

# Wahrheit im Recht

## Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform

### I. Einleitung

Sollte Wahrheit wirklich „die Erfindung eines Lügners“ sein<sup>1</sup>, so läge auf der Rede von Wahrheit im Recht eine doppelte moralische Hypothek. Denn im Bereich des Rechts verbindet sich mit dem Vorwurf der gleisnerischen Inanspruchnahme von Wahrheit notwendigerweise der einer Erschleichung von Legitimation. Wahrheitsansprüche im Recht sind mit Legitimationsansprüchen untrennbar verknüpft. Eine zwingendere Rechtfertigung einer rechtlichen Aussage ist in einem rationalen, d.h.: eher auf Kognition als auf Autorität gegründeten Rechtssystem nicht denkbar. Eine als falsch erkannte Rechtsauffassung müsste vor der als richtig erwiesenen mit den Worten *Radbruchs* „erbleichen ... wie der entlarvte Irrtum vor der enthüllten Wahrheit“<sup>2</sup>. Erst recht erbleichen – oder erröten – aber müsste ein Rechtssystem, das mit nicht einlösbaren Wahrheitsansprüchen seinen Legitimationskredit ohne Aussicht auf Deckung überziehen würde.

Aber auch aus erkenntnistheoretischen Gründen führt die Frage nach Wahrheit (auch) im Recht in gefährliches Gelände. Es droht das höhnische Gelächter eines posthumen Zuschauers, der schon Jahrhunderte zuvor die Suche nach einem allgemeinen Wahrheitskriterium mit spöttischen Kommentaren bedacht hat: „Es ist schon ein großer und nötiger Beweis der Klugheit oder Einsicht, zu wissen, was man vernünftiger Weise fragen solle. Denn, wenn die Frage an sich unge reimt ist, und unnötige Antworten verlangt, so hat sie, außer der Beschämung dessen, der sie aufwirft, bisweilen noch den Nachteil, den unbehutsamen Anhörer derselben zu ungereimten Antworten zu

1 v. *Foerster/Pärksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 1998.

2 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, Gustav Radbruch-Gesamtausgabe (GRGA) Bd. 2, S. 241 (von *Radbruch* dort auf das Problem des Naturrechts bezogen).

verleiten, und den belachenswerten Anblick zu geben, dass einer (wie die Alten sagten) den Bock melkt, der andre ein Sieb unterhält<sup>3</sup>.

Nun würde heute kaum jemand die Frage „Was ist Wahrheit?“, gegen die *Kant* seinen Spott richtet, in dieser Form noch stellen. Sie ist, zu Recht, als essentialistisch diskreditiert. Das heißt: Verzichtet man auf einen emphatischen und schwer fassbaren Wahrheitsbegriff, wie er der Rede von der Wahrheit der Kunst<sup>4</sup> oder der „höheren Wahrheit“ eines bestimmten Kunstwerks zugrunde liegt, dann ist „Wahrheit“ als Eigenschaft von Aussagen zu verstehen. An die Stelle der Frage „Was ist Wahrheit“ tritt dann die viel bescheidenere Frage, in welchem Sinne und unter welchen Umständen man Aussagen, ohne das Verdikt der Lüge gewärtigen zu müssen, als „wahr“ bezeichnen kann.

Dieser Frage möchte ich im folgenden für den Bereich rechtlicher Aussagen nachgehen. Unter rechtlichen Aussagen sind dabei Aussagen über das Recht zu verstehen, und zwar Aussagen über das geltende (als geltend angenommene) Recht. Es geht also um Behauptungen, wie sie in der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft täglich in nicht überschaubarer Zahl aufgestellt werden, etwa „eine Waffe im Sinne des § 250 II Nr. 1 StGB ist auch eine Schreckschusspistole“, oder „Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt auch das ungeborene menschliche Leben“, aber auch: „Die von Frau A und Herrn B geschlossene Ehe ist rechtsgültig“. Wie das letztere Beispiel zeigt, werden zu den Aussagen über das Recht hier nicht nur Aussagen über rechtliche Regeln, sondern auch Feststellungen zu singulären rechtlichen Sachverhalten gerechnet.

Nicht einbezogen wird die Frage, welchen Umgang das Recht mit der Wahrheit pflegt – inwieweit es Unwahrheiten toleriert oder aber sanktioniert oder inwieweit es als Verfassungsordnung selbst Wahr-

3 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, A 58, B 83; zit. nach Kant, Werke (ed. Weischedel), Sonderausgabe 1981, Bd. 3, S. 102.

4 Vgl. etwa *Derrida*, La vérité en peinture, 1978; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 4. Aufl. 1975, S. 77 ff.

heitsansprüche erhebt<sup>5</sup>. Ausgeblendet werden schließlich rechtlich relevante Aussagen über außerrechtliche Sachverhalte, also insbesondere Feststellungen zur „Tatfrage“. Die Frage der Wahrheitsfähigkeit forensischer Tatsachenfeststellungen<sup>6</sup> ist in den letzten Jahren vor allem im Kontext der strafprozessualen Grundlegendendiskussion ins Blickfeld geraten; der Streit, um den es hier geht, lässt sich schlagwortartig mit der Alternative von „Reproduktion“ und „Konstruktion“ des Sachverhalts kennzeichnen. Während die „Realisten“ die Feststellungen zum Sachverhalt als Widerspiegelung eines objektiv vorgegebenen Geschehens interpretieren, bestehen die Konstruktivisten darauf, dass auch die sogenannte Tatsachenfeststellung das Ergebnis eines Deutungsaktes ist und folglich durch interaktive Momente mit konstituiert wird<sup>7</sup>. Ich blende dieses Problem, das kein spezifisches Problem von Tatsachenfeststellungen gerade im rechtlichen Kontext ist, aus und beschränke mich, prozessual gesprochen, auf den Bereich der Rechtsfrage.

Gerade für diesen Bereich ist freilich zu erwägen, ob man nicht von vornherein statt von einem Wahrheitsanspruch bescheidener lediglich von einem Anspruch auf Richtigkeit sprechen sollte. Ich möchte diese Frage verneinen. Zum einen ist das Verhältnis der Begriffe „Wahrheit“ und „Richtigkeit“ zueinander keineswegs klar; sie werden zwar teils im Sinne der angedeuteten Abstufung differenzierend, teils aber auch synonym verwendet<sup>8</sup>. Auch das intuitiv naheliegende Unterscheidungskriterium der Abstufbarkeit erweist sich letztlich als nicht

- 5 Zu Wahrheitsansprüchen im Verfassungsstaat *Häberle*, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat, 1995; *ders.*, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat – eine Zwischenbilanz, in: Hollerbach-FS 2001, S. 15 ff.
- 6 Aus dem neueren Schrifttum etwa *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, 2002.
- 7 Vgl. einerseits *Gössel*, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?, 2000; andererseits *Kargl*, Wahrheit und Wirklichkeit im Begriff der „falschen Aussage“ (§§ 153 ff. StGB), GA 2003, S. 791 ff.; zur Diskussion ferner *Neumann*, Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: Scholler/Philipps (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 73, 78; *Lorenz Schulz*, Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren, 2001, S. 434 ff.; *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998.
- 8 Nachweise bei *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 4.

konsensfähig: zwar dürfte Einigkeit darüber zu erzielen sein, dass Wahrheit in der hier vorausgesetzten Bedeutung des Begriffs nicht graduierbar ist; umgekehrt aber wird die Graduierbarkeit des Begriffs der Richtigkeit keineswegs durchgehend anerkannt<sup>9</sup>. Zum andern hält die Thematisierung des Wahrheitsanspruchs im Recht die rechtsphilosophische Diskussion anschlussfähig an die philosophische Diskussion, in der auch der Richtigkeitsanspruch von Handlungsnormen und von Urteilen der praktischen Vernunft weithin im Kontext unterschiedlicher Wahrheitsbegriffe und -theorien erörtert wird. Schließlich dürfte der Begriff der Wahrheit gerade wegen seiner unbestrittenen Stärke, die jeder Graduierung widerstreitet, als Hintergrund einer kritischen Diskussion von Gewissheitsansprüchen im Recht in höherem Maße geeignet sein als der in diesem Punkt tendenziell tolerantere Begriff der Richtigkeit<sup>10</sup>.

Das Problem der Wahrheitsfähigkeit rechtlicher Aussagen stellt sich nicht nur als rechtsphilosophisches Problem, das um seiner selbst willen zu traktieren ist. Es hat erhebliche Konsequenzen für das gesellschaftliche Verständnis des Rechts, des Justizsystems, der Gewaltenteilung<sup>11</sup>. In diesem Sinn geht es im folgenden auch um die *Funktion* von Wahrheitsansprüchen im Recht. Wenn heute im Anschluss an *Ronald Dworkin* die Theorie der einzig richtigen Entscheidung wieder zunehmend an Boden gewinnt, dann nicht deshalb, weil sie gegenüber der These von einer Mehrzahl vertretbarer Entscheidungen die besseren erkenntnistheoretischen Argumente auf ihrer Seite hätte. Vielmehr geht es um die praktische Frage der Kontrollierbarkeit behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen durch die Justiz, aber auch durch die Rechtswissenschaft. Wahrheits- und Richtigkeitsansprüche machen rechtliche Entscheidungen anfällig für Kritik. Davon profitieren insbesondere Kritiker, die ohne institutionelle Macht

- 9 Ablehnend etwa *Deckert*, *Recht und Wahrheit*, ARSP 82 (1996), S. 43, 44.  
10 Gegen die Ersetzung des Begriffs der Wahrheit durch den der Richtigkeit im vorliegenden Kontext auch *Poscher*, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*, ARSP 89 (2003), S. 200, 214.  
11 Zu diesem Gesichtspunkt etwa *Lorenz Schulz*, *Normiertes Misstrauen* (Anm. 7), S. 273.

sind, also beispielsweise die Vertreter der akademischen Rechtswissenschaft. Die Behauptung, man müsse an dem Modell der einzig richtigen Entscheidung als „regulativer Idee“ festhalten, zielt nicht nur auf die Handlungssituation des einzelnen „Rechtsanwenders“, sondern auf die Handlungsbedingungen des Rechtssystems insgesamt.

Auf der anderen Seite kann man erkenntnistheoretisch problematische Wahrheits- und Richtigkeitsansprüche natürlich nicht einfach durch ihre Versetzung in den Bereich regulativer Ideen einer kritischen Diskussion entziehen. Ich werde im folgenden deshalb zweistufig verfahren. Im ersten Schritt geht es um die Frage, inwieweit und in welchem Sinne im Bereich von generellen oder singulären Aussagen des Rechts (also von Aussagen über Rechtsnormen einerseits, die „Rechtsslage“ im Einzelfall andererseits) von Wahrheit oder Richtigkeit die Rede sein kann. In einem zweiten Schritt werde ich erörtern, welche praktischen Konsequenzen sich aus der Beantwortung dieser Frage für das Rechtssystem (im weiteren Sinne) ergeben und ob in Hinblick auf diese Konsequenzen möglicherweise auch kontrafaktisch an dem Anspruch auf Wahrheit von Rechtsbehauptungen festgehalten werden muss.

## *II. Wahrheitsansprüche im Rechtssystem*

### *1. „Wahrheitsoptimismus“ und Wahrheits skeptizismus im Recht*

Die Frage, ob und in welchem Sinne man in Bezug auf Rechtsbehauptungen von Wahrheit oder Richtigkeit sprechen kann, ist nicht nur in der zuständigen wissenschaftlichen Disziplin, der Rechtsphilosophie, außerordentlich umstritten. Sie wird auch in unterschiedlichen Bereichen der juristischen Praxis in höchst unterschiedlicher Weise behandelt. So geht die Praxis der Revisionsgerichte wie selbstverständlich davon aus, dass die Entscheidungen der Instanzgerichte nach den Kategorien „richtig“ und „falsch“ zu bewerten sind, und dass jeweils nur eine Entscheidung richtig sein kann, alle anderen aber fehlerhaft

sein müssen<sup>12</sup>. Aber der Richter, der noch am Vortag als Revisionsrichter in einer dezidierten Entscheidung den Mordtatbestand als eigenständiges Delikt im Verhältnis zum Totschlag eingestuft und die abweichende Auffassung der Wissenschaft schlicht für falsch erklärt hat<sup>13</sup>, wird bei einer juristischen Staatsprüfung am Folgetag die Gegenauffassung als zumindest vertretbar bewerten. Neben die Kategorien von „richtig“ und „falsch“ tritt damit als dritte Kategorie die der Vertretbarkeit. Entsprechend wird der Professor, der noch am Vorabend in einem wissenschaftlichen Aufsatz die strenge Schuldtheorie als Irrweg gegeißelt hat, sie bei der Korrektur von Klausuren als vertretbar akzeptieren<sup>14</sup>. Ich werde später zu zeigen versuchen, dass dieses Nebeneinander unterschiedlicher Maßstäbe in der Praxis unterschiedlichen institutionellen Bedürfnissen in den verschiedenen Teilbereichen des Rechtssystems entspringt. An dieser Stelle ist zunächst nur der Befund einer Spaltung der Rechtspraxis in der Richtigkeitsfrage zu konstatieren.

Dieser Spaltung der Praxis entspricht der Diskussionsstand in den zuständigen Disziplinen der Rechtswissenschaft. Die Positionen reichen hier von der strikten Auffassung, es gebe für jeden Rechtsfall nur *eine* richtige Entscheidung<sup>15</sup>, bis hin zur radikalen Skepsis gegenüber normativen Gewissheitsansprüchen und ihre Ersetzung durch faktische, allein auf den tatsächlichen Meinungsstand bezogene „Zertitätswerte“<sup>16</sup>. Soweit Wahrheitsansprüche geltend gemacht oder

12 Näher dazu unten S. 53 f.

13 Zum diesbezüglichen Streit zwischen Rechtsprechung und Schrifttum vgl. etwa *Eser* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, Rn. 5 vor § 211 ff.; *Neumann* in: Nomos-Kommentar zum StGB, Rn. 141 ff. vor § 211.

14 Zum Diskussionsstand *Kühl* in: Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 17 Rn. 9; *Puppe* in: Nomos-Kommentar zum StGB, § 16 Rn. 144 ff.

15 *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Grazer Universitätsreden Nr. 50, 1993, S. 23 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 116. Im Sinne einer „gerechtfertigten Fiktion“ (die auch als „Postulat“ bezeichnet wird) wird die Idee eines „einzig ‚richtigen‘ Norminhalts“ vertreten bei *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 42 ff. Zu *Dworkin* näher unten S. 37 ff.

16 *Adomeit*, Juristische Methode und Sicherheit des Ergebnisses, JZ 1980, S. 343, 344 ff.; *ders.*, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. 1998, S. 23 f.

jedenfalls zugelassen werden, ist die Bezugsgröße dieses Anspruchs heillos umstritten. Wer hier das Gelände im Einzelnen durchforsten will<sup>17</sup>, das im wesentlichen von Korrespondenztheorie<sup>18</sup>, Konsenstheorie<sup>19</sup>, Kohärenztheorie<sup>20</sup> und Konvergenztheorie<sup>21</sup> besetzt gehalten wird, muss über mehr Raum verfügen, als er hier zur Verfügung steht. Ich beschränke mich deshalb darauf, einige markante Punkte in diesem Gelände hervorzuheben, die auch der rechtstheoretischen Diskussion als Orientierungspunkte dienen. Vorab ist festzuhalten, dass es bei dem Streit zwischen den unterschiedlichen Wahrheitskonzeptionen nicht um die „wahre“, sondern lediglich um die angemessene Wahrheitstheorie geht. Denn es gibt keine Wahrheit hinter den

- 17 Überblick zu den einzelnen Modellen: *Puntel*, Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie, 3. Aufl. 1993; *Skirbekk* (Hrsg.), Wahrheitstheorien, 1977; *Kreiser/Stekeler-Weithofer*, Stichwort „Wahrheit/Wahrheitstheorien“, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 1999; *Lorenz*, Artikel „Wahrheitstheorien“, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 4, 1996, S. 595 ff.; aus dem rechtsphilosophischen Schrifttum etwa *Deckert*, ARSP 82 (1996), S. 43; 44ff.; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 283 ff.; *Poscher*, ARSP 89 (2003), S. 200 ff.; *Gizbert-Studnicki*, How Many Theories of Truth are Needed in Jurisprudence?, ARSP-Beiheft 25 (1985), S. 153 ff.
- 18 Zur Korrespondenztheorie darstellend etwa *Kreiser/Stekeler-Weithofer*, Stichwort „Wahrheit/Wahrheitstheorien“, in Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 1999; aus dem rechtsphilosophischen Schrifttum *Poscher*, ARSP 89 (2003), S. 200, 202 ff.
- 19 *Habermas*, Wahrheitstheorien (1971), in: *ders.*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1995, S. 127 ff.; aus dem rechtsphilosophischen Schrifttum *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996, S. 134 ff.; *Jürgen Schmidt*, Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, JuS 1973, S. 204 ff.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 155 ff.; darstellend *Grasnick*, Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 55, 74 f.; *Poscher*, ARSP 89 (2003), S. 200, 204 f.
- 20 *Rescher*, Die Kriterien der Wahrheit, in: *Skirbekk* (Hrsg.), Wahrheitstheorien, 1977, S. 337 ff. Überblick bei *Puntel*, Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie, 3. Aufl. 1993, S. 172 ff.; im rechtstheoretischen Schrifttum nahestehend *Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, 2000; *Strauch*, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz, KritV 2002, 311 ff.; *ders.*, Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit? Vom Nutzen des Radikalen Konstruktivismus für die juristische Theorie und Praxis, JZ 2000, S. 1020, 1029 f.
- 21 *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 284 ff.; *Deckert*, ARSP 82 (1996), S. 43, 52.

Wahrheitstheorien<sup>22</sup>; vielmehr stellen die unterschiedlichen Wahrheitstheorien unterschiedliche Definitionen von „Wahrheit“ zur Verfügung, nicht aber unterschiedliche und unterschiedlich zuverlässige Wegweiser zu einer ihnen vorausliegenden, vorgegebene Wahrheit. Definitionen aber sind eine Frage der Zweckmäßigkeit. Es geht also um die Frage, welches Verständnis von „Wahrheit“ bei der Diskussion über die Wahrheitsfähigkeit und den Wahrheitswert von Aussagen, speziell: von Aussagen über die „Rechtslage“, sinnvollerweise vorauszusetzen ist. Dass eine sinnvolle Definition grundsätzlich an dem allgemeinen Vorverständnis von „Wahrheit“ orientiert sein muss, bedarf keiner Hervorhebung.

## 2. *Wahrheitsmodelle*

### a) *Entsprechung von Aussage und Sachverhalt (Korrespondenztheorie)*

Die naheliegendste, sozusagen natürliche Auffassung von Wahrheit stellt auf das Verhältnis einer Aussage zu der Wirklichkeit ab, die als vorsprachliche Gegebenheit verstanden wird. Danach ist ein Satz wahr genau dann, wenn er einen bestehenden Sachverhalt zutreffend wiedergibt. Dieser klassische, von *Aristoteles* und *Thomas von Aquin* ausgearbeitete, von *Kant* vorausgesetzte<sup>23</sup> und von *Wittgenstein* im *Tractatus logico-philosophicus* vertretene<sup>24</sup> Wahrheitsbegriff ist für weite Bereiche der richterlichen Tatsachenfeststellung, wie auch unserer Alltagsorientierung generell, überzeugend und vollkommen ausreichend<sup>25</sup>. Die Kritik, die an der Korrespondenztheorie der Wahrheit von Seiten erkenntnistheoretisch anspruchsvollerer Positionen geübt wurde und wird, ist unbegründet, soweit sie dem Kriterium der

22 *Deckert*, ARSP 82 (1996), S. 43, 44 unter Verweis auf *Puntel*.

23 Kritik der reinen Vernunft A 58/B 83.

24 „Das Bild stimmt mit der Wirklichkeit überein oder nicht; es ist richtig oder unrichtig, wahr oder falsch [2.21] ... In der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung seines Sinnes mit der Wirklichkeit besteht seine Wahrheit oder Falschheit“ [2.222].

25 Verteidigung der Korrespondenztheorie als wahrheitstheoretische Basis des Strafverfahrens bei *Gössel*, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß, 2000.



Übereinstimmung von Aussage und Wirklichkeit nicht nur die universale, sondern auch jegliche regionale Zuständigkeit bestreitet. Wenn *Habermas* in früheren Arbeiten einwendet, die Korrespondenztheorie versuche mit dem Rekurs auf eine außersprachliche Wirklichkeit „vergeblich, aus dem sprachlogischen Bereich auszubrechen, innerhalb dessen der Geltungsanspruch von Sprechakten allein geklärt werden kann“<sup>26</sup>, so überzeugt das hinsichtlich der *Definition* der Wahrheit, die in der Tat im sprachlichen Bereich eingeschlossen bleibt, nicht aber hinsichtlich der *Wahrheitskriterien*<sup>27</sup>. Dass die Wahrheitsdefinition dem sprachlichen Bereich verhaftet bleibt, bedeutet nicht, dass die Wahrheitskriterien ausschließlich in sprachlicher Repräsentation in Bezug genommen werden könnten. Auch ein kommunikationstheoretischer Ansatz vermag eine Isolierung gegenüber einer vorsprachlich verstandenen Wirklichkeit nicht durchzuhalten. *Habermas* kann zwar darauf verweisen, dass Wahrheitsansprüche, pragmatisch gesehen, immer im Reden miteinander erhoben werden und *insofern* der sprachliche Bereich nicht verlassen wird. Aber Reden miteinander ist zugleich Reden *über etwas*, und *insofern* eignet konstativen Sprechakten ein vorsprachlicher Bezug, auf den zur Definition des Wahrheitsbegriffs zurückgegriffen werden kann<sup>28</sup>. *Habermas* hat seine Position inzwischen denn auch modifiziert und in neueren Arbeiten den Tatsachenbezug, den „realistischen Stachel“ im Wahrheitsbegriff, ausdrücklich anerkannt. Der Diskursbegriff der Wahrheit müsse modifiziert werden, um den ontologischen Konnotationen Rechnung tragen zu können, die wir mit dem „Erfassen von Tatsachen“ verbinden<sup>29</sup>. In der Tat können wahrheitsfähige Aussagen

26 *Habermas*, *Wahrheitstheorien* [1971], in: *ders.*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1995, S. 127, 133.

27 Zur Frage, inwieweit im Rahmen korrespondenztheoretischer Wahrheitsmodelle der sprachliche Bereich transzendiert werden kann, übersichtlich *Janich*, *Was ist Wahrheit?*, 1996, S. 37.

28 Das ist der Ansatzpunkt der „Konvergenztheorie“ (Fn. 21), die versucht, die Einseitigkeiten sowohl der Korrespondenztheorie als auch der konsenstheoretischen Ansätze zu vermeiden.

29 *Habermas*, *Richtigkeit versus Wahrheit*. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in: *ders.*, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 1999, S. 271 ff., 288 ff.

an der Resistenz der objektiven Welt scheitern, und es ist wohl nur ein sprachliches Zugeständnis von *Habermas* an seine frühere Auffassung, wenn er selbst insofern nicht von der objektiven, sondern von der „von allen Beteiligten als identisch unterstellten objektiven Welt“ redet<sup>30</sup>. Wenn wir bei dem Versuch des Einparkens in eine zu enge Parklücke scheitern, dann an den dort abgestellten, nicht an den gemeinsam als identisch unterstellten anderen Fahrzeugen.

## b) Das Problem rechtlicher „Sachverhalte“

### aa) Reale und ideale Sachverhalte

Die Entscheidung für die bewusste Naivität der Korrespondenztheorie überzeugt in dem Bereich der empirischen Tatsachen jedenfalls insoweit, als es um physikalische Sachverhalte geht, die der unmittelbaren Beobachtung zugänglich sind. Erheblich problematischer ist ihre Anwendung auf Sachverhalte der sozialen Wirklichkeit, in deren Beschreibung immer auch Momente der Deutung, der Interpretation, der Konstruktion eingehen<sup>31</sup>. Indes betrifft dieses Problem den Bereich der Tatfrage, der hier ausgeklammert bleiben soll. Für den Bereich der Aussagen über das Recht hängt die Anwendbarkeit der Korrespondenztheorie davon ab, ob im Bereich des rechtlichen Sollens Sachverhalte identifizierbar sind, die rechtlichen Aussagen korrespondieren. Lässt sich, mit anderen Worten, der empirischen Welt eine Welt des normativen Seins an die Seite stellen, auf die Aussagen wie „Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt auch das Leben des ungeborenen Menschen“ bezogen werden können? Die unbefangene Rede des Juristen von der „Rechtslage“ scheint das nahe zu legen. Die professionell vertraute Frage „Wie ist die Rechtslage?“ parallelisiert die Frage nach der korrekten rechtlichen Entscheidung eines Falles mit der nach der zutreffenden Feststellung des Sachverhalts. Kann die „Rechtslage“ als Bezugsgröße, als „Korrespondenzadresse“ rechtli-

30 *Habermas*, Richtigkeit (Anm. 29), S. 295.

31 Grundlegend dazu *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 1980; *Watzlawick*, Wie wirklich ist die Wirklichkeit?, 1977; aus rechtstheoretischer Sicht ausführlich *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991.

cher Aussagen und damit als Basis für die Anwendung der Korrespondenztheorie dienen?

Es wäre voreilig, diese Frage mit dem Hinweis darauf zu verneinen, dass die Rechtslage jedenfalls kein empirisch feststellbarer, beobachtbarer Sachverhalt sei. Denn zum einen ist nicht von vornherein ausgemacht, dass eine Rechtsbehauptung *niemals* als Behauptung des Bestehens eines empirisch überprüfbar Sachverhalts verstanden werden könnte. So wird die Auffassung vertreten, die Behauptung „Nach russischem Recht ist Diebstahl strafbar“ sei durch Aufschlagen des russischen StGB empirisch nachprüfbar und deshalb als Tatsachenbehauptung anzusehen<sup>32</sup>. Zum andern bliebe zu begründen, dass die Korrespondenztheorie auf Aussagen über Sachverhalte der empirisch erfahrbaren Wirklichkeit beschränkt sein soll. Warum sollen Aussagen über ideal existierende „Sachverhalte“ – sofern deren Annahme erkenntnistheoretischer Kritik standhält – nicht im Sinne der Korrespondenztheorie „wahr“ sein können?

Die zweite Frage stellt sich insbesondere in Hinblick auf Aussagen der Logik und der Mathematik. Teilweise wird bestritten, dass logische und mathematische Behauptungen im Sinne der Korrespondenztheorie wahr sein könnten<sup>33</sup>. Das ist konsequent, wenn man neben der Bestimmtheit des Referenzobjekts auch dessen Gegenständlichkeit, seine Erfahrbarkeit zur Voraussetzung der Anwendbarkeit der Korrespondenztheorie erhebt<sup>34</sup>. Aber für diese Einschränkung gibt es keine überzeugenden Gründe. Wenn rhetorisch gefragt wird „Was korrespondiert der wahren Aussage ‚ $2 + 2 = 4$ ‘?“<sup>35</sup>, so wäre zu antworten: „eine mathematische Relation“. Ebenso korrespondiert dem Satz „die Winkelsumme im Dreieck beträgt 180 Grad“ eine geometrische

32 Hilgendorf, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, 1998, S. 205 ff., 208; krit. dazu Zaczyk, ZStW 114 (2002), S. 191, 195, 198; näher dazu unten S. 21.

33 Poscher, ARSP 89 (2003), S. 200, 203.

34 So Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1969, S. 9; unter Hinweis auf Engisch ebenso Poscher, ARSP 89 (2003), S. 200, 202 f.

35 Poscher, ARSP 89 (2003), S. 200, 202 f. unter Hinweis auf Lynch, *Realism and Correspondence Theory*, in: ders. (Hrsg.), *The Nature of Truth*, 2001, S. 9, 12 f.



Gesetzmäßigkeit. Entscheidend für die Anwendbarkeit der Korrespondenztheorie ist die *Bestimmtheit* des Referenzobjekts, nicht seine Gegenständlichkeit. Das bedeutet: der Rückgriff auf die Korrespondenztheorie für den Bereich rechtlicher Aussagen scheitert nicht daran, dass die „Rechtslage“ nicht als empirisch erfahrbarer<sup>36</sup>, sondern als ideeller Sachverhalt verstanden wird.

*bb) Relativität rechtlicher „Sachverhalte“*

Auch ein zweiter Einwand gegen die korrespondenztheoretische Deutung der Wahrheit von Rechtsbehauptungen lässt sich ausräumen. Dass rechtliche Aussagen relativ zu einem bestimmten Bezugssystem (einer bestimmten Rechtsordnung) sind, steht ihrer Wahrheitsfähigkeit (im Sinne des Wahrheitsbegriffs der Korrespondenztheorie) nicht entgegen. Denn die Relativität zu einer bestimmten Rechtsordnung ist Bestandteil der Aussage, nicht des Wahrheitsurteils. Der Satz: „Die Behauptung ‚Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt‘ ist für das deutsche Recht wahr“, wäre deshalb ungenau formuliert. Korrekt würde er lauten: „Die Behauptung ‚Nach deutschem Recht beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt‘ ist wahr“. *Pascals* berühmter Spruch über „Wahrheit diesseits der Pyrenäen, Irrtum jenseits“ verweist auf die Relativität von Gerechtigkeitsvorstellungen, nicht auf die Relativität von „Wahrheit“.

Was für die Systemgebundenheit rechtlicher Aussagen gilt, gilt entsprechend für ihre zeitliche Relativität. Rechtsaussagen sind nicht nur mit einem Systemindex, sondern auch mit einem Zeitindex versehen, der im Regelfall mitgedacht, aber nicht explizit gemacht wird<sup>37</sup>. Auch diese zeitliche Relativität betrifft den Gehalt der Rechtsaussage, nicht deren Wahrheitsanspruch.

36 Vgl. aber bei Fn. 32.

37 Näher zu dieser mehrdimensionalen Relativität von Rechtsaussagen *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Lüderssen-FS 2002, S. 109 ff.

cc) *Bestimmtheit rechtlicher „Sachverhalte“*

Das entscheidende Problem für die Anwendbarkeit der Korrespondenztheorie auf Rechtsaussagen betrifft die Voraussetzung der Bestimmtheit des Referenzobjekts. Denn wie die Rechtslage in einer bestimmten Rechtsordnung zu einem bestimmten Zeitpunkt hinsichtlich einer bestimmten Sachverhaltskonstellation ist, lässt sich zumindest für zahlreiche Fälle nicht mit Aussicht auf allgemeine Zustimmung klären. Dieser Befund lässt sich belegen durch eine Vielfalt von kontroversen „Theorien“ und dürfte unstrittig sein. Er verweist freilich noch nicht zwingend auf eine Unbestimmtheit des Rechts. Denn die faktischen Kontroversen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft müssen nicht einem *Regelungsdefizit* der Rechtsordnung, sie können, jedenfalls theoretisch, auch einem *Erkenntnisdefizit* der diese Rechtsordnung verwaltenden Juristen zugeschrieben werden.

Aber auf diesem Versuch, im Sinne der Idee einer metaphysischen Bestimmtheit des Rechts oder eines semantischen Realismus<sup>38</sup> das Recht als der Interpretation vorgegebene Entität zu deuten und die Wahrheit einer rechtlichen Aussage auf ihre Korrespondenz mit einer als vorgegeben gedachten „Rechtslage“ zu beziehen, liegt der lange Schatten starker Idealisierungen<sup>39</sup>. Denn Recht hat nur eine soziale, keine ideale Existenz. Eine im Sinne der Korrespondenztheorie verstandene Wahrheit rechtlicher Aussagen kann sich deshalb immer nur auf die Rechtswirklichkeit als soziale Wirklichkeit beziehen. Zu dieser sozialen Wirklichkeit gehören natürlich auch die Gesetzestexte, die Rechtsprechung der Gerichte, die Meinungen im Schrifttum. Zu ihr gehört aber nicht die „Rechtslage“, die der Richter anhand dieser und anderer Faktoren konstruiert. Das gilt auch dort, wo sich scheinbar eindeutige Aussagen über diese Rechtslage, also den *normativen* Gehalt der Rechtsordnung, treffen lassen. Der Satz „Nach Deutschem

38 Ausf. Kritik dazu bei *Christensen/Kudlich*, Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, ARSP 88 (2002), S. 230 ff.

39 Zur Ideologiekritik des juristischen Bedeutungsidealismus ausführlich *Somek*, Rechtssystem und Republik, 1992 (insbes. S. 305 ff.); *ders.*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 1996.

Recht beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt“ ist im Sinne der Korrespondenztheorie wahr dann und nur dann, wenn er auf einen sozialen Sachverhalt bezogen wird: auf die Existenz einer entsprechenden Bestimmung im BGB, die übereinstimmende Auffassung in der Rechtspraxis oder die allgemeine Anerkennung in der Rechtswissenschaft. Dagegen kann er nicht auf eine ideal existierende Rechtslage bezogen werden. Die Anwendung der Korrespondenztheorie auf rechtliche Aussagen scheidet deshalb an der Voraussetzung der Bestimmtheit des Bezugsobjekts (Referenzobjekts)<sup>40</sup>.

Das bedeutet nicht, dass man die Korrespondenztheorie nicht auf einzelne Behauptungen anwenden könnte, die für eine bestimmte Gesetzesinterpretation angeführt werden<sup>41</sup>. So ist etwa der Wortlaut eines Gesetzestextes wie auch des Textes von Gesetzesmaterialien ein Sachverhalt, der in einer im Sinne der Korrespondenztheorie wahrheitsfähigen Aussage beschrieben werden kann. Das gilt allerdings nur, sofern nicht in die entsprechende Feststellung bereits Deutungen eingehen. Weicht etwa der im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Wortlaut des Gesetzes von dem der Parlamentsvorlage ab, so ist es eine Frage der rechtlichen Interpretation (und nicht mehr der im Sinne der Korrespondenztheorie wahrheitsfähigen Sachverhaltsbeschreibung), welches der Wortlaut des *maßgeblichen* Gesetzestextes ist. Erst recht sind Behauptungen über den „Willen des Gesetzgebers“ und „Sinn und Zweck des Gesetzes“ das Ergebnis einer spezifischen Interpretation der empirisch feststellbaren Daten und deshalb nicht wahrheitsfähig im Sinne der Korrespondenztheorie.

40 In diesem Sinne auch *Zippelius*, Über die Wahrheit von Werturteilen, in: Maunz-Festgabe 1971, S. 507, 508 ff.; krit. zu einem ontologisch verstandenen Richtigkeitsanspruch von Rechtsbehauptungen etwa auch *Schneider/Schroth*, Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl. 1994, S. 470, 485.

41 Die Anregung zu diesen Überlegungen verdanke ich einer Diskussionsbemerkung von Herrn Dr. Armin Engländer.

Diese Unterscheidung zwischen – im Sinne der Korrespondenztheorie – wahrheitsfähigen Argumenten für eine bestimmte Rechtsbehauptung und der als solche nicht in diesem Sinne wahrheitsfähigen Rechtsbehauptung selbst liefert auch den Schlüssel zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, ob eine Rechtsbehauptung *niemals* als Behauptung des Bestehens eines empirisch überprüfbaren Sachverhalts verstanden werden kann. Die Antwort lautet: Das kommt darauf an, ob die Frage nach der Rechtslage in bestimmten Fällen auf die Frage nach bestimmten empirisch überprüfbaren Daten reduziert werden kann, weil sie nach anerkannten rechtlichen Regeln aus diesen Daten zwingend folgt. Am Beispiel der Strafbarkeit des Diebstahls nach dem russischen StGB: aus dem Datum „Wortlaut des Gesetzes“ allein ist die Rechtslage „Strafbarkeit des Diebstahls“ nicht abzuleiten. Mitgedacht werden muss neben der rechtlichen Verbindlichkeit des Strafgesetzbuchs, die ihrerseits keinen empirisch erfahrbaren Sachverhalt darstellt, etwa die Vereinbarkeit des Straftatbestands mit höherrangigem Recht. Das heißt: das empirisch überprüfbare Datum „Wortlaut des Gesetzes“ lässt zwar unter bestimmten, in concreto möglicherweise unproblematischen normativen Voraussetzungen den Schluss auf die Rechtslage zu. Damit reduziert diese selbst sich aber nicht auf einen empirischer Beobachtung zugänglichen Sachverhalt.

dd) *Rechtliche „Sachverhalte“ als institutionelle Tatsachen*

Nun besteht keine Notwendigkeit, als potentielle Referenzobjekte rechtlicher Aussagen lediglich sogenannte natürliche, vollständig auf empirischem Wege erfassbare Tatsachen (*facta bruta*) in Betracht zu ziehen. Gerade im Bereich des Rechts liegt es nahe, auf die insbesondere von *Searle* entwickelte<sup>42</sup> und von *Neil MacCormick* und *Ota Weinberger* für den Bereich des Rechts ausgearbeitete<sup>43</sup> Theorie der *institutionellen Tatsachen* zu rekurrieren. Institutionelle Tatsachen

42 *Searle*, Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay, 1977, S. 78 ff.; *ders.*, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen, 1997.

43 *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985.

(wie Ehe, Eigentum, Testament, aber auch Parlament, Gerichte, Kirche) werden durch soziale, insbesondere auch rechtliche Regeln konstituiert. Diese institutionellen Tatsachen erscheinen in der gesellschaftlichen Wahrnehmung ebenso als Fakten wie die natürlichen Tatsachen<sup>44</sup>. Dass Frau A die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist in dieser Sicht ebenso eine Tatsache wie das gleichfalls in ihrem Reisepass dokumentierte Faktum, dass sie blaue Augen hat. Warum soll der Satz „Frau A hat blaue Augen“ im Sinne der Korrespondenztheorie wahrheitsfähig sein, der Satz „Frau A besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit“ dagegen nicht?

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus den besonderen Existenzbedingungen institutioneller Tatsachen. Da sie durch *Regeln* konstituiert werden<sup>45</sup>, steht ihre Existenz unter einem doppelten Vorbehalt: dem der unbezweifelbaren *Geltung* der Regel und dem ihrer unbezweifelbaren *Anwendbarkeit*. Das heißt: die Existenz rechtlicher Tatsachen ist relativ auf die Anerkennung der einschlägigen rechtlichen Regel wie auch auf die Anerkennung ihrer Fallrelevanz. Diese Voraussetzungen dürften *faktisch* in einer Vielzahl von Fällen gegeben sein. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen, wird niemand daran zweifeln, dass Frau A, die als Tochter deutscher Eltern (gleichfalls eine rechtlich-institutionelle Tatsache) in Deutschland geboren wurde, die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Aber auch bei den vergleichsweise klaren Regeln des Staatsangehörigkeitsrechts kann die Frage nach der Geltung wie nach der Anwendbarkeit der einschlägigen gesetzlichen Regeln in Streit geraten. Ein Beispiel bildet die Diskussion um die Verbindlichkeit einer Rechtsverordnung aus der NS-Zeit, mit der bestimmten Personen willkürlich die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen wurde<sup>46</sup>. Hier hängt die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen davon ab, ob man die Rechtsverordnung als verbindlich anerkennt oder ihr wegen

44 Dazu etwa *Enrique Barros*, Die Person als Bezugspunkt des Rechts, in: U. Neumann/W. Hassemer/U. Schroth (Hrsg.), *Verantwortetes Recht*, ARSP-Beiheft Nr. 100 (2004), (erscheint demnächst).

45 *Searle*, *Sprechakte* (Anm. 42), S. 80 ff.

46 Vgl. dazu BVerfGE 23, 98.



Verstoßes gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit die Geltung abspricht.

Diese Abhängigkeit rechtlich-institutioneller Tatsachen von Regeln, die in ihrer Geltung wie in ihrem Regelungsgehalt umstritten sein können, disqualifiziert sie als Referenzobjekte einer Korrespondenztheorie der Wahrheit, weil sie zu einer Relativierung des Wahrheitsbegriffs auf den Interpreten der Rechtsordnung hin zwingen würde. Das aber wäre mit dem in jedem Wahrheitsbegriff präsenten Anspruch auf Objektivität (Intersubjektivität) nicht vereinbar.

### c) *Semantische Wahrheitstheorien*

Wenn somit im Bereich des Rechts ein Referenzobjekt fehlt, das als Bezugsgröße der Korrespondenztheorie der Wahrheit in Betracht käme, so liegt es nahe, „Wahrheit“ im Recht in einem anderen Sinne zu interpretieren. Denkbar ist der Rückgriff auf ein formales Wahrheitskriterium, das die Problematik des fehlenden außersprachlichen Referenzobjekts dadurch löst, dass es Wahrheit alleine als inner-sprachliche Relation versteht. Das Modell dafür liefert der sogenannte semantische Wahrheitsbegriff von *Tarski*. *Tarski* definiert Wahrheit bekanntlich als Relation zwischen einem objektsprachlichen und einem metasprachlichen Satz. Der Satz „Der Schnee ist weiß“ ist wahr dann und nur dann, wenn der Schnee weiß ist<sup>47</sup>. Entsprechend lässt sich definieren: Der Satz „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“ ist wahr dann und nur dann, wenn die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Geburt beginnt. *Tarskis* Wahrheitsbegriff spielt in der rechtstheoretischen Diskussion im Zusammenhang mit dem Streit um die Anwendbarkeit einer wahrheitsdefiniten Logik auf Rechtssätze eine gewisse Rolle<sup>48</sup>. Rechtsphilosophisch

47 *Tarski*, *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, in: *Philosophy and Phenomenological Research* 4 (1944); deutsche Übersetzung („Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik“) in: *Sinnreich* (Hrsg.), *Zur Philosophie der idealen Sprache*, 1972, S. 53 ff.

48 Vgl. etwa *Rödiger*, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), S. 163 ff., 170; dazu *Neu-*

führt er nicht weiter, weil er auf ein materiales Wahrheitskriterium verzichtet und damit die Frage, wann wir berechtigt sind, Wahrheitsansprüche zu erheben, gerade unterläuft<sup>49</sup>.

#### d) Zwischenbilanz

Die Zwischenbilanz zum Ertrag von Wahrheitstheorien im Recht lautet also: Die Korrespondenztheorie der Wahrheit, die auf eine außersprachliche Wirklichkeit abstellt, ist im Bereich der Rechtsfrage ohne die Fiktion einer objektiv gegebenen „Rechtslage“ nicht zu halten. Die semantische Wahrheitstheorie (*Tarski*), die Wahrheit im Verhältnis zwischen unterschiedlichen Sprachebenen lokalisiert, ist anwendbar, aber wenig interessant.

Dieser Befund legt es nahe, das Wahrheitskriterium weder im außersprachlichen Bereich der schlichten Fakten, noch im rein semantischen Bereich zu suchen, sondern im Bereich der intersubjektiven Verständigung, der Kommunikation. Hier liegt der Ansatzpunkt der *Konsenstheorie*, die ihre differenzierteste Ausarbeitung durch *Jürgen Habermas* erfahren hat und die heute auch im Bereich der Rechtsphilosophie auf namhafte Vertreter verweisen kann<sup>50</sup>.

#### e) *Konsenstheorie*

Die *Konsenstheorie* der Wahrheit stellt zu Recht eine Beziehung her zwischen dem Anspruch auf Wahrheit und dem Anspruch auf Konsensfähigkeit einer Äußerung. Wer mit dem Anspruch auf Wahrheit eine Behauptung aufstellt, muss unterstellen, dass der andere jedenfalls unter

*mann*, Juristische Logik, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 298 ff., 307 f.

49 Entsprechendes dürfte für die in ihrem kritischen Anspruch gleichfalls höchst interessanten „deflationären“ Wahrheitstheorien gelten, die den Wahrheitsbegriff gleichfalls auf eine sprachliche Funktion beschränken. Näher zu diesen Theorien *Po-scher*, ARSP 89 (2003), 200ff. mit Hinweis auf den Überblick bei *Lynch*, Deflationary Views and Their Critics, in: ders. (Hrsg.), The Nature of Truth, 2001, S. 421ff.

50 Vgl. oben Fn. 19.

idealen Bedingungen dieser Behauptung zustimmen kann. Negativ gewendet: Er muss davon ausgehen, dass der andere nur aufgrund eines persönlichen oder situativen Defizits nicht in der Lage ist, die Richtigkeit der Behauptung einzusehen. Die Konsenstheorie verdient deshalb Zustimmung, sofern sie darauf besteht, dass wir alle im Vorgriff auf die Zustimmung der anderen Diskussionsbeteiligten argumentieren.

Soweit die Konsenstheorie den potentiellen Konsens aller Beteiligten zum *Wahrheitskriterium* erheben will, bleiben aber zwei Aufgaben zu bewältigen. Zum einen muss begründet werden, dass in dem fraglichen Gegenstandsbereich des Diskurses Wahrheitsansprüche zu *Recht* erhoben werden, es also nicht nur um die Koordination von Meinungen geht. Zum anderen ist zu klären, welche Seite in der Beziehung Wahrheit-Konsens den aktiven, welche den passiven Part übernimmt. Vereinfacht formuliert: Ist die Behauptung wahr aufgrund ihrer Konsensfähigkeit, oder konsensfähig aufgrund ihrer Wahrheit?

Die erste Frage verbindet sich mit dem schwierigen Problem, ob im Zuständigkeitsbereich der praktischen Vernunft wahrheitsanaloge Geltungsansprüche erhoben werden können. *Habermas* vertritt für den Bereich der Moral bekanntlich eine kognitivistische Position: die Richtigkeit moralischer Normen müsse als wahrheitsanaloger Geltungsanspruch verstanden werden; anders lasse sich das moralische Sprachspiel unter den Bedingungen nachmetaphysischen Denkens nicht intakt halten<sup>51</sup>. Wie weit diese Argumentation trägt, ist hier nicht zu entscheiden. Wie bei allen „transzendentalpragmatischen“ Begründungen hängt ihre Durchschlagskraft an der Prämisse, dass das, was durch das zu Beweisende bedingt ist, tatsächlich unverzichtbar sei. Für den Bereich des Rechts ist die These, dass es bei der Urteilsbildung jedenfalls auch um kognitivistische Elemente geht, überzeugend. Die Richtigkeit der juristischen Entscheidung ist eher eine Funktion der kognitiven Kompetenz als der moralischen Urteilskraft des Richters. Krass formuliert: Um die korrekte Entscheidung finden zu können, muss man ein guter Jurist, nicht aber ein guter Mensch (oder

51 *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung, 1999, S. 271, 318.

auch: ein qualifizierter Moralphilosoph) sein. Jedenfalls nach dem Selbstverständnis der Rechtswissenschaft ist die Ermittlung der richtigen Entscheidung eher eine Aufgabe der theoretischen als der praktischen Vernunft<sup>52</sup>. Recht und Moral sind jeweils eigenständige Referenzsysteme. Bezugspunkt von Wahrheits- und Richtigkeitsansprüchen im Recht ist, soweit nicht das rechtliche Entscheidungsprogramm ausdrücklich moralische Standards einbezieht<sup>53</sup>, allein das geltende System von Rechtsnormen. Das bedeutet negativ: Bezugspunkte sind jedenfalls nicht unvermittelte Ansprüche der Gerechtigkeit und der sachlichen Richtigkeit. Das gilt unabhängig davon, ob man für eine rechtspositivistische oder für eine rechtsmoralistische Position optiert. Denn auch für den Rechtsmoralisten ist Bezugspunkt der rechtlichen Entscheidung allein das Recht. Der Unterschied liegt lediglich in den unterschiedlichen Geltungskriterien. Für den Rechtsmoralismus bestimmt sich die Geltung des Rechts und damit der Gehalt des Rechtssystems teilweise nach anderen Kriterien als für den Rechtspositivismus. Generell gilt: soweit bei der Rechtsentscheidung auf Gesichtspunkte der Gerechtigkeit oder der sachlichen Richtigkeit zurückgegriffen werden soll, müssen diese Gesichtspunkte argumentativ in das System des geltenden Rechts inkorporiert werden – sei es durch die hermeneutische Unterstellung der Vernünftigkeit des Gesetzes, sei es durch Rückgriff auf Naturrecht oder allgemeine Rechtsprinzipien.

Die zweite Frage, die Frage nach dem genauen Verhältnis von Wahrheit und (potentiellem) Konsens, zielt auf ein Strukturproblem nicht nur der Diskurstheorie, sondern aller prozeduraler Theorien. Wenn das (reale oder potentielle) Ergebnis eines bestimmten Verfahrens als

52 Hier sehe ich eine zentrale Schwierigkeit der Auffassungen, die den juristischen Diskurs als einen Sonderfall des allgemein-praktischen Diskurses interpretieren (näher dazu *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 83 ff.; zur Sonderfallthese grundlegend *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996, S. 263 ff.).

53 Zu den in diesen Fällen resultierenden Problemen der Grenzziehung zwischen Recht und Moral vgl. *Albers*, Die Institutionalisierung von Ethik-Kommissionen. Zur Renaissance der Ethik im Recht, *KritV* 86 (2003), S. 419 ff. Zum funktionalen Zusammenhang zwischen rechtlich institutionalisierter ethischer Bewertung und rechtlicher Beurteilung vgl. *Jung*, Entscheidungsprozesse bei medizin-ethischen Grenzfragen: Zur Rolle der Ethikkommissionen, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 401 ff.

notwendig richtig ausgezeichnet wird, lässt das grundsätzlich zwei Deutungen zu. Zum einen kann die Richtigkeit des Ergebnisses über die Verfahrensbedingungen definiert werden. Das ist etwa der Fall bei der Wette oder dem Glücksspiel. Wenn die Spielregeln eingehalten wurden, ist das Ergebnis *per definitionem* gerecht – auch dann, wenn das Große Los einen Nabob und nicht die Tippgemeinschaft aus der Vorstadt getroffen hat, die den Lospreis nur gemeinsam aufbringen konnte. Im Bereich der Gerechtigkeitstheorien spricht man hier von „reiner Verfahrensgerechtigkeit“<sup>54</sup>. Die reine Verfahrensgerechtigkeit ist auch das Prinzip demokratischer Abstimmungen: Soweit die Voraussetzungen eines fairen Wahlverfahrens eingehalten wurden, ist das Wahlergebnis richtig – auch wenn es aus der Sicht mancher Wähler oder Nichtwähler die bare Unvernunft repräsentieren mag. Zum andern kann die Annahme der Richtigkeit (Wahrheit, Gerechtigkeit) des Ergebnisses eines bestimmten Verfahrens auf der Erwartung beruhen, dass die Struktur des Verfahrens die Berücksichtigung aller relevanten Sachgesichtspunkte ermöglicht und insofern das richtige Ergebnis gewährleistet. In diesem Sinne versuchen moderne Prozessordnungen durch die Statuierung bestimmter Verfahrensgrundsätze (Unmittelbarkeitsprinzip, Mündlichkeitsprinzip, freie Beweiswürdigung) sicherzustellen, dass das Urteil auf einer korrekten Feststellung des Sachverhalts und insofern auf Wahrheit beruht.

Ordnet man die Konsenstheorie dem ersten Modell zu, so gewährleistet der unter idealen Verfahrensbedingungen erzielbare Konsens definitorisch die Wahrheit (Richtigkeit) des Ergebnisses. Das Ergebnis ist dann, im Sinne der ersten Alternative der Fragestellung, wahr (richtig) aufgrund des potentiellen Konsenses. Aber diese Deutung, die etwa für demokratische Abstimmungen zutrifft, ist für Verfahren, die der Gewinnung theoretischer oder praktischer Erkenntnisse dienen, wenig plausibel. Denn hier ist die Richtigkeit des Ergebnisses an die Berücksichtigung der relevanten Sachgesichtspunkte gebunden<sup>55</sup>. Ideale

54 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 106 f.

55 Dazu Gril, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus der Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 85 ff.

Verfahrensbedingungen im Sinne des Modells des idealen Diskurses können die Richtigkeit des Ergebnisses hier deshalb nur in einem negativen Sinne gewährleisten. Sie können Verzerrungen ausschließen, die aus der Asymmetrie der Kommunikationssituation, aus einer strukturbedingten Unterdrückung oder Fehlgewichtung von Argumenten resultieren können. Sie vermögen aber nicht zu gewährleisten, dass die besten Argumente erwogen und angemessen berücksichtigt werden. Und sie tragen nicht positiv zur Lösung der für das Ergebnis des Diskurses entscheidenden Aufgabe bei, gute Argumente von schlechten, gewichtige von weniger gewichtigen zu unterscheiden. Das Modell des idealen Diskurses steht für die Bereitschaft der Beteiligten, sich dem „eigentümlich zwanglosen Zwang des besseren Arguments“ (Habermas) zu beugen. Damit verlagert sich die Last der Legitimation des erzielten Ergebnisses von dem Gesichtspunkt des potentiellen Konsenses auf das materielle Kriterium der Begründetheit (Begründbarkeit).

#### f) Kohärenztheorie

Diesem begründungstheoretischen Ansatz kommen die wahrheitstheoretischen Modelle am nächsten, die unter dem Begriff der „Kohärenztheorie“ der Wahrheit zusammengefasst werden. „Kohärenz“ meint dabei mehr als Widerspruchsfreiheit (Konsistenz). Widerspruchsfreiheit ist eine *notwendige*, aber keine *hinreichende* Voraussetzung für die Wahrheit eines Systems von Aussagen. Die Kohärenztheorie der Wahrheit erweitert diese Voraussetzung der Konsistenz im Sinne einer über die formallogische Widerspruchsfreiheit hinausgehenden systematischen Stimmigkeit und Geschlossenheit<sup>56</sup>. Welche Anforderungen hier im einzelnen zu stellen sind, wird unterschiedlich beurteilt<sup>57</sup>. Als

56 Vgl. etwa *Puntel*, Artikel „Wahrheit“, in: Krings u.a. (Hrsg.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 1974, S. 1661; *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20 (1989), S. 163 ff.

57 Guter Überblick zu den unterschiedlichen kohärenztheoretischen Ansätzen in der allgemein-philosophischen wie insbesondere in der rechtsphilosophischen Diskussion bei *Bracker* (Anm. 20), *passim*.

universale Wahrheitstheorie ist die Kohärenztheorie zu schwach, weil sie das für die Wahrheitsfunktion im Bereich raum-zeitlicher Gegebenheiten unverzichtbare Moment der Relation von Aussage und Sachverhalt nicht erfassen kann, das die Korrespondenztheorie ihrerseits zu Unrecht zum allgemeingültigen Wahrheitskriterium erhebt. Für den Bereich rechtswissenschaftlicher Aussagen, in dem die Annahme korrespondierender Sachverhalte eine Fiktion darstellt, ist dieses Wahrheitsmodell dagegen von erheblicher Attraktivität, weil es zentrale methodische Standards (der Wertungskonsistenz und der argumentativen Konsequenz) widerspiegelt<sup>58</sup>. Seine Schwäche liegt darin, dass mit dem Kriterium der Kohärenz – soll der Begriff nicht alle Konturen verlieren – nur *bestimmte* Standards der juristischen Argumentation erfasst werden können. Stellt man bei der Entscheidung über die Richtigkeit (Wahrheit) einer Aussage über das Recht auf den Gesichtspunkt der Begründetheit der Aussage ab, dann sind aber *alle* nach den Standards der Rechtswissenschaft relevanten Argumente zu berücksichtigen.

### g) Begründbarkeit als Wahrheitskriterium

#### aa) Wahrheit als Funktion von Argumentation

Für den Bereich rechtlicher Normen und Entscheidungen bedeutet das: Wahr (oder: richtig) ist eine rechtliche Aussage dann, wenn sie anhand der juristischen Argumentationsregeln gerechtfertigt werden kann<sup>59</sup>.

58 Der Kohärenztheorie im rechtstheoretischen Schrifttum zumindest nahestehend Bracker (Anm. 20) (mit differenzierender Bilanz S. 244 f.); Klaus Günther (Anm. 56) für den Bereich des von ihm vom „Begründungsdiskurs“ unterschiedenen „Anwendungsdiskurses“ (zust. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 265 ff.); Strauch (Anm. 20); vgl. auch Alexy/Peczenik, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 130 ff.

59 Patterson, Recht und Wahrheit, 1996: Eine rechtliche Aussage sei nicht dann wahr, wenn sie zutreffend eine Beziehung zwischen einer Aussage und einem Sachverhalt benenne, sondern dann, „wenn ein kompetenter juristischer Akteur ihre Behauptung rechtfertigen kann“ (S. 173). In diesem Sinne schon Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963: „Eine richtige Entscheidung ist eine methodengerecht begründete Entscheidung“ (S. 14).

Das scheint mir in der Tat das einzig plausible Wahrheits- bzw. Richtigkeitskriterium im Bereich rechtlicher Aussagen zu sein. Die Richtigkeit der Entscheidung ist eine Funktion der Entscheidungsbeurteilung. In diesem Punkt unterscheidet sich die Rechtswissenschaft von den Naturwissenschaften, vermutlich auch von den meisten sozialwissenschaftlichen Disziplinen. Die Wahrheit einer physikalischen Theorie ist keine Funktion der für sie angeführten Begründung; die Theorie kann zutreffen, die Begründung untauglich sein bis zur Abwegigkeit<sup>60</sup>. Dagegen konstituiert die Qualität der juristischen Begründung die Qualität der von ihr gestützten Entscheidung. Dieselbe Rechtsauffassung kann mit einer bestimmten Begründung vertretbar, mit einer anderen unvertretbar sein. Welche Argumentation akzeptabel, welche inakzeptabel ist, entscheidet sich anhand von Argumentationsstandards, die in der Rechtskultur einer Gesellschaft wurzeln und damit zeitlichem Wandel unterliegen. Die daraus resultierende kulturelle und historische Relativität rechtswissenschaftlicher Aussagen ist unter dem Gesichtspunkt ihres Richtigkeitsanspruchs unproblematisch, weil sie durch die stillschweigende Berücksichtigung entsprechender Indizes neutralisiert wird: Aussagen über die Rechtslage beziehen sich jeweils auf das *hic et nunc* geltende Rechtssystem und orientieren sich damit an den Standards der Rechtskultur, in die es eingebettet ist.

Gefährlicher für den Richtigkeitsanspruch rechtswissenschaftlicher Aussagen ist der offen zutage liegende Befund, dass auch die *hic et nunc* geltenden Argumentationsstandards übereinstimmende Aussagen über den normativen Gehalt der Rechtsordnung häufig nicht zu gewährleisten vermögen, so dass die Vermutung nahe liegt, nach dem Kriterium der Begründbarkeit seien in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen vertretbar und in diesem Sinne „richtig“. Zeigt nicht die Erfahrung heterogener Gerichtsentscheidungen und rechtsdogmatischer Kontroversen, dass sich häufig gegensätzliche Entscheidungen und Rechtsregeln methodengerecht begründen lassen? Führt damit das vorgeschlagene Richtigkeitskriterium der „Begründbarkeit“

60 Näher dazu und zum folgenden Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 6 f.



nicht zu einer erheblichen Relativierung des Richtigkeitsanspruchs im Rechtsdenken?

*bb) Die Heterogenität juristischer Argumentationsstandards*

Die Frage gewinnt zusätzliches Gewicht durch eine wissenschaftstheoretische Besonderheit der Rechtswissenschaft, die sich auf die Struktur des juristischen Argumentationspotentials bezieht. Die Argumente, die bei der Erörterung der Frage vorgebracht werden können, ob eine bestimmte Rechtsregel als Bestandteil eines bestimmten Rechtssystems anzuerkennen ist, sind von unterschiedlichem Typus und differenter Stoßrichtung. Die Rechtswissenschaft ist in diesem Sinne eine Disziplin auf *heterogener Basis*<sup>61</sup>. Das heißt: Dem Argument des Typs A1, das für die Anerkennung der Regel R1 spricht (Pro-Argument), lässt sich regelmäßig ein Argument des Typs A2 gegenüberstellen, das die Ablehnung dieser Regel stützt (Contra-Argument). Am Beispiel der berühmt-berüchtigten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Preußischen Forstdiebstahlgesetz (BGHSt 10, 375): Zu entscheiden war, ob ein Straftatbestand, der seinem Wortlaut nach voraussetzt, dass der Täter einen Forstdiebstahl mittels eines „bespannten Fuhrwerks“ begangen hat, anwendbar ist, wenn der Täter zu diesem Zweck ein Kraftfahrzeug einsetzt. Der Wortlaut des Gesetzes spricht klar dagegen: Ein Kraftfahrzeug wird durch Motor-kraft bewegt, nicht durch eingespannte Zugtiere, ist also kein „bespanntes Fuhrwerk“. Dagegen legt es die Zielrichtung des Gesetzes nahe, die Frage zu bejahen. Denn erfasst werden sollen durch den Tatbestand mit erhöhter Strafdrohung die Fälle, in denen der Täter Vorrichtungen getroffen hat, um eine größere Menge entwendeten Holzes abtransportieren zu können. Unter diesem Gesichtspunkt müsste der Einsatz eines Kraftfahrzeugs der Verwendung eines bespannten Fuhrwerks gleichgesetzt werden. Das Wortlautargument

61 Näher dazu *Eike von Savigny*, Die heterogene Basis als wissenschaftstheoretisch bedeutsames Merkmal der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: *Neumann/Rahlf/v.Savigny*, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 144 ff.

einerseits, das teleologische Argument andererseits stützen damit entgegengesetzte Entscheidungen.

Der Beispielfall zeigt das Problem der Heterogenität der juristischen Argumente in modellhafter Vereinfachung. Denn bei juristischen Streitfragen wird die Argumentationslage typischerweise von einer Vielzahl von Argumenten unterschiedlichen Typs geprägt. Neben Wortlautargumenten und teleologischen Erwägungen lassen sich, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, etwa historische, genetische und systematische Argumente unterscheiden, ferner solche, die sich auf Entscheidungsfolgen, auf allgemeine Rechtsprinzipien oder auf Forderungen der Gerechtigkeit beziehen<sup>62</sup>. Diese Vielfalt von Argumenttypen hängt mit der Mehrdimensionalität der Aufgabe zusammen, die sich der Rechtswissenschaft (in der Justiz wie im Bereich der akademischen Forschung) bei der Ausarbeitung des rechtlichen Regelsystems stellt: Die von der Rechtswissenschaft formulierten Regeln müssen zum einen jedenfalls grundsätzlich (eine Ausnahme gilt etwa in den Fällen einer offenen richterlichen Rechtsfortbildung) an Rechtssetzungsakte des Gesetzgebers rückzukoppeln sein. Zum andern ist zu gewährleisten, dass die rechtlichen Regeln und Entscheidungen den Anforderungen entsprechen, die unter den Gesichtspunkten von Gerechtigkeit und praktischer Vernünftigkeit an die Tätigkeit der Justiz zu stellen sind. In diesem Sinne kann man im Bereich der juristischen Argumentation grundsätzlich zwischen *Autoritätsargumenten* einerseits, *Sachargumenten* andererseits unterscheiden<sup>63</sup>. Typische Autoritätsargumente sind etwa die Berufung auf den Willen des Gesetzgebers oder das Argument des Wortlauts des Gesetzes; typische Sachargumente sind die Gerechtigkeit einer Rechtsregel, ihre

62 Die Vorschläge zur Klassifikation weisen erhebliche Unterschiede auf. Vgl. etwa Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl. 1996, S. 285 ff.; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl. 1997, S. 216 ff.; Schroth, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, in: Hassemer/Kaufmann/Neumann (Hrsg.), *Argumentation und Recht*, ARSP-Beiheft Nr. 14 (1980), S. 119 ff., 122 f.

63 Näher dazu Norbert Horn, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* 6 (1975), S. 145 ff.; zusammenfassend Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl. 2004, S. 333 ff., 337 f.

Vernünftigkeit, die positiven Folgen ihrer Anwendung. Schließlich muss das Rechtssystem auch die Konsistenz des Regelapparats gewährleisten; diesem Ziel dienen etwa die systematische Auslegung und das Argument der Einheit der Rechtsordnung.

Für den Richtigkeitsanspruch rechtswissenschaftlicher Aussagen bedeutet der Befund der heterogenen Basis der juristischen Argumentation unter zwei Gesichtspunkten eine Irritation. Zum einen handelt es sich bei der Liste der verwendeten Argumenttypen keineswegs um einen allgemein akzeptierten Kanon; so besteht etwa in der Frage, ob bzw. inwieweit bei der rechtsdogmatischen Regelbildung die tatsächlichen Folgen der entsprechenden Rechtspraxis berücksichtigt werden dürfen, keineswegs Einigkeit<sup>64</sup>. Insbesondere ist im Strafrecht die Zulässigkeit kriminalpolitischer Argumente bei der Gesetzesinterpretation umstritten. Zum andern zwingt das Neben- und Gegeneinander von – jeweils validen – Pro- und Contra-Argumenten bei juristischen Streitfragen zu einer Gewichtung der einzelnen Entscheidungsgründe, die man sich nach dem Modell eines Parallelogramms der Argumente vorstellen kann: Die einzelnen Argumente lassen sich als Vektoren interpretieren, deren Stoßrichtung und Gewicht die richtige Entscheidung bei der Regelbildung als Resultante bestimmen.

### *cc) Die Struktur juristischer Abwägungsprozesse*

Ob dieses Verfahren der Abwägung von Argumenten zu eindeutigen Ergebnissen führt, hängt davon ab, ob sich klare Regeln für die relative Gewichtung von Argumenten formulieren lassen. In der juristischen Methodenlehre wird diese Frage als Problem der Rangfolge von Auslegungskriterien erörtert<sup>65</sup> und kontrovers beantwortet. Soweit eine Hierarchie bejaht wird, stellt man überwiegend – unter

64 Ausführlich und mit Nachw. zum Diskussionsstand *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.

65 Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 343 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 553 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 127 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 192 ff.

Berufung auf das Prinzip der Gesetzesbindung – Autoritätsargumente wie den Willen des historischen Gesetzgebers und den Wortlaut des Gesetzes an die Spitze<sup>66</sup>. Indes dürfte die Annahme einer festen Rangordnung an dem Befund scheitern, dass Argumente desselben Typs in unterschiedlichen Begründungskontexten von ganz unterschiedlichem Gewicht sind<sup>67</sup>. Das liegt etwa für *Folgenargumente* auf der Hand. Die Konsequenzen einer bestimmten Gesetzesauslegung können in höchst unterschiedlichem Maße erwünscht oder unerwünscht sein – die Negativskala etwa reicht von „unerfreulich“ bis zu „schlechthin unerträglich“ (letzteres etwa in dem Fall, dass die Bejahung der Nichtigkeit eines Gesetzes *ab initio* zu schlechterdings nicht zu bewältigenden Rückabwicklungsproblemen führen würde). Entsprechendes gilt aber auch für nahezu alle anderen Argumenttypen. So kann der *Wille des Gesetzgebers* klar und nachdrücklich, oder aber nur andeutungsweise und verschwommen zum Ausdruck gekommen sein. Das *Wortlautargument* ist bei der Entscheidung der Frage, ob eine „Bande“ im Sinne des Tatbestands des Bandendiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB) aus zwei Personen bestehen kann, gewichtiger als bei der Frage, ob jedenfalls die Beteiligung dreier Personen ausreicht. Die Relevanz der *systematischen Auslegung* schließlich hängt in concreto davon ab, wie bedeutsam die drohenden Inkonsistenzen erscheinen, ob es beispielsweise um die Vermeidung logischer Widersprüche oder aber lediglich um die Gewährleistung von Wertungskonsistenz im Verhältnis verschiedener Rechtsgebiete zueinander geht.

66 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 176 ff.; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996, S. 303 ff., 305 („Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen“).

67 So auch Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 166; skeptisch gegenüber der Möglichkeit bzw. der Notwendigkeit der Erstellung einer Rangfolge auch Brugger, AöR 119 (1994), S. 21 ff., 32; Hassemer, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (1986), S. 195 ff., 204; Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, S. 93f.; Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 595; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 8. Aufl. 2003, S. 58, 62 f.

Eine Ausnahme von diesem Prinzip des kontextvariablen spezifischen Gewichts von juristischen Argumenten (Argumenttypen) gilt für Argumente, die binär strukturiert sind, also nicht nach dem Prinzip des „Mehr oder weniger“ sondern nach dem Ja/Nein-Schema funktionieren und durch Argumente anderen Typs nicht überspielt werden können. Ein Beispiel ist das Argument der *Menschenwürde*. Jedenfalls nach dem traditionellen Verständnis des Menschenwürdeprinzips ist ein Eingriff, der die Würde des Betroffenen verletzt, unter allen Umständen, also: unabhängig davon, welche Argumente für diesen Eingriff sprechen könnten, verboten. Konkret: Die Folterung eines Menschen ist als Verletzung der Menschenwürde auch dann unzulässig, wenn sie mit dem Ziel der Rettung des Lebens anderer Personen begründet wird<sup>68</sup>. Ein anderes Beispiel bildet der verfassungsrechtliche Grundsatz des *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine strafbarkeitsbegründende Gesetzesauslegung, die mit dem Wortlaut des Gesetzes schlechterdings nicht mehr vereinbar ist, kommt nicht in Betracht – gleichgültig, wie gewichtig die Argumente für eine Bestrafung des fraglichen Verhaltens sein mögen. Das *nullum crimen*-Prinzip setzt der Berücksichtigung aller Gegenargumente eine unübersteigbare Schranke.

Von solchen eng begrenzten Ausnahmen abgesehen erfordert das für juristische Streitfragen charakteristische Neben- und Gegeneinander unterschiedlicher Argumente eine Abwägung<sup>69</sup>, für die es allgemein anerkannte generelle Regeln nicht gibt. Und selbst bei juristischen Diskussionen, in denen sich eine Seite auf nicht abwägbare Argumente wie das Prinzip der Menschenwürde oder den *nullum crimen*-Grundsatz stützt, ist die Partie noch nicht entschieden. Denn der Opponent kann zwar – nach traditionellem Verständnis des Art 1 Abs. 1 GG – nicht bestreiten, dass ein Eingriff in Rechte und Interessen eines Bürgers unter allen Umständen unzulässig ist, wenn er die

68 Zur Diskussion etwa *Saliger*, Absolutives im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, ZStW 116 (2004), S. 35 ff.

69 Zur Struktur der juristischen Abwägung vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 79 ff., 143 ff.; *Enderlein*, Abwägung in Recht und Moral, 1992; *Sieckmann*, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: Rechtstheorie 26 (1995), S. 45 ff.

Würde des Menschen verletzt. Sehr wohl aber kann er bestreiten, dass tatsächlich eine Verletzung der Würde des Betroffenen vorliege. Ebenso kann niemand behaupten, eine Bestrafung sei trotz Verstoßes gegen das *nullum crimen*-Prinzip in Hinblick auf überragende Gemeinschaftsbelange gerechtfertigt. Man kann die Argumentationssperre aber mit der Behauptung überwinden, dieses Prinzip sei gar nicht tangiert. Das entspricht der Argumentationsstrategie des BGH in den Strafverfahren, die wegen tödlicher Schüsse auf „Republikflüchtlinge“ an der Grenze der ehemaligen DDR gegen Angehörige der Grenztruppen geführt wurden. Auch soweit die Schüsse durch gesetzliche Bestimmungen des damaligen DDR-Rechts ausdrücklich gerechtfertigt waren, wurde eine Strafbarkeit – bezogen auf die Tatzeit und die Rechtsordnung der DDR – mit der Begründung bejaht, die einschlägigen Bestimmungen des DDR-Rechts seien wegen Verstoßes gegen naturrechtliche Normen nichtig gewesen<sup>70</sup>. Das heißt: selbst die Ergebnissicherheit, die in der juristischen Argumentation mit dem Einsatz abwägungsfester „Trümpfe“ erreichbar zu sein scheint, ist trügerisch. Führt damit, nochmals gefragt, das Kriterium der Begründetheit nicht zu einer gravierenden Schwächung des Richtigkeitsanspruchs von Rechtsbehauptungen?

Diese Folgerung wäre voreilig. Denn sie hängt davon ab, mit welchem Akzent man den Begriff der „Begründetheit“ versteht. Interpretiert man ihn in einem empirisch-soziologischen Sinne, dann resultiert in der Tat eine weitgehende Relativierung des Richtigkeitsanspruchs in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: vertretbar ist danach alles, was die juristische scientific community einem Kollegen nicht als Fehler ankreidet – und das lässt einen erheblichen Spielraum für einander

70 So das an der „Radbruchschen Formel“ orientierte zentrale Argument der komplexen und in ihrer Verbindung von überpositivem Recht, Völkerrecht und nationalem (DDR-)Recht nicht völlig transparenten Entscheidung BGHSt 39, I (ähnlich BGHSt 41, 101). Zutr. Kritik an dieser Argumentationsstrategie bei *Horst Dreier*, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, S. 421. Weitere Nachw. zur Diskussion bei *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, Lüderssen-FS 2002, S. 109 ff.

widersprechende, aber in gleicher Weise vertretbare Positionen. Man kann den Begriff der Begründbarkeit aber auch in einem strengeren, normativ aufgeladenen Sinne verstehen. Begründbar ist dann nur *die* Auffassung, die sich als Funktion der *richtigen* Begründung ergibt, d. h.: einer Argumentation, die sich durch vollständige Berücksichtigung aller relevanten Argumente und deren zutreffende Gewichtung auszeichnet. Der Rekurs auf die Begründung als Richtigkeitskriterium ist deshalb mit einem anspruchsvollen Verständnis der Wahrheit rechtlicher Aussagen durchaus vereinbar. Es ist insofern aufschlussreich, dass die These der einzig richtigen Entscheidung (jedenfalls als „regulative Idee“: dazu unter 3. b) gerade von Rechtsphilosophen vertreten wird, die dem Modell der „Richtigkeit kraft Begründung“ nahe stehen<sup>71</sup>. Die entscheidende Frage heißt, ob die Annahme, es gebe für alle Rechtsfälle nur eine einzig richtige Entscheidung, erkenntnistheoretischer Kritik standhält.

### 3. Theorie der einzig richtigen Entscheidung

#### a) Ontologische Deutung

Entwickelt wurde die These der einzig richtigen Entscheidung im heutigen Diskussionskontext von *Ronald Dworkin*<sup>72</sup> in seiner Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus, insbesondere mit *H. L. A. Hart*. Nach *Hart* lassen die Regeln des positiven Rechts jedenfalls in

71 *Alexy*, Probleme der Diskurstheorie (1989), in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 109, 121 f.; *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Recht und Moral, 1988, S. 345 ff.; *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung, 1999, S. 271 ff., 300 (für moralische Kontroversen; sehr differenziert zum Problem der einzig richtigen Rechtsentscheidung in Auseinandersetzung mit *Dworkin* *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 248 ff.); *Sieckmann*, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: *Rechtstheorie* 26 (1995), S. 45 ff., 69; *Lorenz Schulz*, Normiertes Misstrauen (Anm. 7), S. 241 ff.

72 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984 (engl. Original „Taking Rights Seriously“, 1977), S. 144 ff., 448 ff., 529 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, 1985, S. 119 ff.; *ders.*, Law's Empire, 1986, S. 211 ff.

bestimmten Fällen einen Spielraum, innerhalb dessen keine rechtliche Bindung des Richters, sondern nur eine Entscheidung nach Ermessen möglich ist<sup>73</sup>. Demgegenüber vertritt *Dworkin* die Auffassung, die Entscheidung des Richters sei durch Rechtsnormen selbst in schwierigen Fällen („hard cases“) vollständig determiniert. Zwar ergebe sich diese Entscheidung nicht notwendig aus den rechtlichen *Regeln*, wohl aber aus der Gesamtheit der Rechtsnormen, zu denen neben den Regeln auch die *Prinzipien* des Rechts zählen. Diesem Modell einer rechtlich vollständig determinierten Entscheidung entspricht die Vorstellung einer nach rechtlichen Maßstäben einzig richtigen Entscheidung. Sie läuft darauf hinaus, die tatsächliche Vielfalt kontroverser Rechtsauffassungen nicht einer Mehrdeutigkeit des Rechts, sondern ausschließlich der mangelnden Fähigkeit des Juristen zur Erkenntnis des wirklichen Rechts zuzuschreiben. Schuld an den Meinungsverschiedenheiten der Juristen ist danach nicht ein Regelungsdefizit der Rechtsordnung, sondern ein Erkenntnisdefizit auf Seiten der sie handhabenden Personen.

*Dworkin* illustriert diese These durch ein Bild von hoher suggestiver Kraft. Ein Richter mit übermenschlichen Fähigkeiten, den *Dworkin* Herkules nennt, wäre den Zweifeln des minderbegabten Richters – Herbert – nicht unterworfen<sup>74</sup>. Aber die suggestive Kraft dieses Bildes ist höher als sein Beweiswert. Denn auch ein Herkules kann, gleichgültig, welche Arbeit man ihm überträgt – ob er den Stall des Augias ausmisten, die Äpfel der Hesperiden entwenden oder die richtige Entscheidung finden soll – seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn diese Aufgabe hinreichend präzise formuliert ist (und wenn die Objekte des ihm auferlegten Handelns tatsächlich existieren). Mit anderen Worten: Das Bild des juristischen Herkules *illustriert* die Idee der einzig richtigen Entscheidung, trägt aber zu ihrer Begründung nichts bei<sup>75</sup>. Jedenfalls schultert *Dworkins* Herkules nicht die Begrün-

73 *Hart*, Der Begriff des Rechts, 1973 (engl. Original „The Concept of Law“, 1971), S. 173 ff.

74 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 182 ff.

75 „Der Hinweis auf Herkules (oder einen ideal observer oder den Weisen in der Ethik) ist zirkulär und setzt voraus, dass wir bereits im Besitz eines Kriteriums sind, das es



dungslast, die mit der These der einzig richtigen Entscheidung verbunden ist. Diese Last wiegt schwer. Denn die Möglichkeit einer einzig richtigen Entscheidung setzt voraus, dass sich all die kontroversen Präjudizien und Rechtsprinzipien einer Gesellschaft zu einem ausgewogenen Ganzen fügen, dass also nicht nur alle relevanten Argumente feststehen, sondern auch ihr genauer Stellenwert vorgegeben ist. Das aber setzt wiederum eine Gesellschaft voraus, in der eine unterschiedliche Gewichtung von Rechtsprinzipien nicht möglich ist. Diese Voraussetzung ist für pluralistische Gesellschaften wenig plausibel. In ihrer von *Dworkin* jedenfalls ursprünglich vertretenen „starken“ Fassung, als Behauptung der Existenz einer prinzipiell erkennbaren einzig richtigen Entscheidung<sup>76</sup> ist diese Theorie deshalb kaum aufrecht zu erhalten<sup>77</sup>.

#### b) *Interpretation als regulative Idee*

Das bedeutet nicht, dass die Idee der einzig richtigen Entscheidung aus dem Arsenal von Rechtstheorie und juristischer Methodenlehre ersatzlos zu streichen wäre. Denn sie entspricht zwar nicht dem „objektiven“ rechtstheoretischen Befund, wohl aber der Perspektive des Richters, der nach der einzig richtigen Entscheidung zu suchen,

uns erlaubt, zwischen philosophischen und unphilosophischen Richtern zu unterscheiden“ (*Jean-Claude Wolf*, Gesetzesregeln und Gesetzesprinzipien, in: *Wesche/Zanetti* [Hrsg.], *Dworkin in der Diskussion*, 1999, S. 345 ff., 364).

76 Ob *Dworkin* in späteren Arbeiten tatsächlich uneingestanden von dieser Auffassung abgerückt ist (so *Wesche*, *Auslegung, Fortbildung oder Schöpfung des Rechts? Überlegungen zur juristischen Interpretation anhand der Theorie Ronald Dworkins*, in: *Wesche/Zanetti* [Hrsg.], *Dworkin in der Diskussion*, 1999, S. 254, 284), ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung.

77 Zur Kritik vgl. aus der kaum noch überschaubaren Diskussion etwa *Aarnio*, *One Right Answer and the Majority Principle*, in: *H.J. Koch/U. Neumann* (Hrsg.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP-Beiheft 53 (1994), S. 36 ff.; *Alexy*, *Probleme der Diskurstheorie* (1989), in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 109, 121 f.; *Grasnick*, *Beobachtungen der Juristen – und das Vorbeisehen an ihnen*, ARSP 85 (1999), S. 233 ff., 235 f., *Koller*, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 1997, S. 180 ff.; *diff. Bittner*, *Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*, 1988, S. 230 ff.

nicht aber zwischen mehreren vertretbaren Entscheidungen zu würfeln hat. Anders formuliert: Die rechtstheoretische Einsicht, dass jedenfalls in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen mit guten Gründen vertreten werden können, taugt nicht als Maxime richterlichen Handelns. Der Richter sollte in seiner Entscheidungspraxis so verfahren, *als ob* in jedem Fall nur eine Entscheidung richtig wäre. Von den Argumenten, die sich dafür anführen lassen, sei hier zunächst das der Gleichbehandlung genannt<sup>78</sup>. Soweit Gerichte – wie in Deutschland – grundsätzlich (d.h.: mit wenigen Ausnahmen) nicht gehalten sind, sich an der Rechtsprechung anderer Gerichte zu orientieren, kann Gleichbehandlung nur über die Idee gewährleistet werden, dass von zwei einander widersprechenden Entscheidungen notwendigerweise eine falsch sein muss<sup>79</sup>. Denn eine Notwendigkeit der Harmonisierung von unterschiedlichen, aber gleichermaßen vertretbaren Entscheidungen würde sich hinsichtlich der Spruchfähigkeit unterschiedlicher Gerichte ebenso wenig ergeben wie hinsichtlich der Gesetzgebungsakte in verschiedenen Bundesländern.

Gewichtiger noch sind die Konsequenzen, die sich hinsichtlich der richterlichen Entscheidungsfindung und -begründung ergeben. Zur Maxime richterlicher Urteilstätigkeit erhoben, würde das Prinzip der Vertretbarkeit unterschiedlicher Entscheidungen zur Methode aleatorischer Rechtsfindung tendieren: Geht der Richter davon aus, dass mehrere alternative Entscheidungen in gleicher Weise (!) vertretbar sind, so erübrigt sich die Suche nach der richtigen Lösung. Die Entscheidung kann dann nur im Wege der Dezision getroffen und müsste in der Urteilsbegründung entsprechend ausgewiesen werden. Soll umgekehrt gerade die Richtigkeit *dieser* Entscheidung begründet werden, ist eine differenzierte Abwägung aller Argumente bei der Entscheidungsfindung wie bei der Entscheidungsbegründung in Orientierung an dem Ziel der „einzig richtigen Entscheidung“ unabdingbar. Dass nur dieses Verfah-

78 Dazu etwa *Bleckmann*, Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, JZ 1995, S. 685, 686.

79 Vgl. etwa *Tolksdorf*, Revision und tatrichterlicher Beurteilungsspielraum bei der Gesetzesanwendung, in: Strafvollstreckungsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, 2001, S. 523, 534.

ren der vollständigen Entscheidungsbegründung den Handlungsbedingungen richterlicher Tätigkeit (und damit auch der diese kritisch begleitenden Rechtswissenschaft) genügt, bedarf keiner Hervorhebung. Eine „Begründung“, der zufolge das Urteil ebenso gut anders hätte ausfallen können, wäre nicht nur seltsam, sie wäre fehlerhaft. Der Richter muss sich nicht nur entscheiden, er muss auch den Anspruch der Richtigkeit seiner Entscheidung erheben.

Dieser Befund lässt sich in der These formulieren: Nicht als Existenzbehauptung, wohl aber als „regulative Idee“ ist die Idee der einzig richtigen Entscheidung in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zugrunde zu legen<sup>80</sup>. Für die Begründung dieses Modells bedeutet das die Umstellung von einer rechtstheoretischen auf eine rechtspraktische Argumentation. Die an einer juristischen Diskussion Beteiligten müssten notwendig den Anspruch erheben, dass ihre Position die einzig richtige sei<sup>81</sup>. Argumentiert wird hier auch mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gewaltenteilung, dem die These der einzig richtigen Entscheidung entspreche<sup>82</sup>. Damit geht es in der Sache nicht mehr um die theoretische Ausweisbarkeit, sondern um die praktische Funktion von Wahrheitsansprüchen, und ich komme zu dem zweiten Teil meiner Überlegungen.

### III. Zur Funktion von Wahrheitsansprüchen im Rechtssystem

#### 1. Legitimation durch Wahrheit vs. Legitimation durch Autorität

Die Frage nach der Funktion von Wahrheit im Rechtssystem führt in einer ersten Annäherung zu dem Gedanken der Legitimation, der Rechtfertigung. Die richtige Entscheidung ist die gerechtfertigte und

80 Alexy, Probleme der Diskurstheorie (1989), in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 109, 121 f.; Sieckmann, Begründung (Anm. 69), S. 69; Lorenz Schulz, Normiertes Misstrauen (Anm. 7), S. 245 ff. Zur Bedeutung des Ziels der „einzig richtigen Antwort“ in moralphilosophischen Diskursen Habermas, Richtigkeit (Anm. 29), S. 300.

81 Alexy, Probleme (Anm. 80), S. 121f.

82 Lorenz Schulz, Normiertes Misstrauen (Anm. 7), S. 273.

damit die legitime Entscheidung. Als Kriterium legitimen Rechts tritt Wahrheit, verstanden als inhaltliche, materielle Richtigkeit eines Rechtsaktes, in Konkurrenz zu einer anderen Quelle rechtlicher Legitimität: der *auctoritas*. Dabei ist der scharfe Gegensatz von *auctoritas* und Wahrheit das Ergebnis einer Entwicklung, in deren Verlauf sich Wahrheit von einem „ritualisierten, wirksamen und gerechten Akt der Aussage“ hin zu dem Gehalt dieser Aussage verschiebt<sup>83</sup>. Rechtstheorie und Rechtswissenschaft haben diese Ausdifferenzierung von Wahrheit und Autorität bis heute nur eingeschränkt vollzogen. Das gilt für die persönliche wie für die institutionelle Autorität des Richters.

#### a) Entscheidungslegitimation durch die Richterpersönlichkeit

In der Freirechtsschule korrespondiert die Idee einer Legitimation der Entscheidung durch die *Persönlichkeit* des Richters mit der Skepsis, die man gegenüber der Möglichkeit der Wahrheit, der als Übereinstimmung mit dem Gesetz zu verstehenden Richtigkeit des Urteils hegt. Dass die richterliche Entscheidung durch das Gesetz nicht vollständig determiniert wird und insofern die Individualität des Richters, seine Persönlichkeit, in diese Entscheidung mit eingeht, ist der Tenor der von den Vertretern der Freirechtsschule am Subsumtionsdogma geübten Kritik<sup>84</sup>. Ihre schärfste Zuspitzung erfährt die Gegenüberstellung von Wahrheit und Persönlichkeit, von Verstandeseinsicht und Wille bei *Hermann Kantorowicz*: An die Stelle der Idee eines Erkenntnisaktes des Richters treten die Vorstellung und das Postulat einer richterlichen Rechtsgestaltung durch einen Willensakt: „Immer ist es der Wille, der den Verstand am Gängelbände führt“<sup>85</sup>. Das Verfahren der – scheinbaren – logischen Deduktion des Ergebnisses aus dem Gesetz stehe „im Dienste nicht der Wahrheit, sondern des Interesses“<sup>86</sup>. Gerechtigkeit wird ausdrücklich nicht an Wahrheit,

83 *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 1991, S. 14.

84 Vgl. schon *Ehrlich*, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, S. 29.

85 Gnaeus Flavius (= *Hermann Kantorowicz*), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 22.

86 A.a.O. S. 37.

sondern an die Persönlichkeit des Richters gebunden: „Nur wo *Persönlichkeit* ist, – ist Gerechtigkeit“<sup>87</sup>. Ihren Höhepunkt findet diese Apotheose der Richterpersönlichkeit schließlich in der geradezu blasphemischen Parallelisierung von irdischem und göttlichem Richter in der berühmten, gegen die Pflicht zur Begründung des Urteils gerichteten Sentenz von *Kantorowicz*, schließlich verlange der Gläubige ja auch vom jüngsten Gericht keine Entscheidungsbegründung<sup>88</sup>. Derartige quasitheologische Überhöhungen des Richterbildes in der Freirechtsschule, die von *Kantorowicz* ausdrücklich in Analogie zu der freireligiösen Bewegung verstanden wird<sup>89</sup>, gehören heute der Ideengeschichte an. Aber der Gedanke, dass konstitutiv für die Richtigkeit des Urteils auch und gerade dessen Übereinstimmung mit der Persönlichkeit des Richters ist, findet sich auch im aktuellen rechtsphilosophischen Schrifttum<sup>90</sup>. Die Einsicht, dass sich individuelle Dispositionen des Richters bei der rechtsprechenden Tätigkeit nicht ausschließen lassen, wird damit ins Positive gewendet. Aber diese apologetische Deutung des unvermeidbaren subjektiven Elements richterlicher „Rechtsfindung“ ist jedenfalls aus der Sicht der Betroffenen wenig überzeugend. Denn für sie enthält diese Interpretation nicht nur die Feststellung, sondern auch die Legitimation des Befundes, dass es von der Person des Richters abhängt, ob sie als Angeklagte freigesprochen oder verurteilt werden, ob sie als Parteien im Zivilverfahren den Prozess gewinnen oder verlieren. Überspitzt formuliert: Was für den Richter die Anerkennung des Wertes seiner individuellen Persönlichkeit darstellt, gerät aus der Sicht der Betroffenen zwangsläufig zur Rechtfertigung richterlicher Willkür.

87 A.a.O. S. 47.

88 A.a.O. S. 42. Einige Seiten später schreibt *Kantorowicz*: „... nur wo *Persönlichkeit* ist, – ist Gerechtigkeit“ (S. 47).

89 A.a.O. S. 13.

90 Vgl. etwa *Arthur Kaufmann*, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit (1974), in: *ders.*, Über Gerechtigkeit, 1993, S. 141 ff. (im Anschluss an *Karl Peters*).

## b) Entscheidungslegitimation durch institutionelle Autorität

Während die erörterten Auffassungen die Richtigkeit der Entscheidung mit der Persönlichkeit des Richters in Verbindung setzen, wird andererseits ein Zusammenhang zwischen Richtigkeit und institutioneller Autorität des Richters hergestellt. Das geschieht exemplarisch in den materiellrechtlichen Rechtskraftlehren<sup>91</sup>, aber auch in der Theorie des richterlichen Gestaltungsaktes bei der Strafzumessung.<sup>92</sup> Die materiellrechtliche Rechtskraftlehre „löst“ das Problem der Rechtskraft des sachlich unrichtigen, weil den verbindlichen Regeln des materiellen Rechts nicht entsprechenden Urteils mit einem Schwertstreich: Die materielle Rechtslage wird durch das Urteil geändert, so dass sich die Kluft zwischen Urteil und materiellem Recht schließt. Der Grundgedanke: Kann man nicht sicherstellen, dass die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung dem materiellen Recht folgt, so muss eben das materielle Recht dieser Entscheidung folgen. Der Entscheidungsakt wird damit für die Richtigkeit des Urteils konstitutiv. In diesem Sinne heißt es bei *Pagenstecher* ausdrücklich und unmissverständlich: „Ist das, was der Richter deklariert, nicht die Wahrheit, so wird wahr, was er (als wahr) deklariert“<sup>93</sup>.

Diese gewaltsame „Lösung“ des Problems, die auf nichts anderes als eine schlechte Fiktion hinausläuft<sup>94</sup>, spiegelt eine Denkweise, in der (materiellrechtliche) Richtigkeit und Verbindlichkeit noch zusammengedacht werden. In ihrer Konsequenz muss die Richtigkeit auch

91 *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 302 ff.; *Kohler*, Zivilprozeßrecht und Konkursrecht, in: von *Holtendorff/Kohler*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl. 1913, Bd. 3, S. 251ff.; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 680.

92 Grundlegend *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947, S. 64 ff.; ferner *ders.*, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes (1967), in: *ders.*, Bemühungen um das Recht, 1972, S. 119 ff.

93 *Pagenstecher* (Anm. 91), S. 305.

94 Zur Kritik vgl. schon *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 188; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950, S. 111; aus dem neueren rechtsphilosophischen Schrifttum etwa *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 64 f.

der fehlerhaften Entscheidung fingiert werden, soll die Verbindlichkeit einer Entscheidung nicht zur Disposition des Urteils der Betroffenen über Richtigkeit oder Unrichtigkeit gestellt werden. *Auctoritas facit veritatem*. Eine entsprechende Verbindung von *veritas* und *auctoritas* leistet, mit etwas anderer logischer Konstruktion, aber ebenfalls im Wege einer zweckgebundenen Fiktion, das päpstliche Unfehlbarkeitsdogma. Hier wird zwar nicht die Wahrheit durch die päpstliche Verkündung *ex cathedra* konstituiert, sondern die Übereinstimmung von Entscheidung und Wahrheit durch die Deklaration der Unmöglichkeit einer diese (vorgegebene) Wahrheit verfehlenden Entscheidung garantiert. Nicht nur im Ergebnis, auch im Anlass sind beide Fiktionen aber deckungsgleich. Da die Autorität der Kirche sich ganz wesentlich auf ihren Wahrheitsanspruch stützt, kann die Verbindlichkeit der kirchlichen Dogmen nur garantiert werden, indem lehramtliche Autorität und Wahrheit kurzgeschlossen werden. Ebenso muss die richterliche Entscheidung mit der rechtlichen Wahrheit kurzgeschlossen werden, *wenn* die Verbindlichkeit der Entscheidung als Funktion ihrer Wahrheit verstanden wird. Dagegen ermöglicht die konsequente Scheidung von Wahrheit und *Verbindlichkeit* auch eine strikte Trennung von Richtigkeit und institutioneller Autorität: Auch das materiell fehlerhafte Urteil, das Fehlurteil, kann dann aufgrund institutioneller Entscheidungskompetenz in Rechtskraft erwachsen und damit Verbindlichkeit – nicht aber sachliche Richtigkeit – erlangen. Das moderne Rechtsdenken knüpft Verbindlichkeit an Kompetenz und korrektes Verfahren<sup>95</sup>, nicht an Wahrheit (Richtigkeit). Das ermöglicht den Verzicht darauf, Wahrheit als Folge von Autorität (materielle Rechtskraftlehre) zu reklamieren.

95 Klassische Analyse des soziologischen Befundes bei *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975; zusammenfassend zur soziologischen und sozialpsychologischen Dimension des Zusammenhangs von Richtigkeit und Verfahren *Thomas Raiser*, Das lebende Recht, 1995, S. 237 ff. Zum normativen Aspekt näher *Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 101 (1989), S. 52 ff.; ferner *Saliger*, Radbruchsche Formel (Anm. 94), S. 58 f.

Mit dieser Trennung von Richtigkeit und Verbindlichkeit sind jedoch nicht alle Probleme gelöst. Denn zum einen lässt sich der Verbindlichkeitsanspruch einer Entscheidung von ihrem Richtigkeitsanspruch nicht *vollständig* ablösen: Jedenfalls in extremen Fällen sachlicher Unrichtigkeit muss dem Urteil die Verbindlichkeit versagt werden, soll nicht das Prinzip der Entkoppelung von Verbindlichkeit und Richtigkeit aus der Sicht der von der Entscheidung Betroffenen *ad absurdum* geführt werden. Zum andern nimmt die Anerkennung der Verbindlichkeit des rechtskräftigen Fehlurteils diesem nicht das Odium des Fehlerhaften. Das rechtskräftige Fehlurteil bleibt ein Fehlurteil und kann als fehlerhaft und materiell rechtswidrig kritisiert werden.

Der erste Punkt, die Zerstörung von Verbindlichkeit durch krasse und offensichtliche Unrichtigkeit des Urteils, wird deutlich in der überwiegend anerkannten Möglichkeit der Nichtigkeit einer grob fehlerhaften Entscheidung, ebenso in der Institution der Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener Gerichtsverfahren<sup>96</sup>. Wird etwa ein Angeklagter zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen oder sogar ausdrücklich ausgeschlossenen (Art. 102 GG hinsichtlich der Todesstrafe) Sanktion verurteilt, so kann diese Entscheidung von vornherein keinen Bestand haben. Es wäre unerträglich, wenn die Rechtskraft eines Todesurteils unter der Geltung des Grundgesetzes nur durch rechtzeitige Einlegung eines Rechtsmittels blockiert oder im Wege einer Verfassungsbeschwerde suspendiert werden könnte. Das Problem entspricht, wie *Frank Saliger* aufgezeigt hat<sup>97</sup>, strukturell präzise der Frage nach den Grenzen der Verbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze, auf die *Radbruch* mit dem Kriterium des unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit eine Antwort zu geben versucht. Demgegenüber zielt das Institut der *Wiederaufnahme* jedenfalls in der Ausgestaltung, die es im deutschen Strafverfahrensrecht gefunden hat, in erster Linie auf gravierende *prozedurale* Mängel des Entscheidungsverfahrens. So geht es bei allen Konstellationen, in denen eine

96 Zu dem Zusammenhang zwischen beiden Problemkreisen ausf. *Saliger*, Radbruchsche Formel (Anm. 94), S. 68 ff.

97 *Saliger*, Radbruchsche Formel (Anm. 94), S. 54 ff.



Wiederaufnahme sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Angeklagten möglich ist, um Defizite des Verfahrens: eine Wiederaufnahme ist zulässig, wenn eine als Beweismittel verwendete Urkunde sich als Fälschung erwiesen hat (§ 359 Nr. 1, 362 Nr. 1 StPO), wenn ein Zeuge oder Sachverständiger eines Meineids überführt wurde (§ 359 Nr. 2, § 362 Nr. 2 StPO) oder wenn ein mitwirkender Richter sich einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat (§ 359 Nr. 3 [mit Ausnahmeklausel], § 362 Nr. 3 StPO).

Diese Konzentration auf Verfahrensmängel entspricht der Bedeutung, die dem korrekten Verfahren bei der Rechtfertigung der Verbindlichkeit auch des sachlich fehlerhaften Urteils zukommt. Die sachliche Richtigkeit des Urteils lässt sich mit den begrenzten Mitteln der menschlichen Erkenntnis in der verfügbaren begrenzten Zeit nicht in jedem Falle gewährleisten. Die Aufgabe der Legitimation des Verbindlichkeitsanspruchs des Urteils muss deshalb der Gesichtspunkt übernehmen, dass jedenfalls in einem korrekten Verfahren um das sachlich richtige Urteil gekämpft wurde. Die Konzentration der Wiederaufnahmeregeln auf prozedurale Mängel korrespondiert dem Prinzip der Legitimation durch Verfahren<sup>98</sup>.

Auch wenn demgegenüber die fehlerhafte Rechtsanwendung als solche selbst in Fällen eines groben Rechtsirrtums des Gerichts eine Durchbrechung der Rechtskraft und damit eine Suspendierung der Verbindlichkeit des Fehlurteils nicht zu begründen vermag, bleibt der Stachel der Fehlerhaftigkeit. Die Entkoppelung von Richtigkeit und Verbindlichkeit rettet, von den Ausnahmekonstellationen der Nichtigkeit der Entscheidung und der (vorwiegend an prozessualen Mängeln orientierten) Wiederaufnahmemöglichkeit abgesehen, die Bestandskraft der sachlich fehlerhaften Entscheidung. Sie beseitigt aber, sofern man nicht auf den Zaubertrick der materiellrechtlichen Rechtskraftlehren setzt, nicht den Widerspruch zwischen dem Urteil und der materiellen Rechtslage. Die Übereinstimmung der Entscheidung mit der als vorgegeben gedachten Rechtsordnung ist aber in einem durch die Trennung von legislativer und judizieller Gewalt strukturierten

98 Dazu schon oben bei Anm. 95.

Rechtssystem für die Legitimation des Urteils essentiell. Das Urteil, das sich durch seinen – in der Urteilsbegründung zum Ausdruck gebrachten – Richtigkeitsanspruch legitimieren will, diskreditiert sich durch seine Unrichtigkeit. Für die Legitimation durch Wahrheit (Richtigkeit) ist ein hoher Preis zu zahlen, nämlich der einer Delegation durch Unwahrheit. Hier zeigt sich ein struktureller Nachteil der Legitimation durch Wahrheit: Im Vergleich zur Legitimation durch Autorität ist Legitimation durch Wahrheit einzelfallbezogen, punktuell. Die Autorität des Richterkönigs kann man anerkennen oder nicht; erkennt man sie an, so sind seine Entscheidungen *per se* verbindlich. Ein auf den Gedanken der Richtigkeit von Entscheidungen gegründetes Rechtssystem muss dagegen jede einzelne Entscheidung rechtfertigen. Die Idee der Wahrheit setzt das Rechtssystem unter Druck, macht es anfällig für Kritik.

## 2. „Wahrheit“ als kritisches Potential

### a) Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Verdeutlichen lässt sich das an dem Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Jedenfalls in der deutschsprachigen, maßgeblich von der historischen Rechtsschule geprägten Rechtskultur hat das letzte Wort in dogmatischen Streitfragen nicht die Justiz, sondern die Rechtswissenschaft. Der Satz „Karlsruhe locuta, causa finita“ gilt weder für den BGH noch für das Bundesverfassungsgericht. Natürlich ist die Sache als Casus der Justiz mit dem Spruch aus Karlsruhe erledigt, soweit nicht eine supranationale Gerichtszuständigkeit gegeben ist. Aber als Problem des Rechtssystems, zu dem auch die akademisch betriebene Rechtswissenschaft gehört, beginnt das Problem als ernsthaftes Problem möglicherweise erst dort, wo es für die Justiz in casu beendet ist. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts oder die rechtskräftige Entscheidung des Revisionsgerichts wird Gegenstand rechtswissenschaftlicher, in Anmerkungen, Kommentaren, Zeitschriftenaufsätzen und wissenschaftlichen Monografien vorgetragener Kritik. Denn der Anspruch auf „richtiges“ Entscheiden unterstellt die Rechtspraxis einem Wahrheitsanspruch, für dessen

Bewertung sich in erster Linie die Rechtswissenschaft berufen fühlt. Auch in der juristischen Ausbildung wird die „wirkliche“ Rechtslage keineswegs mit der Rechtsprechung der höchsten Gerichte identifiziert. Natürlich bleibt es der Judikatur überlassen, ob sie der Kritik folgt und ihre Rechtsprechung ändert – wofür es in der Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs immerhin einige spektakuläre Beispiele gibt<sup>99</sup>. Aber auch dort, wo der BGH den Argumenten der Wissenschaft nicht folgt, setzt er sich mit ihnen jedenfalls bei wesentlichen Streitfragen auseinander. Diese Diskussion zwischen Wissenschaft und Praxis liegt in der Konsequenz eines gemeinsamen Verständnisses der Legitimation rechtlicher Entscheidungen: mit der Statuierung einer Begründungspflicht für gerichtliche Entscheidungen wird anerkannt, dass die Entscheidung anhand von Argumenten als sachlich richtig erwiesen werden muss. Damit und mit der Anerkennung der Rechtsdogmatik als Instanz zur Bewertung rechtlicher Entscheidung stellt sich die Justiz der wissenschaftlichen Kontrolle durch die akademisch betriebene Rechtswissenschaft. Wie der Idee der Wissenschaft generell so eignet auch der Rechtswissenschaft ein demokratisches Element: zur richtigen juristischen Erkenntnis bedarf es keiner Ämter und Privilegien, sondern allein standesunabhängiger intellektueller Fähigkeiten. Wahrheits- und Richtigkeitsansprüche rechtlicher Entscheidungen führen zu einer Nivellierung institutioneller Kompetenzen. *Stud. jur.* Peter Müller und seine Kommilitonin Petra Meier, beide im 2. Fachsemester, können bei ihrer Kritik an einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs die besseren Argumente auf ihrer Seite haben.

Das bedeutet umgekehrt: Die akademische Jurisprudenz hat dort ihr Recht verloren, wo sich eine Entscheidung allein auf die institutionelle Kompetenz des Richters stützt. Niemand hat das klarer analysiert als *Hans Kelsen* mit seiner Unterscheidung zwischen der Interpretation

99 So etwa in der Frage, ob die Aussage eines Beschuldigten, der von der Polizei entgegen den gesetzlichen Bestimmungen (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde, vor Gericht verwertet werden darf. In der Entscheidung BGHSt 38, 214, die diese Frage entgegen der älteren Rechtsprechung (BGHSt 31, 395) verneint, folgt der Senat ausdrücklich „der heute im Schrifttum vorherrschenden Auffassung“.

als Erkenntnisakt einerseits, als Willensakt andererseits<sup>100</sup>. Nach *Kelsen* lässt sich das Urteil (oder der Verwaltungsakt) aus der generellen Norm nicht allein durch einen Akt der Erkenntnis, also der rein reproduktiven Interpretation der Norm gewinnen. Vielmehr bedarf es immer eines Willensaktes, in dem die Entscheidung für eine von mehreren möglichen Normdeutungen getroffen wird. Die „erkenntnismäßige“ Interpretation kann nur den Rahmen aufzeigen, den Spielraum, der durch den Willensakt ausgefüllt werden muss. „In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten“<sup>101</sup>.

Diese Unterscheidung von Erkenntnisakt und Willensakt, von kognitiver und volitiver Komponente der von Gericht oder Verwaltungsbehörde getroffenen Einzelentscheidung führt zu einer scharfen Gegenüberstellung der „Interpretation“ der Gesetze durch Gerichte und Behörden einerseits, durch die Rechtswissenschaft andererseits. Die rechtswissenschaftliche Interpretation als „rein erkenntnismäßige Feststellung des Sinnes von Rechtsnormen“ (S. 352) hat sich auf die Ermittlung des gesetzlichen Rahmens der Entscheidung zu beschränken; sie „kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen“ (S. 353). Ausgefüllt werden kann dieser Rahmen nur durch einen Willensakt, zu dem nur die dazu ermächtigten Repräsentanten der Institutionen, nicht aber die Rechtswissenschaftler berufen sind. *Kelsen* verwendet auch für diesen Willensakt den Begriff der Interpretation: es handele sich um eine „authentische Interpretation“ durch die rechtsanwendenden Organe. Im Unterschied zur rechtswissenschaftlichen Interpretation hat diese „Interpretation“ rechtskonstitutive Bedeutung; sie „schafft Recht“ (S. 351).

100 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 350 ff.; dazu und zum folgenden *Horst Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 145 ff.; *Lippold*, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, S. 150 ff.

101 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Anm. 100), S. 351.

Damit entscheidet die Grenzmarkierung zwischen den kognitiven und den volitiven Elementen im richterlichen Urteil über Zuständigkeit und Unzuständigkeit der rechtswissenschaftlichen Kritik. Wo diese Grenze verläuft und wer zur Feststellung ihres Verlaufs berufen ist, bleibt allerdings offen<sup>102</sup>. Ausgeschlossen wird aber, dass die rechtswissenschaftliche Interpretation die Entscheidung im Sinne des Modells der einzig richtigen Entscheidung vollständig determinieren, den Spielraum für die volitive Komponente also auf Null reduzieren könnte: Rechtswissenschaftliche Interpretation müsse „auf das sorgfältigste die Fiktion vermeiden, dass eine Rechtsnorm stets nur eine, die ‚richtige‘ Deutung zulässt“ (S. 353). In der Konsequenz dieser scharfen Abschichtung von kognitiven Elementen der richterlichen Entscheidung einerseits, volitiven andererseits, wird die Zuständigkeit der Rechtswissenschaft für die Kritik der Rechtspraxis von der Reinen Rechtslehre drastisch beschnitten, die Stellungnahme der Rechtswissenschaft im Bereich des durch die generelle Norm eröffneten Entscheidungsspielraums auf den Status eines rechtspolitischen Votums beschränkt<sup>103</sup>.

Ist diese Beschneidung des Anspruchs der Rechtswissenschaft auf *wissenschaftliche* Urteilskritik tatsächlich eine notwendige Konsequenz der Einsicht in die rechtstheoretische Unhaltbarkeit der These der einzig richtigen Entscheidung? Ich meine: nein. Denn so nachdrücklich die Klarstellung zu begrüßen ist, dass sich die richterliche Entscheidung nicht in einem Erkenntnisakt erschöpft, so wenig folgt daraus eine Einschränkung der Möglichkeit rechtswissenschaftlicher Kritik. Denn diese Kritik richtet sich nicht unmittelbar gegen die Entscheidung, die der Richter – unterstellt – im Rahmen des von den generellen Normen eröffneten Spielraums getroffen hat, sondern gegen die Begründung, mit der diese Entscheidung gerechtfertigt wird. Die Entscheidung eines Richters, der sich zu deren „Begrün-

102 Horst Dreier macht zutreffend darauf aufmerksam, dass „die Vorstellung eines Interpretationsrahmens, der noch zulässige von nicht mehr zulässigen Interpretationsvorschlägen trennt, im Grunde ebensowenig haltbar ist wie das Theorem von der einzig richtigen Auslegung“ (Horst Dreier, Rechtslehre [Anm. 100], S. 149 Anm. 344).

103 Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 100), S. 353.

dung“ allein auf die ihm verliehene Rechtsmacht beriefe, wäre in der Tat wissenschaftlich nicht (oder allenfalls hinsichtlich der Grenzen des Spielraums) kritisierbar. Dem Argument „weil ich es so sage“ ist wissenschaftlich wenig entgegenzusetzen. Aber dieses Argument repräsentiert nicht den Stil richterlicher Entscheidungsbegründung in einer rechtsstaatlich verfassten Demokratie. Diese Begründung zielt auf den Nachweis, dass die getroffene Entscheidung den Vorgaben des Rechtssystems entspricht und in diesem Sinne richtig ist. Zu diesem Nachweis werden Argumente vorgetragen, die Anspruch auf rationale Nachvollziehbarkeit erheben. Es ist nun nicht zu sehen, warum es der akademischen Rechtswissenschaft verwehrt sein soll, zu diesen Argumenten und damit auch zu der von ihnen getragenen Entscheidung kritisch Stellung zu nehmen. Eine Justiz, die Richtigkeitsansprüche erhebt, stellt sich damit der Kritik seitens derjenigen, die zur Beurteilung dieses Richtigkeitsanspruchs in gleicher Weise fachlich kompetent sind.

Es liegt in der Konsequenz dieses Zusammenhangs, dass gerichtliche Urteile umso anfechtbarer werden, je detaillierter sie die Entscheidung zu rechtfertigen suchen. Das „*sic volo, sic iubeo*“ lässt keinen Raum für wissenschaftliche Kritik. Umgekehrt unterstellt der Anspruch auf vollständige rationale Begründbarkeit der Entscheidung, wie er sich aus der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung ergibt, das richterliche Urteil dieser Kritik ohne Einschränkungen.

### *b) Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*

Eine zentrale Rolle spielt die Idee der einzig richtigen Entscheidung bekanntlich im Streit um die Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle behördlicher Entscheidungen, insbesondere bei der Interpretation und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Während die Vertreter einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle geltend machen, dass jeweils nur eine Entscheidung richtig sein könne, jede andere aber falsch sein müsse, berufen sich ihre Kontrahenten darauf, dass bei unbestimmten Rechtsbegriffen – wie etwa der „Eignung zur Jugendgefährdung“ – jedenfalls in bestimmten Fällen unterschiedliche

Entscheidungen in gleicher Weise vertretbar seien<sup>104</sup>. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht in einer Grundsatzentscheidung die Vorstellung, dass bei der Anwendung von Begriffen wie dem der „Eignung zur Jugendgefährdung“ nur eine richtige Lösung möglich sei, als „Fiktion“ bezeichnet hat<sup>105</sup>, dauert der Streit an<sup>106</sup>. Soweit freilich geltend gemacht wird, der Gesetzgeber intendiere auch bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nur eine richtige Entscheidung<sup>107</sup>, ist einzuwenden, dass *diese* Intention die Bejahung einer uneingeschränkten Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte nicht trägt. Denn ihr entspricht die Behörde schon dadurch, dass sie eine *bestimmte* Entscheidung trifft (und nicht miteinander unvereinbare Entscheidungen für gleichermaßen rechtmäßig erklärt). Stellt man maßgeblich auf die Intention des Gesetzgebers ab, so heißt die entscheidende Frage, ob der Gesetzgeber eine *ganz bestimmte* von mehreren möglichen Entscheidungen intendiert hat. Lässt sich das nicht bejahen, so ist – soweit der Wille des Gesetzgebers in Betracht kommt – eine Mehrheit von Entscheidungen *alternativ* vertretbar. Das schlichte Binaritätsprinzip trägt die Annahme einer einzig richtigen Entscheidung auch dann nicht, wenn man es in die Intention des Gesetzgebers verlegt.

c) *Justizinterne Richtigkeitskontrolle: „Richtigkeit“ vs. „Vertretbarkeit“*

Was für das Verhältnis von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft gilt, gilt *mutatis mutandis* auch für das Verhältnis der Gerichte zueinander im Rahmen des Instanzenzugs. Der Revisionsrichter ist rechtsphilosophisch notwendig ein Vertreter der Theorie der einzig richtigen Entscheidung – jedenfalls solange er an der uneingeschränkten Revisibilität der Rechtsfrage festhält. Revisionsgerichte sprechen deshalb konsequenterweise auch dort von „fehlerhaften“ Urteilen der Vorinstanzen, wo es darum geht, eine bisher noch nicht geklärte Rechtsfrage

104 Nachw. zur Diskussion bei *Bleckmann*, Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, JZ 1995, S. 685 ff.

105 BVerwGE 39, 197; dazu *Bleckmann* JZ 1995, S. 685.

106 Vgl. statt vieler *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 7 Rn. 35.

107 Das Argument wird referiert bei *Bleckmann*, JZ 1995, S. 685.

ge zu entscheiden<sup>108</sup>. Es ist bezeichnend, dass in jüngster Zeit diese uneingeschränkte Revisibilität der Rechtsfrage gerade mit dem Argument bestritten wird, dass es bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Grenzbereichen kein „richtig“ und „falsch“ gebe<sup>109</sup>. Denn ein Urteil kann in der Revisionsinstanz nur als *fehlerhaft* aufgehoben werden, nicht aber mit der Begründung, das Revisionsgericht bevorzuge gegenüber der vertretbaren Lösung der Vorinstanz eine andere vertretbare Lösung.

Auf der anderen Seite ist es für das Verhältnis von rechtstheoretischer Einsicht und institutioneller Perspektive ebenso bezeichnend, dass gegen diese Argumentation eingewandt wird, es gehe beim Umfang der Revisibilität von Rechtsfragen letztlich darum, „wer hinsichtlich der Gesetzesanwendung ... die letztverbindliche Entscheidung zu treffen hat“<sup>110</sup>. In der Tat: Würde man den Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit nach der rechtstheoretischen Einsicht bestimmen, käme die Tätigkeit der Revisionsgerichte weithin zum Erliegen. Denn dass zwischen konkurrierenden Gesetzesinterpretationen aus rechtstheoretischer Perspektive nicht eindeutig nach den Kategorien von „richtig“ und „falsch“ unterschieden werden kann, gilt nicht nur im Grenzbereich von unbestimmten Rechtsbegriffen. Die entscheidende Frage heißt vielmehr, in welchen institutionellen Kontexten dieser rechtstheoretischen Einsicht zu folgen ist und in welchen die regulative Idee der einzig richtigen Entscheidung handlungsleitend sein muss.

So wie der Idee einer einzig richtigen Entscheidung institutionell das Prinzip der vollständigen Überprüfbarkeit dieser Entscheidung korrespondiert, so findet der im Rechtssystem partiell praktizierte Grundsatz der nur eingeschränkten Überprüfbarkeit von Entscheidungen seine

108 Röhl, Fehler in Gerichtsentscheidungen, in: Die Verwaltung, Beiheft 5 (2002), S. 67, 74.

109 Maatz/Wahl, in: Festschrift aus Anlass des 50-jährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 531, 551.

110 Tolksdorf, Revision und trichterlicher Beurteilungsspielraum bei der Gesetzesanwendung, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 523, 531.



Entsprechung in der Vorstellung, dass jedenfalls in bestimmten Entscheidungssituationen von mehreren, miteinander unvereinbaren Entscheidungen auch unter idealen Erkenntnisbedingungen, bei Verfügbarkeit eines richterlichen „Herkules“, keine als allein richtig ausgewiesen werden könnte. An die Stelle der Kategorie der (exklusiven) Richtigkeit tritt damit die der *Vertretbarkeit*<sup>111</sup>. Exemplarisch ist hier neben dem umfassenden Problembereich von Beurteilungsspielraum und Ermessen im Verwaltungsrecht, der eine eigene Untersuchung erfordern würde, die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zur Frage von Grundrechtsverletzungen durch Urteile der Fachgerichte<sup>112</sup>. Eine Grundrechtsverletzung soll hier nur dann zu bejahen sein, wenn das fragliche Urteil auf einer unvertretbaren Rechtsauffassung beruht<sup>113</sup>. Das Bundesverfassungsgericht stellt auf das im Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verankerte Willkürverbot ab und nimmt eine Verletzung des *Gleichheitsprinzips* an, wenn das Urteil nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass es auf sachfremden Erwägungen beruht (BVerfGE 4, 1, 7). Dabei ist entgegen der insoweit missverständlichen Formulierung die objektive Unvertretbarkeit nicht als Indiz für eine den Verstoß gegen das Willkürverbot begründende fehlerhafte Motivation der Richter relevant; vielmehr ist sie selbst das entscheidende Kriterium für diesen Verstoß<sup>114</sup>. Indem das Bundesverfassungsgericht die Rechtsauffassung der Fachgerichte nicht anhand der Kategorien von

111 Zur Bedeutung der Kategorie der „Vertretbarkeit“ im juristischen Denken *Gröschner*, *Dialogik und Jurisprudenz*, 1982, S. 179 ff.; *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, S. 578 ff.; *Lorenz Schulz*, *Normiertes Misstrauen* (Anm. 7), S. 223 ff.

112 Dazu umfassend *Düwel*, *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*, 2000; ferner *v. Lindeiner*, *Willkür im Rechtsstaat?*, 2002, S. 43 ff.; *Pieroth/Aubel*, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung*, JZ 2003, S. 504 ff.; *Weiß*, *Objektive Willkür: zu einem Prüfungskriterium im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde*, 2000.

113 Vgl. etwa BVerfGE 42, 64, 74; 56, 99, 107; 82, 6, 13; 85, 248, 257f.; 96, 375, 395. Weitere Nachweise bei *Röhl*, *Fehler* (Anm. 108), S. 9 m. Fn. 40, *v. Lindeiner* (Anm. 112), S. 43 ff., *Düwel* (Anm. 112), S. 167 ff. und *Pieroth/Aubel* (Anm. 112).

114 Dazu *Röhl*, *Fehler* (Anm. 108), S. 79; ferner *Weiß*, *Objektive Willkür* (Anm. 112), S. 80.

„richtig“ und „falsch“, sondern von „vertretbar“ und „unvertretbar“ bewertet, nimmt es eher die Rolle des wohlwollenden Prüfers in unserem Eingangsbeispiel als die eines im Instanzenzug übergeordneten Richters ein.

Als weiteres Beispiel für institutionelle Zusammenhänge, in denen Gerichte die Entscheidungen anderer Gerichte nicht als richtig oder falsch, sondern als vertretbar oder nicht vertretbar bewerten, ließe sich der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) anführen. Auf der Basis der Theorie der einzig richtigen Entscheidung wäre es zumindest naheliegend, als „Beugung des Rechts“ *objektiv* jedes Abweichen von der als einzig richtig unterstellten Entscheidung zu interpretieren und der Unfähigkeit des menschlichen Richters („Herbert“), diese Entscheidung zu erkennen, erst im Bereich der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen, insbesondere im Bereich des Vorsatzes, Rechnung zu tragen. Die ganz herrschende Meinung verfährt zu Recht anders und stellt bereits im objektiven Tatbestand auf die Unvertretbarkeit, nicht auf die im Sinne der Theorie der einzig richtigen Entscheidung verstandene Unrichtigkeit des Urteils ab<sup>115</sup>. Das ist in der Tat die hier allein angemessene Perspektive. Soweit es nicht um die Korrektur des Urteils im Instanzenzug, sondern um die strafrechtliche Verantwortung des Richters für die von ihm gefällte Entscheidung geht, muss der Einsicht in die faktische Vertretbarkeit unterschiedlicher Entscheidungen Rechnung getragen werden. Das Festhalten am Ideal der einzig richtigen Entscheidung würde hier darauf hinauslaufen, dem Richter aufgrund einer Fiktion<sup>116</sup> ein objektiv strafbares Verhalten vorzuwerfen.

115 Dazu Röhl, Fehler (Anm. 108), S. 94 ff.; Lorenz Schulz, Normiertes Misstrauen (Anm. 7), S. 248.

116 Da es weder um die Handlungsorientierung des erstinstanzlich entscheidenden Richters, noch um die Korrektur der Entscheidung im Instanzenzug geht, ist hier für die Interpretation der These der einzig richtigen Entscheidung als *regulative Idee* kein Raum. Sie müsste im Sinne einer ontologischen Gegebenheit verstanden werden, was erkenntnistheoretisch unhaltbar ist (dazu oben S. 37 ff.).

### 3. Zur Problematik der Institutionalisierung von Wahrheitsansprüchen im Recht

Es ist an der Zeit, zur Frage nach der Funktion der „Wahrheit“ im Rechtsdenken eine Zwischenbilanz zu ziehen. Sie lautet: Die Idee der Wahrheit hält gerichtliche Entscheidungen für rechtswissenschaftliche Kritik wie für justizinterne Überprüfung offen. Sie trägt damit, wie zu ergänzen ist, einerseits zur Konsistenz, andererseits zur Entwicklungsfähigkeit des Rechtssystems bei. Wo umgekehrt die Kritisierbarkeit von Entscheidungen gerade beschränkt werden soll, tritt an die Stelle der Kategorie der Richtigkeit die der Vertretbarkeit. An diesen Befund schließt sich die Frage an, weshalb, in Hinblick auf welche allgemeinen Kriterien, das Rechtssystem gegenüber einer Entscheidung das eine Mal die idealisierende, das andere Mal eine realistische Sichtweise einnimmt.

#### a) „Interne“ und „externe“ Perspektive

Ich vermute: Es geht hier um die Differenz zwischen einer *internen* und einer *externen* Perspektive gegenüber der fraglichen Entscheidung – die Begriffe „intern“ und „extern“ in einem spezifischen, im Vergleich zu der eingespielten Unterscheidung<sup>117</sup> engeren Sinne verstanden. Es kommt darauf an, ob es um die Entscheidung einer Sache *durch* ein Urteil, also um die „Produktion“ dieses Urteils, oder aber um die Bewertung der Korrektheit dieses Urteils und des Handelns der für dieses Urteil verantwortlichen Personen geht. Solange die Suche nach der richtigen Entscheidung im Bereich des dafür zuständigen Entscheidungssystems (Verwaltung oder gerichtlicher Instanzenzug) und insofern in dem internen Bereich verbleibt, gilt das Prinzip der einzig richtigen Entscheidung. Ist diese Suche – typischerweise mit der in Rechtskraft (in der Verwaltung: Bestandskraft) erwachsenden Entscheidung – abgeschlossen, so geht es nicht mehr um Optimierung der Entscheidung, sondern um die Fehlersuche. Hier aber gelten andere Maßstäbe – sei es im Verfahren vor dem Bundesverfassungs-

<sup>117</sup> Grundlegend Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 84 ff.

gericht oder in dem wegen Rechtsbeugung geführten Strafprozess. Diese Maßstäbe können durchaus wiederum voneinander abweichen. Sie stimmen aber darin überein, dass sie sich nicht an der (exklusiven) Richtigkeit, sondern an der – wie auch immer zu konkretisierenden – Vertretbarkeit der Entscheidung orientieren. Das Gleiche gilt selbstverständlich hinsichtlich der Beurteilung von Gutachten über die Rechtslage im Rahmen von Prüfungsverfahren.

Gleichgültig, ob sich diese Unterscheidung zwischen externer und interner Perspektive, die in der Gegenüberstellung von Rechtsanwendungszuständigkeit (der Zivil- und Strafgerichte) einerseits, der Rechtskontrollzuständigkeit (der Verwaltungsgerichte) andererseits im Verwaltungsrecht eine Parallele findet<sup>118</sup>, bestätigen lässt oder nicht: Die Grenze zwischen dem Herrschaftsbereich der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung einerseits und dem der Einsicht in die tatsächliche Vertretbarkeit unterschiedlicher Rechtsauffassungen andererseits wird jedenfalls nicht von rechtstheoretischen Erwägungen, sondern von institutionellen Vorgaben bestimmt. Maßgebend sind die Bedürfnisse des Rechtssystems, nicht die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft. Kurz: Die Frage nach der *Funktion* von Wahrheit im Recht beantwortet sich in dem Befund ihrer *Funktionalisierung*.

Das wirft die Frage nach der Legitimität einer solchen instrumentellen Vereinnahmung eines rechtstheoretischen Problems auf. Anders gefragt: Gibt es eine Grenze, jenseits derer die regulative Idee der einzig richtigen Entscheidung zur schlechten Fiktion denaturiert? Ich denke, dass diese Grenze dort verläuft, wo die Berufung auf die einzig richtige Entscheidung dazu dient, verfassungsrechtlich garantierte Freiheitsrechte des Bürgers zu verkürzen. Das Problem lässt sich anhand von zwei Beispielen verdeutlichen.

118 Dazu in diesem Zusammenhang etwa *Ule*, JZ 1972, S. 208 unter Verweis auf *H.J. Wolff*.

## b) „Bewegliche Zuständigkeit“ und Gesetzlicher Richter

Das erste Beispiel betrifft das bekannte Problem der „beweglichen Zuständigkeit“ der Gerichte im Falle des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG. Hier ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts in Strafverfahren an die Voraussetzung geknüpft, dass nicht „die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt“. Das Bundesverfassungsgericht verneint hier bekanntlich einen Verstoß gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 Satz 2 GG) unter Rückgriff auf die Idee der einzig richtigen Entscheidung<sup>119</sup>. In Fällen von besonderer Bedeutung *müsse* die Staatsanwaltschaft Anklage beim Landgericht erheben, in allen anderen Fällen müsse die Anklage beim Amtsgericht erhoben werden. Es sei deshalb jeweils nur eine Entscheidung richtig, so dass dem Prinzip der vollständigen Festlegung des zuständigen Gerichts durch die generellen Regelungen des Gesetzes genügt sei. Aber das ist wenig überzeugend<sup>120</sup>. Denn es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der vage Begriff der „besonderen Bedeutung“ der Strafsache jedenfalls in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen der Staatsanwaltschaft zulässt. Da der Begriff der „besonderen Bedeutung“ einer deskriptiven Komponente entbehrt, ist es allein eine Frage der Wertung, ob die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG gegeben sind oder nicht. Auch wenn die Rechtsprechung inzwischen Indikatoren für das Vorliegen eines Falles von „besonderer Bedeutung“ entwickelt hat, ändert das nichts daran, dass für die Wahl zwischen Amtsgericht und Landgericht de facto ein weiter Entscheidungsspielraum bleibt. Es ist wenig befriedigend, verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Einhaltung justizieller Grundrechte die Fiktion einer einzig richtigen Entscheidung entgegenzusetzen.

119 BVerfGE 9, 223; vgl. auch BVerfG JR 1997, 278 m. Anm. *Berkemann und Katholnigg*.

120 Krit. etwa *F. Herzog*, StV 1993, 612, der die Bestimmung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG für verfassungswidrig hält.

### c) Rückwirkende Rechtsprechungsänderung der Strafgerichte

Das zweite Beispiel betrifft das Problem der Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte. Wird eine bis dato stabile Rechtsprechung der Revisionsgerichte nach Tatbegehung zu Lasten des Angeklagten geändert, so stellt sich die Frage, ob bei der Aburteilung die spätere, strengere Rechtsauffassung der Gerichte zugrunde gelegt werden darf. Besonderes Gewicht gewinnt diese Frage dort, wo das Verhalten des Angeklagten nach der zur Tatzeit „geltenden“ Rechtsprechung straflos war, nach der neueren Rechtsauffassung der Gerichte aber einen Straftatbestand verwirklicht. Ein klassisches Beispiel bildet die mehrfache Absenkung des Grenzwertes der sog. „absoluten“ Fahruntüchtigkeit in den Tatbeständen der §§ 315c, 316 StGB durch den Bundesgerichtshof<sup>121</sup>. Rechtsprechung und überwiegende Auffassung im Schrifttum lassen eine solche rückwirkende Rechtsprechungsänderung zu<sup>122</sup>. In diesem Zusammenhang dient die These der einzig richtigen Entscheidung dazu, eine Kollision der Rückwirkung der strafrichterlichen Rechtsprechungsänderung mit dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auszuschließen. Das Argument lautet, Rückwirkungsprobleme ergäben sich hier deshalb nicht, weil die erst jetzt zutreffend erkannte Rechtslage in Wirklichkeit schon immer bestanden habe<sup>123</sup>.

Aber so lässt sich das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot nicht aushebeln. Denn die Annahme, die von der neueren Rechtsprechung vertretene Rechtsauffassung habe schon immer in dem Gesetz verborgen gelegen, sei aber vom BGH über Jahrzehnte hinweg übersehen und erst von der neueren Judikatur wie ein archäologischer

121 BGHSt 21, 157 (Absenkung des maßgeblichen [ermittelten] Wertes von 1,5 auf 1,3 ‰; BGHSt 37, 89 (Absenkung des maßgeblichen [ermittelten] Wertes von 1,3 auf 1,1 ‰).

122 Nachweise – auch zur Gegenmeinung – bei *Hettinger/Engländer*, Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht, in: *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, 2001, S. 145 m. Anm. 2; *Neumann*, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, *ZStW* 103 (1991), S. 331, 332 m. Anm. 7.

123 *Tröndle* in der 10. Auflage des Leipziger Kommentars (1978), § 2 Rn. 18 (sachlich ebenso *Gribbohm* in der knapperen Kommentierung in der 11. Aufl. [1992], § 2 Rn. 38).

Schatz gehoben worden, ist offensichtlich eine Fiktion. Dass der höchstrichterlichen Rechtsprechung faktisch eine regelsetzende Funktion zukommt, lässt sich heute ernstlich nicht mehr bestreiten<sup>124</sup>. In der Entscheidung BGH NJW 2001, 146 hat der 9. Zivilsenat dem mit der Feststellung Rechnung getragen, dass zu der zu einem bestimmten Zeitpunkt gegebenen Rechtslage auch die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in ihrer damaligen Ausprägung gehört. Dieser Einsicht lässt sich die Berufung auf eine „regulative Idee“ der einzig (und schon immer) richtigen Entscheidung nicht entgegensetzen. Denn diese regulative Idee korrespondiert spezifischen Handlungsvorgaben und Entscheidungsbedingungen der richterlichen Urteiltätigkeit. Sie lässt sich nicht gegen den Betroffenen wenden, der Objekt, im Bereich des strafrechtlichen Zugriffs: Opfer dieser Urteiltätigkeit ist. Mit anderen Worten: der Richter soll als Richter erster Instanz, als Berufungs- und als Revisionsrichter so judizieren, *als ob* nur eine Entscheidung richtig wäre. Das ist der Sinn der Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung als regulative Idee. Für den Bürger kann diese Vorgabe schon deshalb nicht gelten, weil er in diesem Kontext nicht Entscheidungsträger ist. Von ihm zu verlangen, als potentiell Betroffener bei seinem Verhalten alle potentiellen Änderungen der Rechtsprechung zu berücksichtigen, liefe auf eine gravierende Einschränkung seiner grundrechtlich garantierten Handlungsfreiheit hinaus.

Was für den Bereich von Rechtsprechungsänderungen gilt, gilt entsprechend für die Situation einer höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfrage. Solange sich die Revisionsgerichte nicht für eine von mehreren möglichen Gesetzesinterpretationen entschieden haben, liegt innerhalb des Rechtssystems ein Regelungsdefizit vor, das nicht rückwirkend zu Lasten des Bürgers kompensiert werden darf. Man hat deshalb die verfassungsrechtliche Konsequenz erwogen, „dass das Handeln des Bürgers dann nicht als rechtswidrig angesehen werden kann, wenn es sich vor einer höchstrichterlichen Entscheidung im

124 Umfassende Analyse bei *Reinhardt*, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, § 6 (S. 409 ff.).

Rahmen einer vertretbaren Interpretation des Gesetzes bewegt<sup>125</sup>. Insbesondere im Strafrecht erscheint es in der Tat schwer erträglich, dass die Rechtsordnung dem Handelnden in diesen Fällen zum Zeitpunkt seines Handelns eine klare Orientierung über den rechtlichen Handlungsspielraum versagt, um ihm dann retrospektiv einen Verstoß gegen strafrechtliche Verbote zu bescheinigen. Die heute überwiegend praktizierte Lösung, dem Handelnden in diesen Fällen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) zu bescheinigen, ist unbefriedigend, weil sie ein Regelungsdefizit der Rechtsordnung zu einem Informationsdefizit des Handelnden umdeutet. Das Verfahren, über § 17 StGB die objektiven Unsicherheiten des Rechts im Bereich der subjektiven Zurechnung zu kompensieren<sup>126</sup> belässt dem Bürger das Risiko eines nicht prognostizierbaren Rechtswidrigkeitsurteils, dessen Rückwirkung auf der Fiktion beruht, es handle sich bei der verbindlichen Entscheidung einer rechtlichen Streitfrage lediglich um die richtige Erkenntnis einer vorgegebenen Rechtslage.

Was folgt daraus? Der naheliegenden und teilweise als verfassungsrechtliche Konsequenz der rechtstheoretischen Einsicht in den fiktiven Charakter der Theorie der einzig richtigen Entscheidung erwogenen<sup>127</sup> Lösung, bei Rechtsprechungsänderungen wie auch in den Fällen eines Regelungsdefizits des Rechtssystems eine Rückwirkung der neu markierten Grenzen des Handlungsspielraums des einzelnen zu verneinen, stehen insbesondere verfahrenstechnische Bedenken entgegen. Am Beispiel des Strafverfahrens: Käme bei einer Rechtsprechungsänderung zu Lasten des „Täters“ (ein bisher als nicht strafatbestandsmäßig erachtetes Verhalten soll jetzt unter einen Straftatbestand subsumiert werden) eine Rückwirkung der neuen Rechtsprechung nicht in Betracht, so wäre *de lege lata* schon die Anklage und damit die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens blockiert, weil die Anklageerhebung die Wahrscheinlichkeit und damit die rechtliche Möglichkeit einer Verur-

125 Bleckmann, Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, JZ 1995, S. 685, 687, der diese Konsequenz aber in Hinblick auf entgegenstehende verfassungsrechtliche Gesichtspunkte letztlich nicht zieht.

126 Dazu Naucke, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, S. 24.

127 Wie Anm. 125.



teilung voraussetzt<sup>128</sup>. Das Prozessrecht sieht ein besonderes Verfahren bei der Setzung neuer rechtlicher Regeln nicht vor, weil es aus der internen Perspektive des Gerichts nicht um die Setzung, sondern um die richtige Erkenntnis vorgegebener Regeln geht. Das Handeln des Gerichts steht unter der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung. Aus dieser Sicht legitimiert sich die Änderung der bisherigen Rechtsprechung aufgrund „geläuterter Rechtserkenntnis“. Dagegen liegt aus der externen Sicht des Bürgers in der Änderung der Rechtsprechung eine Änderung des rechtlichen Regelsystems, deren Rückwirkung durch verfassungsrechtliche Prinzipien des Vertrauensschutzes Grenzen gezogen sind. Das Problem resultiert also aus dem Nebeneinander unterschiedlicher Perspektiven, deren eine der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung, deren andere der praktischen Erfahrung der Mehrdeutigkeit des Rechts verpflichtet ist.

#### IV. Fazit

Wie dieses Neben- und Gegeneinander unterschiedlicher Perspektiven zum Ausgleich zu bringen ist, ist keine rechtstheoretische Frage, sondern ein Problem einer verfassungsorientierten Rechtspolitik. Grundsätzlich aber erscheint es bedenklich, den Bürger belastende Rechtsakte auf eine Idee von Wahrheit zu stützen, die sich erkenntnistheoretisch gesehen als Fiktion erweist und der lediglich im Kontext bestimmter Bereiche staatlichen Handelns (Gerichtbarkeit) der Status einer notwendigen regulativen Idee zuzuerkennen ist.

Die entscheidende Frage zum Thema „Wahrheit im Recht“ heißt nicht, mit welcher Berechtigung man im Bereich des Rechts von Wahrheit reden kann. Entscheidend ist, wie wir mit der *Vorstellung* rechtlicher Wahrheit (Richtigkeit), mit dem Denkmuster der wahren (richtigen) Rechtserkenntnis *praktisch* umgehen.

128 Dazu Tröndle, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, Dreher-FS 1977, S. 117 ff.; zur ähnlichen Problematik im Verwaltungsprozessrecht Bleckmann (Anm. 125), S. 687.



## Ulfrid Neumann

Geboren	20. August 1947 in Seligenstadt/Main
1977	Promotion
1983	Habilitation
1983	Professor für Rechtsphilosophie und Strafrecht in Frankfurt/Main
1987	Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie in Saarbrücken
1994	Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie in Frankfurt/Main
Seit 1998	Präsident der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)
1992-2000	Fachgutachter der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) für Rechts- und Staatsphilosophie

### Veröffentlichungen

Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie (zus. mit Eike v. Savigny und Jochen Rahlf), 1976; Rechtsontologie und Juristische Argumentation, 1979; Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe (zusammen mit Ulrich Schroth), 1980; Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985; Kommentierung zu §§ 17, 34-37, 211-216, 221, 222 StGB.