

Kye Il Lee

**Die Struktur
der juristischen Entscheidung
aus konstruktivistischer Sicht**

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsgliederung	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung: Problematik der Untersuchung	1
I. Einige Missverständnisse von Laien über Rechtswissen und Jurisprudenz	1
II. Zu Problemen der herkömmlichen Rechtstheorien bei der Betrachtung der juristischen Entscheidung	2
1. Probleme des gängigen Kommunikationsmodells beim Gesetzesverständnis	2
2. Der rechtstheoretisch häufig fehlerhaft angenommene Gegensatz	5
III. Warum Konstruktivismus?	11
1. Zu einigen neuen rechtstheoretischen Strömungen	11
2. Der Konstruktivismus als Grundlage dieser Untersuchung	14
IV. Gegenstand der Forschung	16
V. Gang der Darstellung	18
1. Teil: Der Konstruktivismus und dessen Kommunikationsmodell	20
Einleitung	20
I. Der Radikale Konstruktivismus und dessen Verstehensmodell	22
1. Sprache als ein Produkt der reflexiven Verhaltenskoordinationen (Maturana)	24

2. Verstehen als innerer viabilärer	
Begriffsnetzwerkskonstruktionsprozess (Glaserfeld)	27
a) Re-präsentation und Sprache	27
b) Der Konstruktionsvorgang des inneren Verhaltens- oder Vorstellungsschemas	29
aa) Assimilation	29
bb) Akkomodation	30
cc) Äquilibration	31
c) Gebundenheit des Verständnisses eines Sprachzeichens am subjektinternen Schema	32
d) Verstehen durch eine kohärente Begriffsnetzwerkbildung	33
3. Zwischenergebnis	34
II. Sozialer Konstruktivismus und dessen Kommunikationsmodell	36
1. Bedeutung als Produkt von wechselseitigen Interaktionen im kulturellen Kontext (Gergen)	38
a) Sozial konstruierte Relationen als ein Grundkonstituens der Gesellschaft	38
b) Soziale Konstruktion der Wirklichkeit und des Selbst	39
c) Die Bedeutung als Produkt der sozial konstruierten Relationen	40
d) Implikationen des Gergenschen Sozialen Konstruktivismus und dessen Würdigung	42
aa) Zur Quelle der Bedeutung bei Gergen und beim Radikalen Konstruktivismus	42
bb) Prozess der Gestaltung der vergangenen Beziehungen	45
cc) Die Beziehung zwischen psychischem System und dem sozialem System	46
dd) Die wichtige Rolle der konkreten Verhaltenskoordinationen	48
ee) Zusammenfassung der Grundannahmen des Sozialen Konstruktivismus Gergens und seines Kommunikationsmodells ...	51
2. Konstruktion der kollektiven Sinnsysteme (A. Schütz und Berger/Luckmann)	52
a) Einleitung	52
b) Typen und die Konstruktion des Wissens durch das Subjekt	54
c) Soziale Anhäufung des Wissens und die Gestaltung des sozialen Wissensvorrates	55
d) Der Einfluss des sozialen Wissensvorrates auf den Gedankenhorizont des einzelnen Subjekts	60
e) Der Sinn der Sprache und der Kommunikation	62
f) Schütz'sche Darstellungen der Sprache als eine Ergänzung des radikalen konstruktivistischen Sprachverständnisses	64
g) Zwischenergebnis	66

III. Das Problem der Sinnzuschreibung beim Text	70
1. Die Annäherungsmethoden der subjektiven Sinnkonstruktion an den sozialen Erwartungshorizont beim Textverstehen (S. J. Schmidt)	70
a) Grundposition des Konstruktivismus Schmidts	70
b) Die Grundannahme Schmidts über „Kommunikation“ und „Verständnis“	71
c) Unterscheidung zwischen dem „Verständnis als einem kognitiven Prozess“ (Kommunikatbildung) und dem „Verständnis als ein sozialer kommunikativer Prozess zur Zuschreibung der Erwartungserfüllung“	72
d) Alltägliche Annäherungsmethoden der subjektiven Sinnkonstruktion an den sozialen Erwartungshorizont	73
e) Künstlich bereitgestellte Annäherungsmethoden der subjektiven Sinnkonstruktion an den sozialen Erwartungshorizont	75
f) Die Besonderheit des Verständnisses des schriftlichen Textes	76
2. Konkretisierung der Schmidt'schen zusätzlichen Mittel der Textkommunikation	77
a) Argumentation	77
b) Die Installierung des besonderen institutionellen Verfahrens	78
c) Konventionalisierung und Dogmatisierung der sozial gültigen Textverstehensweise	79
d) Drill, Indoktrination, Normierung und Zensur bzw. Sanktionen	82
IV. Konstruktivistische Modellierung des Kommunikationsvorgangs.....	84
1. Die subjektive Konstruktion als Ausgangspunkt des konstruktivistischen Kommunikationsmodells	85
2. Soziale Einflussfaktoren auf die subjektive Konstruktion	87
a) Aktuelle zwischenmenschliche Verhaltenskoordinationen	87
b) Das kollektive Sinnsystem als Reserve von institutionalisierten Sprachgebrauchsbeispielen	88
3. Die konstruktivistische Modellierung zur Betrachtung der allgemeinen Kommunikation im Alltag	89
4. Die konstruktivistische Modellierung zur Betrachtung der Kommunikation im einzelnen speziellen Bereich	91
5. Zwischenergebnis	95

2. Teil: Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht	97
I. Erste Dimension: Kollektives Sinnsystem des Rechts	97
1. Kollektives Sinnsystem des Rechts aus der Sicht von konstruktivismusnahen Theorien	98
A. Der topische Systembegriff Viehwegs	101
a) Einleitung	101
b) Die Topik und das topische System	102
c) Die epistemologische Bindungskraft des topischen Systems	104
d) Die Wechselwirkung zwischen dem System und der aktuellen Entscheidung	106
e) Die Rolle der Grundsätze bei der Systembildung	108
f) Die Implikationen der Viehweg'schen Unterscheidung zwischen dem dogmatischen System und dem zetetischen System	110
g) Würdigung	111
B. Das Verständnis der Systembildung von Larenz/Canaris	112
a) Die Kritik von Larenz/Canaris an der topischen Konzeption des Systems	112
Exkurs: Zur Angemessenheit der Topik-Kritik Larenz/Canaris'	114
b) Teleologisches System für die rationale Jurisprudenz	118
c) Das äußere System als das System der Begriffe	119
d) Rechtsprinzipien als Bestandteile des Rechtssystems und deren Konstruktion	119
e) Die Offenheit des Rechtssystems und dessen Einfluss auf die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtssystem und der einzelnen Entscheidung	122
f) Implikationen des Larenz'schen System	125
C. J. Essers Verständnis der Systembildung	128
a) Der enge Bezug zwischen Systembildung und Fallentscheidungen	130
b) Rechtsgrundsätze als system- und entscheidungstragendes Element	132
c) Die Eigenschaften des Esserschen dogmatischen Systems	135
d) Kritik	137
aa) Zur Esser'schen Ansicht über die Rolle der Präjudizien bei der Systembildung	137
bb) Relative Unabhängigkeit des Rechtssystems von der einzelnen richterlichen Entscheidung und die übrigen, nicht direkt auf die Entscheidung bezogenen Faktoren bei der Systembildung	139
e) Würdigung	141

D. Das Verständnis W. Krawietz' von der Systembildung	142
a) Der Krawietz' Konzeptionen zugrunde liegende Ansatz	142
b) Zur Bildung des dogmatischen Systems	144
c) Die Unterscheidung zwischen der Rationalität der dogmatischen Systembildung und der von einzelnen juristischen Entscheidungen in der Rechtspraxis	145
d) Würdigung und Kritik	147
E. Zwischenergebnis	149
2. Kollektives Sinnsystem des Rechts aus konstruktivistischer Sicht	152
A. Das rechtliche Sinnsystem im Allgemeinen	152
a) Der Sinn des rechtlichen Sinnsystems	152
b) Die Gestaltung des Rechtswissensvorrats	153
c) Das Auftreten von auf die Rechtsarbeit spezialisierten Personen und die Komplizierung des Rechtswissensgefüges	155
d) Die Klassifikation einer Reihe des mit der juristischen Entscheidung verbundenen Rechtswissens	158
B. Rechtswissen in der Dogmatik und das dogmatische System	159
a) Gründe für die Etablierung des dogmatischen Systems	159
Exkurs: Die Funktionen des dogmatischen Systems	161
b) Die Systembildung und genetische Epistemologie	163
c) Die Rolle der Rechtsgrundsätze im dogmatischen System	166
C. Rechtswissen auf der Ebene der Rechtspraxis	171
a) Die Präjudizien als Rechtswissen in der Praxis	171
b) Linie	173
c) Die Gebrauchsweise von bestimmten Argumentationstypen in der Praxis	178
d) Die nicht strikte Zusammensetzung des Rechtswissens in der Rechtspraxis und dessen Angewiesenheit auf das dogmatische System	179
D. Rechtswissen im nicht-juristischen Bereich	180
a) Rechtswissen in der Öffentlichkeit	181
aa) Die Gestaltung des Rechtswissens in der Öffentlichkeit	181
bb) Die Grundsätze als ein Bestandteil des Rechtswissens der Öffentlichkeit	183
cc) Die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtswissen in der Öffentlichkeit und dem Rechtswissen der Juristen	186
b) Normative Erwartungsordnung im nicht-juristischen Bereich	189
E. Wechselbeziehungen zwischen den Rechtswissensgefügen aus verschiedenen Bereichen	192
F. Zur Topik-Debatte in der Jurisprudenz	195
G. Zwischenergebnis	198

II. Zweite Dimension: Mikroinstitutionelle Rechtspraxis	201
1. Mikroinstitutionelle Rechtspraxis aus der Sicht von konstruktivismusnahen Theorien	202
A. Amherst-Seminar-Gruppe und Rechtspraxis	203
a) Die Kritik der Amherst-Seminar-Gruppe an den gegenwärtigen rechtssoziologischen Forschungen	203
b) Recht als soziale Praxis: „alltäglicher Ort des Rechts“	205
c) Juristische Entscheidung in der sozialen Praxis	207
d) Der Sinn der „Kritik“	208
B. Rahmentheorie von Manning/Hawkins	209
a) Goffmans Ansatz als eine Basis der Rahmentheorie von Manning/Hawkins	209
b) Verschiedene Rahmen in der Rechtspraxis	211
c) Der reflexive Charakter und die Dynamik des Rahmens	213
d) Bezogenheit der Rechtsrahmen auf die Macht und Autorität	214
e) Bewertung	215
C. Tamanahas Erforschung der Rechtspraxis aufgrund des Pragmatismus	215
a) Pragmatismus als Grundlage der Tamanaha'schen Analyse	215
b) Rechtliches Sinnsystem	217
c) Interpretengemeinschaft	218
d) Unterscheidung zwischen Sinnsystem und Praxis	219
e) Zwei Aspekte des Bedeutungsrahmens?	220
f) Heterogene Praktiken	220
g) Unterscheidung zwischen Praxis und Institution	221
h) Bewertung	222
D. Morloks Konzeption der Rechtspraxis	224
a) Einleitung	224
b) Ethnomethodologie als ein Forschungsansatz Morloks	225
c) Recht als soziale Praxis aus ethnomethodologischer Sicht	226
d) Interaktionen und besondere institutionelle Bedingungen als Einflussfaktoren auf die Rechtsherstellung	228
e) Vor allem zur „Anwendungsregel“ oder zum „Habitus“	228
f) Nutzen der Berufssoziologie	230
g) Lebenspraktische Kompetenzen der Juristen als weitere Einsatzelemente bei der Rechtsherstellung	231
h) Juristische Rhetorik als ein Mittel zur rechtstheoretischen Verarbeitung des ethnomethodologisch gewonnenen Wissens über die Rechtspraxis	232
i) Affinitäten der juristischen Rhetorik zur Ethnomethodologie bei der Konzeption der Rechtspraxis	234
j) Zur Affinität des Sprachverständnisses der juristischen Rhetorik zur Ethnomethodologie	235

k) Die Unterscheidung von Rechtsherstellung und Rechtsdarstellung	236
l) Die konkrete Erforschung der Rechtspraxis und die dazu benutzten Instrumentarien	238
E. Zwischenergebnis	240
2. Die mikroinstitutionelle Rechtspraxis aus konstruktivistischer Sicht ..	242
A. Zur der hier zugrunde liegenden Konzeption der Rechtspraxis	242
B. Die Funktion der mikro-institutionellen Rechtspraxis: die Brücke zwischen dem Subjekt und dem sozialen Sinnsystem	243
C. Zur Notwendigkeit der die Rechtspraxis kanalisierenden besonderen Rechtsinstitutionen	244
D. Die gerichtsinstitutionelle Dimension der Mikro-Rechtspraxis	247
a) Einige „Zwänge“ als Grundstrukturmerkmale der gerichtsinstitutionellen Mikro-Rechtspraxis	247
aa) Übersetzungszwang	247
bb) Erledigungszwang	248
cc) Begründungszwang	250
b) Gerichtsorganisatorische Aspekte	251
aa) Vorstruktur	252
bb) Linien von oberen Gerichten oder gerichtsinterne Politik	253
cc) Die Formalität des Gerichtsprozesses und dessen Bezug auf „Zeit“ und „Geld“	255
E. Die interaktionelle Dimension der Rechtspraxis	258
a) Einleitung	258
b) Typisierung der drei Phasen der gerichtlichen Interaktionen	260
aa) Informierendes Aushandeln	260
(1) Ausloten	260
(2) Aneignen	262
Exkurs: Juridisches Feld und Habitus	263
(1) Einleitung	263
(2) Gestaltung des sozialen Feldes als ein Prozess des symbolischen Kampfs	265
(3) Der Prozess der Habituseinverleibung	268
(4) Die Wirkung des einverlebten Habitus	270
bb) Koordinierendes Aushandeln	271
(1) Einleitung	271
(2) Prozessuale Koordination	273
(3) Sondierendes Aushandeln	274
(4) Sondierung und persönliche Faktoren	277
(5) Mediale Koordination	278
(i) Koordination mittels der schriftlichen Form	278
(ii) Koordinationen vermittels der Medien	279
(6) Implikationen des „koordinierenden Aushandelns“	279

cc) Positionierendes Aushandeln	280
(1) verschiedene Formen des positionierenden Aushandelns ..	280
(2) Der Einfluss des Habitus auf das positionierende Aushandeln	283
F. Ergebnis	284
III. Dritte Dimension: Rechtsherstellung und Kohärenz	287
Einleitung	287
1. Kohärenztheorie der Rechtsherstellung aus der Sicht von konstruktivismusnahen Theorien	288
A. Die normative Kohärenzlehre	292
a) Kohärenzlehre R. Dworkins	292
b) Kohärenzlehre K. Günthers	299
aa) Normbegründungsdiskurs	300
bb) Normanwendungsdiskurs	301
cc) Kohärenz	302
dd) Rechtsparadigma	303
ee) Kritiken an Günthers Ansatz	304
ff) Folgerungen	307
B. Die deskriptive Kohärenzlehre	308
a) Kohärenz-Verständnis S. Fishs	309
b) Jacksons Begriff „Narrative Kohärenz“	315
c) Konstruktivistische Kohärenzlehre Strauchs	324
C. Zwischenergebnis	334
2. Kohärenztheorie der Rechtsherstellung aus konstruktivistischer Sicht	338
Einleitung	338
A. Juristische Entscheidung und deren Konstruiertheit	340
B. Schema-Lehre Glasersfelds und die Struktur der Rechtsherstellung ..	342
a) Rechtsherstellung und Konstruktion des Wahrnehmungsschemas	342
b) Kohärenz, Viabilität und Abduktion	344
c) „Trial und Error“ und Herstellung der Viabilität	348
C. Relevanzstrukturlehre Schütz' und die Struktur der Rechtsherstellung	350
a) Einige vorbereitende Bemerkungen	350
aa) Besonderheit der juristischen Entscheidung: Begreifen des Falls anhand „gesetzlicher“ Typen	350
bb) Pragmatische Prägung der Interpretation bei der juristischen Entscheidung: Institutionelle und organisatorische Ausprägung	351
cc) Die besondere Rolle der Motivationsrelevanz bei der juristischen Entscheidung	352

b) Rechtsherstellungsprozess und Kohärenz aus der Sicht der Lehre Schütz'	353
aa) Die wechselseitige Konstruktion zwischen dem Sachverhalt und dem Normenkomplex als eine Voraussetzung für die Kohärenzbeurteilung	357
(1) Die wechselseitige Konstruktion zwischen Sachverhalt und Normenkomplex und der Begriff „Relevanzstruktur“	357
(2) Relationierung als eine Erklärung der Rechtsherstellung?	360
(3) Abduktion als eine Methode zur Normenhypothesenerrichtung und Kohärenzschaffung	362
(i) Abduktion vom Fall her	362
(ii) Gerichtliche institutionell-organisatorische Einflüsse auf die Erstellung der richterlichen Normenhypothese bei der Abduktion	364
(iii) Abduktion vom Ergebnis her	367
bb) Typenvergleich zwischen dem konstruierten Fall und dem Recht	371
(1) Rechtsherstellung als Kohärenzschaffung	371
(2) Praktische Bedeutung der Subsumtion – Typenvergleich und Kohärenzschaffung	379
(3) Die Rekonstruktion der herkömmlichen Interpretationslehre aus konstruktivistischer Sicht	381
(i) Ineinandergreifen von Subsumtion und Auslegung	382
(ii) Zum konstruktivistischen Sinn einzelner herkömmlicher Auslegungselemente	382
(iii) Herkömmliche Methodenlehre als eine nachträgliche Strukturierung des Rechtsherstellungsvorgangs	385
cc) Kohärenter Rechtsherstellungsprozess als ein Prozess des „trial and error“	386
D. Gegenstand der kohärenten Konstruktion	389
a) Sinnsystemkohärenz	391
b) Interaktionskohärenz	399
c) Organisatorische Kohärenz	400
E. Einige Charakteristika der rechtlichen Kohärenzschaffung	402
F. Die Ablehnung des formal-logischen Kohärenzbegriffs	403
G. Der Vergleich mit anderen Kohärenztheorien bei der Rechtsherstellung	408
H. Der Sinn der Gesetzesbindung und die Rechtsherstellung aufgrund des Kohärenzprinzips	411
I. Konstruktivistische Rechtsherstellung, Zeitgeist und ethischer Charakter der Rechtsherstellung	414
J. Der Wandel der Rechtsherstellung und die Rolle der Rechtskritik	417
a) Wie ist Rechtskritik aus konstruktivistischer Sicht möglich?	419

b) Die Erscheinungsformen der Rechtskritik	420
c) Motive einer Rekonstruktion des Rechtssinnsystems	421
d) Methodologie zur Veränderung des herkömmlichen Rechtssinnsystems anhand der Rechtskritik	423
G. Abschließende Bemerkung	427
3. Teil: Die Situierung der konstruktivistischen Strukturtheorie in dem vorhandenen rechtstheoretischen Zusammenhang	430
I. Die konstruktivismusnahen Rechtstheorien	430
1. „Nachpositivistische Rechtstheorie“ – F. Müller/R. Christensen und A. Somek/N. Forgó	431
A. Rechtsherstellungsvorgang aus Sicht der nachpositivistischen Rechtstheorie	431
B. Die Rolle des Sinnsystems in der nachpositivistischen Rechtstheorie und die Unterscheidung zwischen dem Rechtstext und der Rechtsnorm	435
C. Die Rolle der Argumentation in der nachpositivistischen Rechtstheorie	437
D. Die mikro-institutionelle Rechtspraxis aus Sicht der nachpositivistischen Rechtstheorie	439
E. Eigene Folgerungen	444
F. Zur Möglichkeit der Einordnung der konstruktivistischen Erfassung der Rechtsherstellung in den Nachpositivismus	446
2. Neorealismus – eine neue Erfassung des „law in action“	450
A. „Law in action“ aus der Sicht der Rechtstheorie	451
a) Die „law in action“-Theorie J. Essers	451
b) Die Theorie des „law in public action“ von P. Häberle	454
B. Neue „law in action“-Theorien im Bereich der socio-legal studies (Neorealismus)	458
a) Amherst-Seminar-Gruppe	459
b) Düsseldorfer Forschungsgruppe von M. Morlok	463
c) Zur Einordnung der konstruktivistischen Erfassung der Rechtsherstellung in den Neorealismus	465
aa) Zur Verträglichkeit des neuen Realismus mit dem Konstruktivismus (Konstruktivistischer Realismus)	466
bb) Zum Kritischen Potenzial des Realismus und dem Problem des positivistischen Scientismus	468
3. Juristische Rhetorik	470
A. Einleitung	470

B. Der konstruktivistische Charakter des der Rhetorik zugrunde liegenden Sprachverständnisses	472
C. Affinität der juristischen Rhetorik zum Konstruktivismus bei der Betrachtung der Rechtsherstellung, des rechtlichen Sinnsystems und der mikroinstitutionellen Rechtspraxis	474
D. Affinität der beiden Ansätze in Hinblick auf den holistischen Einsatz der Persönlichkeit des Richters bei der Entscheidung	476
Exkurs: Das Postulat der Gesetzesbindung als eine mögliche Quelle der Kritik an der juristischen Rhetorik	477
E. Unterschiede zwischen der juristischen Rhetorik und dem konstruktivistischen Ansatz sowie deren Komplementarität	479
4. Institutioneller Rechtsgedanke	481
A. Institutionalismus vor dem zweiten Weltkrieg	481
B. Der Neoinstitutionalismus nach dem zweiten Weltkrieg	484
a) Der normative Institutionalismus und Rechtsrealismus Helmut Schelskys	484
b) Der sinnkritische, auf einer Theorie sozialer Systeme basierende Rechtsrealismus Werner Krawietz'	487
aa) Krawietz' Institutionalismus im Recht als ein Rechtsrealismus	487
bb) Normative Systemtheorie und Kommunikationsmodell Krawietz'	487
cc) Die Wechselbeziehung zwischen Rechtspraxis und Dogmatik – dynamische Konzeption des dogmatischen Systems	489
dd) Rechtsfunktion und Argumentation	490
ee) Das Interesse an der Rechtspraxis	490
ff) Die Unterscheidung zwischen dem ersten und dem zweiten System und das Interesse an der Rechtsvorstellung der Bürger	491
gg) Das komplementäre Verhältnis zwischen dem Krawietz'schen Institutionalismus und dem konstruktivistischen Ansatz	493
c) Institutioneller Rechtspositivismus Ota Weinbergers	493
aa) Formal-finalistische Handlungslehre und normativer Institutionalismus	493
bb) Institutionelle Tatsache und der Sinn der Institution	494
cc) Institutioneller Rechtspositivismus	495
dd) Affinität zum konstruktivistischen Ansatz	496
ee) Würdigung des Ansatzes Weinbergers	497
d) Zwischenergebnis	498

II. Abschließende Bemerkung über die rechtstheoretische Implikation der in dieser Studie vorgeschlagenen konstruktivistischen Strukturierung der juristischen Entscheidung	501
1. Die Mechanismen der Gesetzesbindung	501
2. Gesetzesbindung als ein aktives Koordinationsgebot	504
3. Die Möglichkeit der progressiven Interpretation	505
4. Die positive Rolle der Gesetzgebung	506
5. Die Geltung und die Normativität des Rechts	507
Literaturverzeichnis	509
Personenregister	529
Sachregister	531