von Techniken, Instrumenten und Arbeitsbedingungen. „Forscher“, so der Experimentalphysiker H.T. Hering, „erlernen ihre Methoden weniger im Studium als vielmehr später in der Forschungspraxis.“<sup>4</sup> Sprechen wir von „Proberichtern“ und der „Gerichtspraxis“, könnte das Zitat auch von einem LG-Präsidenten stammen.

Was sich in den angeführten Zitaten spiegelt, sind die völlig unterschiedlichen Blickwinkel, aus denen Aufgabe und Intentionen von Methode erfasst und bestimmt werden. Diese Multiperspektivität ergibt sich zum einen aus den *unterschiedlichen Praxisfeldern* und *Sachgegebenheiten*, auf die sich eine Methode bezieht. Zum anderen sind die *theoretischen Ansätze*, die sowohl die Ziele als auch die Einzelschritte des methodischen Vorgehens vorgeben, nicht nur sehr unterschiedlich; sie sind oft auch reichlich diffus. Im philosophischen Sachbuch-Feuilleton gibt es den trefflichen Titel: „Wer bin ich – und wenn ja wie viele?“<sup>5</sup> Genau diese Frage muss sich auch die „Juristische Methode“ stellen.

Die *Sachgegebenheiten*, die eine juristische Methodik bestimmen, sind im Einzelnen nicht aufzählbar. Zum einen geht es um die Strukturen der anzuwendenden *Rechtsnormen*: Die Notwendigkeit, mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen zu arbeiten, ergibt sich hier schon aus den Besonderheiten einzelner Rechtsmaterien. Die Interpretation einer Strafnorm, einer Vorschrift des Kondiktionsrechts, des Art. 2 Abs. 1 GG oder des Sozialstaatsprinzips folgt ja keineswegs jeweils den gleichen methodischen Mustern. Und die Regeln zur Auslegung gesetzter Normen greifen nicht, wenn es eine solche nicht gibt, sondern es darum geht, eine passende Norm erst zu entwickeln. Zur Illustration: Vor gut 60 Jahren hatte der Verwaltungsrechtler zur Rechtsfindung nicht viel mehr zur Hand als den „Forsthoff“ (1950), dann den „Wolff“ (1956) und die Entscheidungen des alten ProVG.

Der für eine juristische Methode konstituierende Sachbezug ergibt sich aber vor allem aus den *unterschiedlichen Perspektiven auf den Fall*. Für eine akademische Falllösung ist der Fall vorgeben und selbst kein Gegenstand methodischer Überlegungen – der Richter muss sich ihn dagegen in einem Wechselspiel zwischen Sachverhalts- und Rechtshypothesen erst erarbeiten. Das führt zur Notwendigkeit einer eigenständigen Methode und damit bereits zu zwei weitgehend unterschiedlichen methodischen Feldern mit je eigenen Praktiken und theoretischen Problemen. Näheres zu den Gründen in den Abschnitten I. und II. In einem III. Abschnitt werde ich dann den eigenen Ansatz skizzieren: Methode als Herstellung von Kohärenz.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Hering, *Wie Wissenschaft ihr Wissen schafft – Vom Wesen naturwissenschaftlichen Denkens*, 2007, 12.

<sup>5</sup> Precht, *Wer bin ich – und wenn ja wie viele? Eine philosophische Reise*, 2007.

<sup>6</sup> Ausführlich zu diesem Ansatz: Strauch, *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens – Prozesse richterlicher Kognition*, 2017. Was die Nachweise zu Gedanken und

## I. Die akademische Praxis der Falllösung und ihre Methoden

In der Diskussion, die um die Begriffe „Methodenpluralismus“, „Vorverständnis“, „Methodenwahl“ und den Vorwurf der „methodischen Grundsatzlosigkeit“ geführt wird, geht es um einen Streit, der ganz unterschiedliche Aspekte und Ebenen der Methodenlehre berührt – da sind insbesondere

- die Fragen des normativen Charakters methodischer Regeln und Grundsätze;
- die ganz unterschiedlichen philosophischen und theoretischen Ansätze, die der Konstruktion der jeweiligen Methodenlehre zugrunde liegen;
- die Frage, inwieweit methodische Regeln in der Praxis eigentlich nur als habitualisierte Gebrauchsmethodik wirksam sind.

Will man juristische Methoden analysieren, ist mithin auf ganz unterschiedliche Standpunkte und ganz verschiedene Ansätze einzugehen. Die Erörterung muss zunächst, dem Diskussionsstand folgend, zwischen Auslegungs- und Argumentationstheorien differenzieren. Gerade am Beispiel der Auslegungsregeln zeigt sich zugleich, in welchem Maße hier Handhabung und Verständnis von theoretischen Annahmen und Kontexten bestimmt sind, die meist nicht einmal bewusst sind, sondern unreflektiert mitlaufen. Die Meta-Ebene, die die philosophisch-theoretische Rahmung der unterschiedlichen methodischen Ansätze prägt, soll dann in einem zweiten Schritt untersucht werden.

### 1. Die rechtstheoretischen Perspektiven

In den Handreichungen, Grundrissen und Lehrbüchern zur juristischen Methode sind Subsumtion und Auslegung die zentralen Themen. Mit den Worten Adomeits: „die Lehre von der juristischen Methode“ ist „in ihrem Kernstück eine Auslegungslehre“<sup>7</sup>. Der Student und dann der Examenskandidat haben nachzuweisen, dass sie subsumieren können und die Regeln der Gesetzesauslegung beherrschen. Und auch der Praktiker wird seine Gebrauchsmethodik von den Auslegungsregeln her bestimmen.

#### a) Die Kanones und ihr trügerischer Schematismus

Was Juristen gemeinhin unter dem Kernstück ihrer Methode verstehen, gibt Hassemer sehr anschaulich in folgender Beschreibung wieder:

---

Gedankengängen angeht, die dort bereits behandelt wurden, werde ich mich in den folgenden Fußnoten weitgehend auf dieses Buch – *Strauch* – beziehen.

<sup>7</sup> Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, 1998, 61. Allgemein zum Diskussionsstand der „Akademische Methodenlehre“: F. Reimer, in: Ders. (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, 2016, 11–34. Zu neuen Ansätzen vgl. die Nachweise bei Bumke, *Rechtsgodmatik*, 2017, 5f. sowie ders., *BDVR-Rundschreiben* 2018, 31. Die diskutierten Neufokussierungen haben aber ebenfalls kein Augenmerk auf die gerichtliche Praxis.

„Den Kern einer juristischen Methodenlehre im kodifikatorischen System verdanken wir Friedrich Carl von Savigny. Er hat – gültig bis heute – vier Wege beschrieben, [...] sie erklären sich gleichsam von selbst, wenn sie den Richter auffordern: Triff deine Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes; achte auf den systematischen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht; verfolge das Regelungsziel, das der Gesetzgeber im Auge hatte, und richte dich nach dem Sinn, den das Gesetz heute hat. Das nenne ich: das Gesetz ernst nehmen und daraus eine Lehre für den Umgang mit dem Gesetz erschließen, die dem Gesetz gerecht wird.“<sup>8</sup>

Ergänzt sei dieses Zitat durch das Resümee, das Geldsetzer in seiner Einleitung zum Neudruck von Thibauts „Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts“ von 1806 zieht: „Die Namen der Kanones haben sich ein wenig geändert, der Schematismus ist aber geblieben.“<sup>9</sup> Dieser Schematismus ist essentiell; verständlich wird er durch die zentrale Funktion, die der juristischen Methode im juristischen Legitimationsritual zukommt. Konkreter: Ein Jurist muss seine rechtlichen Feststellungen methodisch ableiten (können), wenn er erwartet, dass ein anderer Jurist sie als relevante juristische Feststellung akzeptieren soll. Das setzt eine „*Gebrauchsmethodik*“<sup>10</sup> voraus, die als *gemeinsame Kommunikationsbasis* gehandhabt und verstanden wird. Anders gesagt: Die theoretischen Kontexte und Muster, aus denen heraus juristisch argumentiert wird, müssen eine *gemeinsame, gegen Veränderungen weitgehend immune Schnittmenge* haben, wenn die Kommunikation gelingen soll. Eine hohe theoretische Komplexität muss mithin aus zwingenden Gründen der Funktionsfähigkeit drastisch reduziert werden. Und genau hier liegt das Dilemma.

Wer sich mit Methodenfragen beschäftigt, weiß es: Die Kontinuität und vernünftige Selbstverständlichkeit im methodischen Denken, die die zitierte Beschreibung Hassemers suggeriert, gibt es so nicht. Die Auslegungsregeln sind ein Ensemble von Prüfungsgesichtspunkten, denen bei z.T. gleichlautenden Begriffen und Formulierungen je nach theoretischer Perspektive ganz unterschiedliche Inhalte, Bedeutungen und Hintergrundvorstellungen hinterlegt sind. Das ist keine originelle Beobachtung; ich kann mich deshalb auf Stichworte beschränken: Ein zentrales Element des Kanons – die teleologische Auslegung – wurde von Savigny bekanntlich – weil Rechtsschöpfung – aus diesem ausgeklammert.<sup>11</sup> Auch die historische Auslegung hatte bei ihm eine völlig andere Zielrichtung als später im Streit um die subjektiven oder objektiven Auslegungstheorien.<sup>12</sup> Dieser wird sobald auch kein Ende finden, denn im Hintergrund steht unhintergebar die Frage: Was ist Recht, wie entsteht es und vor

<sup>8</sup> Hassemer, ZRP 2007, 213, 215.

<sup>9</sup> *Geldsetzer*, Einleitung zum Nachdruck der 2. Aufl. von Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, 1966, XLIII.

<sup>10</sup> *Strauch* (Fn. 6), 44.

<sup>11</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd. 1, 216f.

<sup>12</sup> Zum Streitstand *Strauch* (Fn. 6), 458 ff.

allem: Wer macht es?<sup>13</sup> Verständnis und Handhabung des „systematischen Elements“ sind wiederum abhängig von dem Stellenwert, den man dem Systemdenken einräumt und den es in einem bestimmten Rechtsbereich hat.<sup>14</sup> Was schließlich bedeutet „Wortauslegung“? Aus der Sicht eines Begriffsjuristen sicher etwas anderes als für den Linguisten, für den die „Wortlautgrenze“ ein Phantom und Gesetzesauslegung wesentlich ein „semantischer Kampf“ ist. Folgt man hier einer „realistischen Semantik“<sup>15</sup> oder Wittgensteins Gebrauchstheorie der Bedeutung?<sup>16</sup> Soweit zu den Einzelaspekten der Auslegungstheorien. Unabhängig von dieser Diskussion erfordert die heute tägliche Praxis der Rechtsanwendung wiederum einen Perspektivwechsel und es gilt: Bei einer Rechtsfrage wird *recherchiert*, und mit den *juristischen Datenbanken* hat sich hier die Technik der Rechtsfindung grundlegend verändert.<sup>17</sup> Unter dem Stichwort „*Hypertext Recht*“ werde ich am Schluss darauf noch zurückkommen.

Heftig umstritten ist aber nicht nur das, was mit den Kanones genau gemeint ist, sondern auch ihre Verbindlichkeit, die Struktur. Für Savigny waren sie nur Elemente der Auslegung. Heute verstehen sie die Mehrzahl der Methodentheoretiker im Sinne eines Kataloges von Argumentationsgesichtspunkten, die je nach rechtsdogmatischem Vorverständnis als bloßer Topoi-Katalog oder als strukturierendes Prüfprogramm gehandhabt werden.<sup>18</sup>

### b) Argumentationstheorien

Gegenstand juristischer Argumentationstheorien<sup>19</sup> sind die Regeln zur Begründung, Rechtfertigung (*fr./en.: justification*) und zur Kritisierung rechtlicher Behauptungen; dazu bedarf es Kriterien für die Bewertung möglicher Argumente:

<sup>13</sup> *Strauch* (Fn. 6), 478–485.

<sup>14</sup> *Strauch* (Fn. 6), 381 ff.

<sup>15</sup> *Kutschera*, Sprachphilosophie, 1975, 38 ff.

<sup>16</sup> Ausführlich dazu *Strauch* (Fn. 6), 63 ff. (Wittgenstein), 365–379 (Wortlautgrenze), 352–364 (semantischer Kampf).

<sup>17</sup> Siehe *Strauch*, in: Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V. (Hrsg.), Dokumentation 15. Deutscher Verwaltungsrichtertag. Weimar 2007, 2008, 45–59; *Strauch*, DVBl 2007, 1000–1007. Es war die Intention meines Referates, auf die Probleme und Konsequenzen der „digitalen Revolution“ für die juristische Methode und die richterliche Arbeitsweise aufmerksam zu machen und diese zur Diskussion zu stellen. Fortführend *Strauch*, in: FS für Gerhard Käfer, 2009, 387, 403 ff.; *Strauch* (Fn. 6), 601 ff.; Wandel in der Rechtsprechung durch Wikipedia?, 2017, [https://www.fernuni-hagen.de/lis\\_schlieffen/docs/rechtsquelle\\_wikipedia.pdf](https://www.fernuni-hagen.de/lis_schlieffen/docs/rechtsquelle_wikipedia.pdf), zuletzt abgerufen am 19.06.2020. Zur aktuellen Diskussion vgl. *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334–340.

<sup>18</sup> Man vergleiche einerseits die oben zitierte Sicht Hassemers auf die Auslegungsregeln (Fn. 8) und andererseits die Vorstellung einer „in den Grundzügen verbindliche[n] Methodenlehre der Rechtsanwendung,“ wie sie Rütters glaubt begründen zu können, vgl. *Rütters*, JZ 2006, 54; *Rütters/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 704.

<sup>19</sup> Einen guten Überblick über den Diskussionstand zur allgemeinen Argumentationstheorie gibt *Mittelstraß*, in: Ders. (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 2010, Bd. 1, 203–206.

In welchem Grade sind sie für rechtliche Argumentationen relevant, in welchem irrelevant. Im Hintergrund juristischer Argumentationen stehen mithin immer rechtstheoretische Grundpositionen. Diese sind es, die dann etwa über den Stellenwert dogmatischer Sätze, systembezogener Argumente sowie die Bedeutung höchstrichterlicher Rechtsprechung und von Sach- und Rechtsfolgenargumenten entscheiden. Entsprechend gab und gibt es juristische Argumentationstheorien und die aus ihnen entwickelten Methoden auch immer nur im Plural: Begriffsjurisprudenz, Gesetzespositivismus, Interessenjurisprudenz etc.

Wenn heute von juristischen Argumentationstheorien die Rede ist, geht es allerdings meist um einen *engeren Begriff*; gemeint sind theoretische Ansätze, die – alternativ oder ergänzend – in Auseinandersetzung mit einer Methodenlehre entwickelt wurden, die sich wesentlich als *Auslegungslehre* verstand. Neumann, der die juristische Argumentationstheorie in diesem engeren Sinn entscheidend mitgeprägt hat, stellt sie zu Recht in den „Zusammenhang mit der wachsenden Einsicht in Defizite der klassischen juristischen Methodenlehre, deren Regeln in dieser Zeit zunehmend als theoretisch unzureichend begründet und für die Praxis wenig hilfreich erachtet wurden.“<sup>20</sup> An die Stelle vielfältig interpretierbarer Interpretationsregeln tritt die Analyse juristischer Begründungen. Entsprechend wird auch das methodische Kerngeschäft anders definiert: „Methodenlehre ist im Kern eine Argumentations- und Überzeugungstheorie“, so Reimer.<sup>21</sup>

Folgt man Neumann, sind diese Argumentationstheorien durch einen doppelten Perspektivwechsel gekennzeichnet: Zum einen von einer „normativen zu einer analytisch deskriptiven“, zum anderen „von der Herstellung der Entscheidung (dem Fokus der juristischen Methodenlehre) auf deren Darstellung.“<sup>22</sup> Um Missverständnisse zu vermeiden, wird man also zwischen den im beschriebenen Sinne „darstellungszentrierten“ und den „allgemeinen“ juristischen Argumentationstheorien unterscheiden müssen. Eine Unterscheidung, ohne die man auch das Verhältnis von Argumentations- und Interpretationstheorien nicht erörtern kann.

### c) Interpretations- vs. Argumentationstheorien?

Begrenzt man das Feld juristischer Argumentation auf den rational-kritischen Nachvollzug der Entscheidungsbegründungen, hieße das in der Konsequenz, alle methodischen Überlegungen, die den Prozesscharakter der Entscheidungs-

<sup>20</sup> Neumann, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, 234; einen Überblick über den Diskussionstand 1980 geben die Beiträge in: ARSP – Beiheft NF. 14 – Argumentation und Recht, 1980; zum aktuellen Stand: Neumann, in: Hassemer/Neumann/Salinger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, 303ff.

<sup>21</sup> F. Reimer (Fn. 7), 20 m. w. N.

<sup>22</sup> Neumann, 2017 (Fn. 20), 234.

findung betreffen, aus dem Bereich der Methodenlehre zu verbannen. Ob und inwieweit die „darstellungszentrierten“ Argumentationstheorien diese Konsequenz immer durchhalten, kann und muss hier offenbleiben. In jedem Fall wäre, wie noch aufzuzeigen ist, einer Methodik der gerichtlichen Praxis der Boden entzogen (siehe unten II. Vorb.).

Auf die „allgemeinen“ juristischen Argumentationstheorien bezogen, ist der Unterschied zu den Interpretationstheorien jedenfalls kein substantieller, sondern nur ein solcher der Ausgangsperspektive. Es ist der Unterschied, den es macht, ob der Jurist seine Entscheidung aus einem Normtext ableitet – ableiten kann – oder die Regel aus einem anderen rechtswissenschaftlichen Zusammenhang erst gewinnen muss.<sup>23</sup> Doch so wenig Gesetzesauslegung nur als Nachvollzug des mit dem Text vom Gesetzgeber Gewollten verstanden und so von der Rechtsschöpfung oder gar der Rechtsfortbildung präzise abgegrenzt werden kann, so wenig darf die Gesetzesauslegung Rechtsbegriffe, dogmatische Systematiken oder Strukturen übergehen; wie andererseits eine Argumentationstheorie gesetzliche oder gar verfassungsrechtliche Vorgaben nicht ignorieren kann. Es kann also nicht um die Alternative Dogmatik oder Methode gehen. Eine andere Frage ist es allerdings, wie diese Inhalte und Vorgaben jeweils methodisch *verortet* werden. Oft wird sie, wie im Schematismus der Kanes, in der Methodenlehre nicht näher reflektiert. Man wechselt ganz selbstverständlich von der hermeneutischen in die rechtstheoretische Argumentation, von der Wortlautinterpretation zu einer dogmatischen Einordnung (Klausurformel: „Hier gibt es drei Theorien...“ usw.) oder zu Gerichtsentscheidungen und Kasuistik. Ob man sie als „Erkenntnisquelle“<sup>24</sup> oder als „(Richter-)Rechtsquelle“ nutzt, bleibt dabei meist in der Schwebe.

## 2. Die philosophisch-theoretische Rahmung

Methodische Ansätze werden nicht nur durch ihre unterschiedlichen *rechtstheoretischen* Ausgangspunkte und durch die *Praxisfelder* bestimmt, auf die sie bezogen sind, sie werden es auch durch die *philosophisch-theoretische Rahmung*, die die theoretischen Strukturierungen vorgibt. Hergestellt wird dieser theoretische Bezug allerdings oft nicht durch sorgfältig analysierende Ableitung aus den zugrunde gelegten philosophischen Konzepten. Aus diesem Grunde wird der Befund besser erfasst, wenn man von „Rahmung“ spricht. Dies macht deutlich, dass es sich vielfach nicht um hinreichende philosophisch-theoretische Fundierungen handelt, sondern nur um „Rahmungen“ aus Begriffen, Grundgedanken, Zitaten oder Versatzstücken philosophischer Konzeptionen. Entschei-

---

<sup>23</sup> Auf die Diskussionen um die „Konkretisierungslehre“ von Fr. Müller kann hier nur hingewiesen werden.

<sup>24</sup> Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 432 mit der von Esser übernommenen Formulierung: „Präjudizien“ als „Medium der richterlichen Erkenntnis“.

dend für die Wirkmächtigkeit ist dann nicht die philosophische Stringenz, sondern die Stärke der Resonanz, die die gewählte Meta-Ebene im unmittelbaren Zeitgeistbezug findet.

a) *Argumentationstheorien*

Dieser Vortrag kann nicht der Ort sein, diesen Befund für die genannten methodischen Ansätze jeweils genau aufzuweisen. Es kann nur um Beispiele gehen, auch um Beispiele, in denen man mit Recht von „Fundierung“ sprechen kann.

Das gilt insbesondere für die („darstellungszentrierten“) *Argumentationstheorien*, denen es darum geht, die Ansätze der *analytischen Philosophie*, vor allem auch der analytischen Semantik, für die juristische Argumentation, konkreter für die logische Rekonstruktion juristischer Begründungen, fruchtbar zu machen. Zu nennen sind hier insbesondere die Untersuchungen und Analysen von Koch und von Rüßmann<sup>25</sup> oder die „Wissenschaftstheorie für Juristen“, 1980, von Herberger und Simon. Vergleichbares gilt auch für die *Theorien des juristischen Diskurses*, die im Anschluss an Habermas von Alexy und Günther entwickelt wurden.<sup>26</sup> Ein Beispiel für meine These ist dagegen die *Topik* Viehwegs. Viehweg versteht Methode als Topik und diese als „die Techne des Problemdenkens.“<sup>27</sup> Zur Begründung bezieht er sich auf die aristotelische Topik und Zitate von Vico und Cicero.<sup>28</sup> Immer wieder betont wird der fundamentale Gegensatz zu dem, was er „Axiomatik“ nennt.<sup>29</sup> Doch die Idee eines so unterstellten „axiomatischen“ Ableitungszusammenhanges ist nicht mehr als ein Phantom; sie wurde schon zu seiner Zeit selbst in der Mathematik nicht mehr vertreten.<sup>30</sup> Nebulös bleiben auch die Kriterien für das, was im Sinne des „Problemdenkens“ ein „Problem“ ist und nach welchen Maßstäben es zu lösen ist. So ist in seiner These: „Jedes Problemdenken ist bindungsscheu“<sup>31</sup>, sicher auch die Gesetzesbindung eingeschlossen. Die Bindung liegt für ihn jenseits des positiven Rechts. Entsprechend verweist er auf eine „dem Gerechtigkeitsanspruch ent-

<sup>25</sup> Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982; Koch, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 2003, 37ff.

<sup>26</sup> Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1996; *ders.*, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Fn. 25), 9ff. Zu Günther vgl. Neumann, 2017 (Fn. 20), 239. Zu meiner grundsätzlichen Kritik an der Übertragbarkeit der Position von Habermas auf das gerichtliche Verfahren siehe Strauch (Fn. 6), 170–175; eine herrschaftsfreie Diskussion im Sinne von Habermas wird es im Gerichtssaal nie geben können.

<sup>27</sup> Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1974, 97. Meine kritische Sicht der Position Viehwegs habe ich ausführlich dargelegt in: Strauch (Fn. 6), 388–395.

<sup>28</sup> Guido Kisch, ein ausgewiesener Kenner der humanistischen Jurisprudenz, spricht hier in seiner Rezension von „weiter nichts [...] als Lesefrüchte aus der bekannten alten und modernen philosophischen Literatur, an die hier und dort kurze kritische, zumeist nichtssagende Bemerkungen geknüpft werden.“ – ZRG GA 72 (1955), 365–367, 366.

<sup>29</sup> Viehweg (Fn. 27), 92.

<sup>30</sup> Strauch (Fn. 6), 390ff.

<sup>31</sup> Viehweg (Fn. 27), 41.

sprechende, historische Ordnungswahl<sup>32</sup> oder eine Anerkennung der Topoi, die „von der Überzeugung getragen [wird], daß sich in den tradierten Texten wie überhaupt im Ordo der Welt etwas Immergültiges enthüllt.“<sup>33</sup> Doch was ist damit gemeint? Eine überzeitliche scholastische oder ontologische Ordnung oder das „Naturrecht“ der Adenauerzeit?<sup>34</sup> Gleichwohl hatte Viehweg mit seiner Schrift von 1953 (1. Aufl.) einen zentralen Nerv der Zeit getroffen. Die Topik gab die Möglichkeit, den nach 1945 notwendigen Wandel der Rechtsordnung offen – nur von dem aus, was man als das Problem ansah – zu diskutieren. Und dies, ohne dabei dem methodischen Zwang ausgesetzt zu sein, zuvor die rechtliche Relevanz des Arguments präzise nachgewiesen zu haben.

### b) Auslegungstheorien – Hermeneutik

Deutlich komplexer als bei den Argumentationstheorien sind die Zusammenhänge, wenn die vielfältigen Bezugnahmen der *Auslegungslehren* auf die *Hermeneutik* darzustellen und zu analysieren sind. Aber auch hier ist die Bedeutung der Hermeneutik für die Methodenlehre ohne eine vergleichbare Zeitgeistaffinität kaum erklärbar. Die Philosophische Hermeneutik Gadamers wird seit den 1960er Jahren des letzten Jahrhunderts als zentraler Bezugsrahmen genutzt. Zu nennen sind u. a.: Kaufmann, Esser, Larenz, Fr. Müller, Hassemer, Rütters. Vergleicht man die Positionen dieser Autoren zu grundsätzlichen Problemen der Methodenlehre, findet man allerdings viel eher grundlegende Divergenzen als Gemeinsamkeiten.<sup>35</sup> Also wieder „Methode“ im Plural statt im Singular?

Was sich in den Divergenzen als Inkohärenzen oder gar Widersprüchlichkeit zeigt, kann freilich nicht überraschen, sondern ist dem philosophischen Ansatz immanent. Gadamer selbst hatte schon in der Einleitung von „Wahrheit und Methode“ unmissverständlich klargestellt: „Die Hermeneutik [...] ist [...] nicht etwa eine Methodenlehre“.<sup>36</sup> Die zentrale Frage seines Philosophierens ist die Frage nach den Bedingungen und Möglichkeiten des Verstehens. Ziel ist also eine Transzendentalphilosophie des Verstehens – und nicht die Ableitung und Ermittlung von methodischen Regeln. Es ging im Gegenteil um die Befreiung von solchen Regeln und noch allgemeiner, auch um eine Abkehr von einem „ob-

<sup>32</sup> Viehweg (Fn. 27), 98.

<sup>33</sup> Viehweg (Fn. 27), 76 mit Hinweis auf „etwa Hans Meyer, Geschichte der abendländischen Weltanschauung, III. Bd., 1948, 1–35.“

<sup>34</sup> Vgl. dazu Frommel, JZ 2016, 913–920.

<sup>35</sup> Vgl. oben Fn. 8. Typisch auch der „Pianisten-Streit“ – auf der einen Seite Rütters und seine Vorstellung einer „in den Grundzügen verbindliche Methodenlehre der Rechtsanwendung“, JZ 2006, 54; auf der anderen Seite insbesondere Hirsch, der damalige Präsident des BGH, ZRP 2006, 161 ff.; ders., DIE ZEIT 2003, Nr. 41 und (wie Rütters von einer hermeneutischen Position aus, aber mit völlig anderen Ergebnissen) Hassemer, ZRP 2007, 213–219. Einen Überblick über den Streit gibt Gruschke, Rechtstheorie 41 (2010), 35–52.

<sup>36</sup> Gadamer, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Gesammelte Werke Bd. 1, 1990, 3.

jektivistischen Erkenntnisbegriff.<sup>37</sup> Man muss also den klaren Unterschied zu den hermeneutischen Positionen von Betti und Coing im Auge behalten, die demgegenüber die Objektivität des Verstehens und die Objektivität juristischer Auslegung für unverzichtbar hielten.<sup>38</sup>

Was auf der Meta-Ebene der Philosophischen Hermeneutik in sich stimmig sein mag, muss zwangsläufig zu Widersprüchen führen, wenn es die Grundlagen für eine juristische Methodenlehre vorgeben soll. Eine Methodenlehre muss Grundsätze und Vorgaben entwickeln, nach denen verfahren werden soll. Dafür kann eine theoretische Grundlage, die durch eine genau gegensätzliche Intention geprägt ist, aber augenscheinlich nicht geeignet sein. Es stellt sich vielmehr die Frage: Hebt sich eine Methodik, die das Ziel einer Objektivierung aufgibt, letztlich nicht selbst auf?

(1.) *Rüthers*: Die theoretische Inkonsistenz der Methodenkonzeption von Rüthers ist dafür exemplarisch. Rüthers beruft sich für den subjektiv-historischen Ansatz seiner Auslegungstheorie – „als in den Grundzügen verbindliche Methodenlehre der Rechtsanwendung“ – auf den englischen Philosophen und Historiker Collingwood. Er zitiert als dessen „fundamentale(n) Grundsatz, der in der Methodendiskussion der Juristen bisher kaum beachtet wird: „Einen Text verstehen, das setzt voraus, die Frage oder die Lage zu verstehen, auf die der Text eine Antwort war.“<sup>39</sup> Zugleich verweist er in ein und derselben Fußnote auf Gadamer's Wahrheit und Methode.<sup>40</sup> Er übersieht oder übergeht dabei, dass Gadamer und Collingwood hinsichtlich des zitierten „fundamentalen Grundsatzes“ diametral entgegengesetzte erkenntnistheoretische Standpunkte vertreten.<sup>41</sup> Für Gadamer verfehlt „Collingwoods Theorie des *Re-enactment* [...] die Dimension der hermeneutischen Vermittlung, die in allem Verstehen durchschritten wird.“<sup>42</sup> Denn: „Unser Verständnis schriftlicher Überlieferung als solches ist nicht von der Art, daß wir die Übereinstimmung zwischen dem Sinn, den wir in ihr erkennen, und dem Sinn, den ihr Urheber dabei im Auge hatte, einfach voraussetzen können [...] Die Sinn Tendenzen eines Textes [reichen] weit über das hinaus, was der Urheber desselben im Sinne hatte. Die Aufgabe des Verstehens geht in erster Linie auf den Sinn des Textes selbst.“<sup>43</sup> In sich schlüssig hätte Rüthers seine auf viel Polemik gestützte Position also nur über eine im Grundsätzlichen fundierte Kritik der erkenntnistheoretischen Voraussetzungen der philosophischen Hermeneutik begründen können. Diese Kritik bedeutet –

<sup>37</sup> A. Kaufmann, in: Hassemer/Neumann/Salinger (Fn. 20), 23 ff., 93.

<sup>38</sup> Näher dazu *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981, 41 ff.

<sup>39</sup> *Rüthers*, JZ 2006, 58; so zitiert auch von *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 787.

<sup>40</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 787 Fn. 1081.

<sup>41</sup> Näher und im Einzelnen dazu *Schneider*, Zeitschrift für Soziologie, 1992, Heft 6, 420–439, 428 ff.

<sup>42</sup> *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1986, Bd. II, 397.

<sup>43</sup> *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1990, Bd. I., 378.