

3. Recht und Tatsachen: Ein theoretischer Bezugsrahmen

„Wissen“ und „Tatsache“ sind keine Synonyme. Tatsachen sind Fakten, also „erfahrbare Daten“ (Lautmann 2011: 32), die in deskriptiven Sätzen ausgedrückt werden. Die Aussagen dieser Sätze sind anhand empirischer Kriterien widerlegbar (falsifizierbar). Sie „betreffen Sachverhalte, die außerhalb der Aussage selbst liegen“ (Gusy 1991: 216) und unabhängig von einem Beobachter existieren. Tatsachen sind Teil der Wirklichkeit, verstanden als „Qualität von Phänomenen (...), die ungeachtet unseres Wollens vorhanden sind (Berger/Luckmann 1980: 1). Wenn Tatsachen in Form von Daten in einen breiteren Kontext gestellt werden, wenn sie also Bedeutung erhalten, werden sie zu Informationen (Hoffmann-Riem 2022: 514; Münkler 2019b: 6 f.). Herkunftslandinformationen sind demnach kontextualisierte, weil zu Länderberichten zusammengesetzte Daten.

Bei Wissen handelt es sich um die „Gewissheit, dass Phänomene wirklich sind und bestimmte Eigenschaften haben“ (Berger/Luckmann 1980: 1), um „sozial objektivierende Angebote der Sinnzuweisung“ (Keller 2011: 43), um „eine als kognitives Erleben stilisierte Erwartungshaltung“ (Luhmann 1992: 146), um „durch Anerkennung als gültig ‚veredelte‘ Informationen über Strukturen und Muster“ (Hoffmann-Riem 2016a: 7). „Gewissheit“, „Sinnzuweisung“, „Erwartung“, „Anerkennung“: Wissen ist ohne subjektbezogenes Vokabular definitorisch nicht zu greifen. Es ist stets ein Wissen *von jemandem über* etwas; Wissen ist kognitiver Besitz, der hergestellt werden muss und von der (intersubjektiven) Akzeptanz des Gewussten abhängt. Wissen ist, in anderen Worten, „sozial konditioniert“ (Luhmann 1992: 123).¹⁵⁸ Mit Realitätskonstruktion meine ich deshalb ein Wissensreservoir über die Wirklichkeit, das sich aus verschiedenen kognitiven Komponenten zusammensetzt: Aus Wissen über Normen und Regeln (Rechtswissen/Dogmatik), über empirische Gegebenheiten (Tatsachenwissen) und weiteren Wissensressourcen, namentlich Alltagstheorien und Erfahrungssätze und den ihnen zugrundeliegenden Deutungsmustern. Denn Wissen entsteht, wenn Informationen wiederum kontextualisiert werden

158 Aufgrund der „Sozialität allen Wissens als intersubjektiv zwingende Gewissheit“ können laut Luhmann (1992: 126) Individuen „zwar Enthusiasten, Fanatiker und was immer sein, aber nicht Wissende“.

(Münkler 2019b: 6 f.). Landeswissen ist damit immer mehr als in Länderberichten festgehaltene Herkunftslandinformationen; es entsteht durch die Kontextualisierung dieser Informationen in Asylverfahren (Einfluss von Rechtswissen) und im Zusammenspiel mit weiteren Wissensressourcen (Einfluss von Deutungsmustern).

Auf dieser Grundlage entwickle ich im Folgenden ein Analysegerüst, mit dem sich die Verwendung von Herkunftslandinformationen in asylgerichtlichen Entscheidungsgründen und damit die gerichtliche Konstruktion der Wirklichkeit untersuchen lässt. Dazu definiere ich einleitend den Begriff ‚Dogmatik‘ als Wissen über Recht (Kapitel 3.1) und gehe auf das Interesse der Rechtswissenschaft für die Verwendung extrajuridischen Wissens und damit auf ihre „empirische Wende“ (Petersen 2010) ein (Kapitel 3.2). Im Kern des Kapitels nähere ich mich der wechselseitigen Abhängigkeit von Recht und Tatsachen theoretisch an (Kapitel 3.3). Diese *Ko-Konstitution* besteht darin, dass einerseits Normen im Vollzug der Anwendung und damit auch durch die Verwendung von Tatsachen *konkretisiert* werden und dass andererseits Fälle und damit Tatsachen stets in Abhängigkeit der Norm *konstruiert* werden. Die theoretischen Ausführungen veranschauliche ich anhand zweier rechtssoziologisch-ethnografischer Studien (Latour 2016; Stegmaier 2009) und zeige, wie sich meine eigene Untersuchung davon abgrenzt und wo sie darauf aufbaut. Quintessenz des Konzepts der Ko-Konstitution von Recht und Tatsachen ist die These, dass Richter:innen mit einem buchstäblich normierten Blick auf die Welt schauen: Normen lenken den Fokus auf die relevanten Tatsachen (materielles Recht) und geben vor, wie mit diesen Tatsachen und fehlenden Informationen umgegangen wird (formelles Recht). Informationslücken aber bleiben und die richterliche „Gesamtschau“¹⁵⁹ ist auf weitere interpretative Ressourcen angewiesen, um diese Lücken zu überbrücken. Dabei handelt es sich um Alltagstheorien und Erfahrungssätze und die ihnen zugrundeliegenden Deutungsmuster (Kapitel 3.4). Eine Analyse der richterlichen Wirklichkeitskonstruktion und damit der richterlichen Interpretation bedarf einer „Theory of Interpretation“ (Scheppelle 1988: 86 ff.), die von der Ko-Konstitution von Recht und Tatsachen ausgeht und weitere Wissensressourcen berücksichtigt: „A theory of interpretation (...) should help us understand two things: (1) it should provide guidance for analysts in interpreting the texts under investigation, and (2) it should, if possible, help analysts to understand

159 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 20.

the interpretative enterprise in which the practitioners themselves engage“ (ebd.: 90).

Die folgenden Ausführungen sind keine *Theorie* der Interpretation in dem Sinn, als sich daran universal die Verwendung von Tatsachen im Recht untersuchen lässt, sondern liefern Bausteine einer solchen Theorie und damit einen analytischen Rahmen, in dem sich die Forschungsfragen bearbeiten und beantworten lassen und an die die Methoden zur Analyse der Ermittlung und insbesondere der Verwendung extrajuridischen Wissens in Entscheidungsgründen anschließen können (Kapitel 3.5).

3.1 Wissen über Recht: Dogmatik

Die sprachliche Verfasstheit des Rechts und die damit einhergehende Deutungs Offenheit verlangt nach systematischer Interpretation von Normen, nach der Definition unbestimmter Rechtsbegriffe und der Festlegung formeller Regeln der Normanwendung. Die Dogmatik, das „stolze Rückgrat der deutschen Rechtswissenschaft“ (Hailbronner 2014: 325), entspricht diesem System von (materiellen) Aussagen und (formellen) Regeln, die die Rechtsanwendung erst ermöglichen. Sie interpretiert unbestimmte Rechtsbegriffe (Notwehr, Kindeswohl, Heimtücke, politische Überzeugung etc.) und bestimmt die Verfahrensregeln, nach denen das Recht operiert. Das macht sie zu einem „transparente[n] Medium (...), den vorgegebenen Rechtsinhalt in die Entscheidung des Einzelfalls zu transformieren“ (Somet 2006: 109). Dogmatik ist rechtliches Wissen, ein Wissen über das Recht (Boulanger 2019; Bumke 2022; Schuppert 2019).

„Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin beschreiben, die das positive Recht durchdringen und ordnen will und die zugleich das Ziel verfolgt, die rechtliche Arbeit anzuleiten und zur Lösung jener Fragen beizutragen, die die Rechtspraxis aufwirft. Sie bemüht sich darum, die Vorstellungen und Einsichten über das Recht zu sichten und zu sichern. Dazu formt sie Begriffe, erarbeitet Figuren oder Prinzipien und ordnet den Stoff. Sie hinterfragt die bestehenden Vorstellungen, greift Neuerungen auf und prüft den daraus resultierenden Veränderungsbedarf. Auf diese Weise hält die Rechtsdogmatik ein Wissensreservoir für die Praxis vor, trägt zur Erlernbarkeit der praktischen Rechtsarbeit bei und leistet einen Beitrag zur Rationalisierung und Legitimierung des Rechts“ (Bumke 2014: 641).

Eine allgemeingültige Definition des methodischen Vorgehens der dogmatischen Arbeitsweise bzw. einen einheitlichen Begriff von Dogmatik gibt es indes nicht (Stark 2020: 7). Sie „existiert zu wesentlichen Teilen nur in Form impliziten Wissens“ (Bumke 2014: 645).

Die Dogmatik legt die für die Auslegung einer Norm „zugelassenen Argumentationsfiguren“ fest (Hoffmann-Riem 2010: 184). Sie entlastet damit die Rechtspraxis durch „Anwendungshilfen“ (Starck 1971: 609) oder gar „Vorausentscheidungen“ (ebd.). Dogmatische Aussagen haben einen Geltungsanspruch, gehen aber über die gesetzliche Norm hinaus, indem sie bereits Teil ihrer Interpretation sind. Die Dogmatik ist auf Normen und Rechtsprechung bezogen, aber nicht mit ihnen identisch (Alexy 1983: 314; Stark 2020: 167). Durch die juristische Methodenlehre wird die Interpretation der Norm „maßvoll diszipliniert“ (Rehder 2011: 62). Die historische Schule nach Friedrich Carl von Savigny hat für die deutsche Rechtslehre vier Auslegungsweisen bestimmt, an denen sich die Norminterpretation orientieren muss: Die grammatische Auslegung geht vom Wortlaut der Norm aus, die teleologische Auslegung vom Normzweck, die historische Auslegung stellt Entstehungsgeschichte und -kontext in den Mittelpunkt der Interpretation und die systematische Auslegung verortet die Norm in ihrem Zusammenhang. Im Kontext dogmatischer Tätigkeit wird dabei besonders die Notwendigkeit der Systematisierung betont. Dogmatisch arbeiten heißt demnach, rechtliche Probleme „systemgerecht zu bewältigen“ (Esser 1970: 93), also in die Ordnung des bestehenden Rechts einzupflegen. „Die dogmatische Rechtswissenschaft befasst sich vor allem mit der Auslegung von Normen, setzt also ein Normgerüst voraus und hat als dogmatische Rechtswissenschaft zwar ein Interesse, Normen durch Interpretation zu ändern, nicht aber das Normengerüst als solches umzubauen“ (Lepsius 2021). Ihr primäres Ziel ist die Normbewahrung, nicht die Normkritik (Starck 1971: 609). Jurist:innen folgen damit einer „konservativen Logik“ (Bourdieu 2019: 67). Die Rechtswissenschaft untersucht Recht als Teil eines Systems, dessen Regeln auch für sie gelten und ist deshalb „eher Theologie als Religionswissenschaft; sie gibt den internen Grundannahmen ihres Untersuchungsgebiets Kredit. In diesem Sinn ist sie stets dogmatisch“ (Augsberg 2020).

Die Systematisierung der Rechtsordnung entspricht dem Ziel der Dogmatik, „Gerechtigkeitsfragen operational zu machen (...)“ (Esser 1970: 12) im Sinne einer Vereinheitlichung der Anwendung des Rechts („Gerechtigkeit im Sinne vernünftiger und sachlich einsichtiger Einhaltung von Maßstäben“, ebd.: 17) und der Festlegung eines interpretatorischen Rahmens,

die abstrakte Normen handhabbar macht. Dogmatik dient damit als „kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“ (Eifert 2012: 81); sie überbrückt die „Kluft zwischen dem abstrakten Recht und der konkreten Rechtsanwendung“ (Gusy 1991: 215). Sie erfüllt damit zugleich deskriptive (Abbildung des Rechts) und normative (Weiterentwicklung des Rechts durch dessen Auslegung) Zwecke (Münkler 2019b: 11 f.).

Dogmatische Arbeit wird in erster Linie von der institutionalisierten Rechtswissenschaft in Form wissenschaftlicher Publikationen oder der Kommentarliteratur betrieben, ist aber nicht auf die Rechtswissenschaft begrenzt (so aber Alexy 1983: 307 und Starck 2019: 11).¹⁶⁰ Auch die Rechtspraxis, insbesondere die höchstgerichtliche Rechtsprechung, trägt zur Entwicklung der Rechtsdogmatik bei. Sie ist nicht lediglich die Anwendung einer vom Gesetzgeber vorgelegten Norm oder die Umsetzung ihrer von der Rechtswissenschaft definierten dogmatischen Auslegung, sondern ein eigener „Erkenntnisprozess“ (Esser 1970: 77) und damit ein „schöpferische[r] Akt“ (ebd.: 82). Auch eine Gerichtsentscheidung muss dem Anspruch der Systematisierung in die bestehende Rechtsordnung genügen. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sind ineinander verschränkt, wenn etwa Kommentarliteratur oder Lehrbücher dogmatische Sätze auch (oder sogar maßgeblich) auf Grundlage der Rechtsprechung entwickeln oder Gerichte in ihren Urteilen rechtswissenschaftliche Forschung zitieren. Durch die „Gerichtsorientierung der Rechtswissenschaft“ (Lepsius 2021) wird die Justiz „Mitproduzent von Rechtsdogmatik“ (Klaus 1975: 114, zitiert nach Schulz-Schaeffer 2004: 15). Dogmatik ist damit ein rechtspraktisch-rechtswissenschaftliches Ko-Produkt, ein „Zusammenwirken von Wissenschaft und Rechtsprechung; erst beide gemeinsam erzeugen Dogmatik“ (Lepsius 2021).¹⁶¹ Anstatt, wenn es um Dogmatik geht, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu trennen, ist es sinnvoller, von einer „Interpretationsgemeinschaft“ (Hailbronner 2014: 442), „Diskursgemeinschaft“ (Lepsius 2021) oder „epistemischen Gemeinschaft“ (Rehder 2011: 65) zu sprechen.

160 Rechtswissenschaftliche Monografien nutzen für die Gliederung häufig das Paragrafenzeichen (§), was ihnen den Anschein eines mit Gesetzen vergleichbaren normativen Gehalts gibt.

161 Die im Grundgesetz festgelegte Bindung von Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) verweist auf die Bedeutung des Richter:innenrechts für die Dogmatik. „Die Bindung an das Gesetz vollzieht sich so als Bindung an das Richterrecht“ (Strauch 2023: 106), das die gesetzlichen Normen systematisch weiterentwickelt.

„Dogmatik ist dabei die gemeinsame Sprache, deren Kenntnis erst den Zugang zum Kreis der Interpreten ermöglicht“ (Hailbronner 2014: 442). Während Richter:innen nur in Bezug auf konkrete Fälle aktiv werden können, ist es der akademischen Rechtswissenschaft möglich, grundsätzliche systematisierende Arbeit zu leisten (Vetters et al. 2017: 17). Aber auch ohne unmittelbaren Anwendungsbezug verfolgt Rechtsdogmatik einen „normativen Anspruch“ (Bumke 2014: 646) im Sinne einer praktischen Ausrichtung. „Dogmatische Texte sind kommunikative Vehikel für normative Aussagen, die darauf abzielen, am Ende in einer (höchst-)richterlichen Entscheidung Berücksichtigung zu finden“ (Boulanger 2019: 176). Durch ihren Praxisbezug ist die Dogmatik damit auch ein Machtinstrument (Schuppert 2019: 192 ff.). Buchstäblich steht dafür der Begriff ‚herrschende Meinung‘, mit der die Rechtswissenschaft „offenherzig“ (Buckel 2013: 33) kennzeichnet, dass es letztlich eine Frage der Autorität ist, welche dogmatische Auslegung einer Norm sich (aktuell) durchsetzen kann. Die ‚herrschende Meinung‘ diszipliniert dabei nicht nur das Innenleben des Rechtssystems, sondern wirkt darüber hinaus: „Politische Akteure, die sich bei der Vertretung ihrer Interessen auf die ‚herrschende Meinung‘ berufen können, wissen die staatliche Sanktionsgewalt auf ihrer Seite. In keinem gesellschaftlichen Diskurs sind Wahrheitsgeltung und Macht so unmittelbar miteinander verknüpft wie in der Rechtswissenschaft“ (Rehder 2011: 26).

Daraus ergeben sich vielfältige Anknüpfungspunkte für eine soziologische Betrachtung von Rechtsdogmatik. Ausgangspunkt einer solchen Betrachtung ist ein Verständnis der Entstehung und Entwicklung von Recht bzw. Rechtsdogmatik als Produkt eines Aushandlungsprozesses und damit als soziale Praxis (Morlok et al. 2000; Wrase 2017; Boulanger 2019). Die Rechtswissenschaft selbst kann eine solche Perspektive nicht einnehmen, weil sie darauf angewiesen ist, Dogmatik immer aus der Binnenperspektive des eigenen Systems zu betrachten und entlang dessen Logik weiterzuentwickeln (Luhmann 2000: 25). Unabhängig von einer handlungstheoretisch geprägten Vorstellung der Dogmatik als sozialer Praxis bedeutet ihre soziologische Beobachtung, sie als empirischen Gegenstand zu verstehen, ohne dazu verpflichtet zu sein, nur innersystematische Zusammenhänge des Rechts zu ergründen (Rosenstock et al. 2019; Schulz-Schaeffer 2004). Die detaillierte Beschreibung der rechtlichen Grundlagen der Schutzstatus im zweiten Kapitel hat die komplexe dogmatische Ausdifferenzierung der entsprechenden Normen über deren Wortlaut hinaus gezeigt. Die folgenden theoretischen Ausführungen veranschaulichen, dass die Analyse der Tatsachenfeststellung und -bewertung in Asylverfahren (und in Gerichts-

verfahren generell) nicht ohne ein Verständnis dieser dogmatischen Ausdifferenzierung gelingen kann, weil das Recht konstitutiv für den Zugriff auf Tatsachen ist, während es zugleich durch Tatsachen geformt und weiter ausdifferenziert wird.

3.2 Wissen über Tatsachen: Empirisches Wissen im Recht

Komplexes empirisches Wissen ist in der Regel Expert:innenwissen und damit das Produkt von Personen, die über anerkannte wissenschaftliche Qualifikationen verfügen und die dieses Wissen unter Berücksichtigung bestimmter methodischer Standards generiert haben (Boswell 2009: 56). Nach der „Geburt des Experten im Gericht“ (Hirschi 2018: 59) im 17. Jahrhundert setzte im 19. Jahrhundert ein alle Bereiche des öffentlichen Lebens umfassender Prozess der „Verwissenschaftlichung“ (Raphael 1996) ein, „also die dauerhafte Präsenz humanwissenschaftlicher Experten, ihrer Argumente und Forschungsergebnisse in Verwaltungen und Betrieben, in Parteien und Parlamenten, bis hin zu den alltäglichen Sinnwelten sozialer Gruppen, Klassen oder Milieus“ (ebd.: 168). Die (sozialwissenschaftliche) „Verwendungsforschung“ beschäftigt sich mit der Funktion dieses Wissens für die politische Entscheidungsfindung und deren administrativer Umsetzung (Beck/Bonß 1989).¹⁶² Ein Beispiel ist Christina Boswells Studie zur politischen Verwendung migrationswissenschaftlichen Expert:innenwissens (Boswell 2009). Sie zeigt, dass Politik und Verwaltung dieses Wissen, produziert in verwaltungseigenen Forschungsstellen, nicht in erster Linie für evidenzbasierte Entscheidungen verwenden. Diese instrumentelle Funktion des Wissens wird vielmehr begleitet von symbolischen Funktionen: Expert:innenwissen dient demnach dazu, die Legitimität politischer und administrativer Entscheidungen zu erhöhen („legitimizing function“), indem es diesen Entscheidungen Glaubwürdigkeit und damit Autorität verleiht („substantiating function“, ebd.: 61 ff.).

Gesetzgebungsprozesse können die galoppierenden technischen, digitalen und wissenschaftlichen Innovationen nicht mehr vollumfänglich durch Normen abdecken und damit regulieren. Gesetze in Bereichen

162 Zuletzt wurde vermehrt die Legitimation von Expert:innenwissen im Kontext demokratischer Willensbildung kritisch reflektiert und vor einer „Epistemisierung des Politischen“ (Bogner 2021) oder einer „Expertokratie“ (Münkler 2020) gewarnt. Für eine vergleichbare, auf das Rechtssystem bezogene Kritik siehe Seibert 2024: 163 ff.

wie dem Umwelt- oder Datenschutzrecht haben deshalb eine „sinkende Steuerungskraft“ (Augsberg 2009a: 8) und werden „kognitiv empfindlich“ (Luhmann 1993: 557), denn ihre normative Ausfüllung geschieht erst in der Anwendung der entsprechenden Normen auf Fälle und relevantes Wissen muss „im Vollzug erzeugt werden“ (Trute 2010: 36).¹⁶³ Für die Rechtswissenschaft ist deshalb die „kognitive[] Dimension des Rechts“ (Röhl 2010; vgl. auch Münkler 2019a), die „Wissensgenerierung in Verfahren“ (Wollenschläger 2009; vgl. auch Guckelberger 2017), die Verwendung „extrajuridische[n] Wissen[s]“ (Augsberg 2013a) und damit der Zusammenhang von „Wissen und Recht“ (Augsberg/Schuppert 2022) zu einem zentralen Forschungsthema geworden. Rechtliche Entscheidungen werden, nicht nur in Asylverfahren, vor dem Hintergrund mehr oder weniger großer Ungewissheit gefällt (Augsberg 2009b), die sich in vielen Fällen als epistemische Unsicherheit darstellt, als ein Mangel von (Fach-)Wissen zum Sachverhalt. Dieses Wissen muss generiert und in den rechtlichen Kontext „übersetzt“ werden (Augsberg 2013b: 15 ff.; Baer 2017: 285; Kamil Abdul-salam 2021: 489; Setzer/Vanhala 2019: 9). Gerichte können Sachverständige hinzuziehen und tun das vor allem in Konstellationen, in denen das benötigte Wissen fern der eigenen disziplinären Expertise zu finden ist, also bei naturwissenschaftlichen und technischen Fragen. Als „technically illiterate‘ fact-finders“ (Jasanoff 1995: 5; vgl. auch Lautmann 2011: 72) sind Richter:innen in diesen Bereichen auf externes Wissen angewiesen, werden gar zu „Subsumtionsautomaten von Mediziner:innen, Naturwissenschaftler:innen und Technikern“ (Lepsius 2005: 2; vgl. auch Seibert 2024: 165).¹⁶⁴ Anders verhält es sich bei Wissensgebieten, in denen sich Richter:innen eigene empirische Expertisen zutrauen. „Eine je-desto-Formel drängt sich auf: Je naturwissenschaftlicher die normerheblichen Fakten sind, desto eher wird deren Erhebung und Bewertung delegiert, je sozialwissenschaftlicher sie sind, desto eher wird auf der eigenständigen juristischen Erhebung und Bewertung bestanden“ (Lepsius 2005: 2). Dieses epistemische Selbstbewusstsein gilt auch für psychologisches Wissen, wobei es sich hier wohl eher um einen Übergangsbereich zwischen professioneller Delegation und richterli-

163 Trute (2010: 36) geht davon aus, dass eine verlässliche Steuerung über Gesetze für die genannten Regelungsbereiche kaum noch möglich ist und die Rechtspraxis der zentrale Ort der Normierung wird, was zu Demokratie- und Legitimationsproblemen führe; vgl. auch Strauch 2023: 107 f.

164 Der Umgang mit naturwissenschaftlichem Wissen im Recht wird von einem weiten Forschungsfeld abgesteckt, siehe z. B. Edmond 2000, 2004; Jones 1994; zum Wissensproblem im Bereich der *climate litigation* siehe Setzer/Vanhala 2019: 9 f.

cher Tatsachensammlung und -bewertung handelt. Ein weiterer umfassend erforschter Schauplatz des Verhältnisses von Recht und Tatsachen ist dementsprechend die Verwendung psychologischen bzw. psychiatrischen Wissens insbesondere in Strafverfahren (z. B. Redmayne 2001; Wolff 1995). Genuine Bereiche des ‚weichen‘ Endes der je-desto-Formel sind beispielsweise der gerichtliche Umgang mit historischem Sachverstand (z. B. Gärditz 2021; Möllers 2004) oder die in Abschnitt 1.2 diskutierte Forschung zur Verwendung von im weitesten Sinne kulturellen Wissens vor Gericht, wenngleich Richter:innen auch hier, wie diese Forschung zeigt, durchaus auf externen Sachverstand angewiesen sind. Oliver Lepsius (2005: 3 ff.) unterscheidet insofern ein „integratives“ von einem „arbeitsteiligen Grundverständnis“: Während bei Letzterem die Tatsachenfragen an Sachverständige ausgelagert werden (und dem Gericht nur die Subsumtion bleibt), ermitteln und bewerten Richter:innen im Rahmen des integrativen Grundverständnisses Tatsachen selbst und behalten so die „interpretatorische Herrschaft“ (ebd.: 3) nicht nur über das Recht, sondern auch über die Tatsachen.¹⁶⁵ Das gilt auch für Asylverfahren.

Über die Verwendung empirischen Wissens in gerichtlichen Verfahren hinaus analysiert die *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, wie Erkenntnisse und begriffliche Konzepte anderer Disziplinen zur Weiterentwicklung der Dogmatik und damit zur Systematisierung des Rechts beitragen (Voßkuhle 2012). Anna-Bettina Kaiser (2013) zum Beispiel charakterisiert Begriffe als „Wissenstransmitter“, und beschreibt den Transfer sozialwissenschaftlicher Konzepte wie ‚Governance‘, ‚Netzwerk‘, oder ‚Steuerung‘ in die Rechtswissenschaft. Bezugnehmend auf die *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* haben Larissa Veters, Judith Eggers und Lisa Hahn (2017: 18 ff.) skizziert, wie theoretische Konzepte und empirisches Wissen der Sozialwissenschaften und der Anthropologie wie beispielsweise ‚Citizenship‘ oder ‚Zugehörigkeit‘ die Migrationsrechtsdogmatik irritieren und damit weiterentwickeln können.¹⁶⁶

165 Mit der dritten Kategorie, dem „delegierenden Grundverständnis“, meint Lepsius die (vor allem verfassungsgerichtliche) Delegation von Tatsachenfragen an den gesetzgeberischen Spielraum.

166 In kleinerem Maßstab finden sich in der Migrationsrechtswissenschaft zahlreiche Beispiele, in denen geltende dogmatische Gesetzesauslegungen mit ihnen widersprechenden Ergebnissen empirischer Studien konfrontiert werden. So kritisiert Nachtigall (2020: 277) die ‚herrschende Meinung‘, dass eine nicht erfolgreiche Identitätsklärung im Kontext der „Duldung light“ automatisch als Schuld der geduldeten Person betrachtet wird, mit Forschungsergebnissen von Bauer/Schreyer

Ein weiteres Beispiel für den Einfluss empirischen Wissens auf die Dogmatik ist die Norminterpretation bzw. die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe nach ihrem Zweck (teleologische Auslegung). Wenn zum Beispiel im Glücksspielrecht der Zweck des Glücksspielverbots die Vermeidung von Spielsucht ist, muss für die rechtliche Frage, ob es sich bei Sportwetten um Glücks- oder doch um Geschicklichkeitsspiel handelt, empirisches Wissen zum Suchtpotential von Sportwetten für die Auslegung des Rechtsbegriffs ‚Glücksspiel‘ herangezogen werden (Petersen 2010: 441 f.; Towfigh 2014: 682 ff.). Was als ‚gefährlich‘ gilt, ist zwar eine normative Festlegung, die daraus folgende und für die Dogmatik entscheidende Hypothese, dass Glücksspiel gefährlicher als Geschicklichkeitsspiel ist, kann aber empirisch getestet werden: „It is doctrine based on an empirical assumption“ (Towfigh 2014: 676).

Die Untersuchung der Integration extrajuridischen Wissens in konkrete Verfahren ist analytisch zu trennen von der rechtswissenschaftlichen Frage danach, wie dieses Wissen die Systematisierung des Rechts beeinflusst. Beides ist Teil der „empirischen Wende“ der Rechtswissenschaften (Petersen 2010; Shaffer/Ginsburg 2012).¹⁶⁷ Zugleich geschieht, wie in Abschnitt 3.1 dargelegt, die Weiterentwicklung der Dogmatik nicht nur auf dem rechtswissenschaftlichen Reißbrett, sondern ebenso durch die Rechtspraxis. Dort konstituieren sich Recht und Tatsachen wechselseitig, indem Normen anhand von Fällen konkretisiert werden und diese Fälle dabei immer bereits ausgehend von der Norm konstruiert werden.

(2019), nach denen eigenes Verschulden in den wenigsten Fällen der Grund für eine ungeklärte Identität ist.

- 167 Diese „empirische Wende“ erschöpft sich nicht in einer zunehmenden Beachtung des Verhältnisses von Recht und Tatsachen in konkreten Verfahren und der Bedeutung extrajuridischen Wissens für die Rechtsdogmatik, sondern bezieht sich darüber hinaus auf die (damit freilich zusammenhängende) Verwendung empirischer Methoden durch die Rechtswissenschaft (vgl. etwa Dobinson/Johns 2017; Epstein/King 2002; Goldsmith/Vermeule 2002; Hall/Wright 2008) und auf die Forderung einer stärker empirisch orientierten juristischen Ausbildung (Strauch 2023). Passender erscheint es deshalb, von „empirischen Wendungen“ im Plural zu sprechen (Feneberg 2021).

3.3 Normkonkretisierung und Fallkonstruktion: Die Ko-Konstitution von Recht und Tatsachen

Rechtsnormen sind deutungs offen; ihr konkreter Gehalt ist nicht in Paragraphen fixiert: „Vom Gesetz und seinem Inhalt darf man sich (...) nicht mehr erwarten als eine vage Disziplinierung des Diskurses“ (Lahusen 2018: 68). Als Gesetz *gilt* die Norm, erst durch ihre Anwendung durch Auslegung *wirkt* sie (Lepsius 2016: 10 ff.). Der genaue Maßstab der Norm entsteht „im Fallbezug“ (Esser 1970: 144); die Norm wird konkretisiert und zu einer „Entscheidungsnorm“ (Hoffmann-Riem 2016b: 110) transformiert. „Indem es Sachverhaltsfeststellung und Normkonkretisierung rekursiv miteinander verknüpft, schafft sich das Verfahren seine eigenen Entscheidungsgrundlagen“ (Augsberg 2009a: 8 f.). Bourdieu (2019: 47) spricht gar von einer „Erfindungsfunktion“ richterlichen Entscheidens; durch ihre Anwendung werden Normen immer wieder neu erschaffen.¹⁶⁸

Zentral für die Normkonkretisierung ist die Definition ihres „Realbereichs“, also „die von der Norm jeweils in Bezug genommene technologische, naturwissenschaftliche, soziale, politische, ökonomische, kulturelle, ökologische u. a. ‚Wirklichkeit‘“ (Hoffmann-Riem 2016a: 4; vgl. auch Hoffmann-Riem 2022: 516). Auf welchen Ausschnitt der Wirklichkeit sich eine Norm bezieht, wird bereits durch das Gesetz eingegrenzt: Die fünf Verfolgungsgründe ‚Rasse‘, Religion, Nationalität, politische Überzeugung und Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe beispielsweise legen fest, welche individuellen Eigenschaften und damit welche Ausschnitte der Wirklichkeit für die Flüchtlingseigenschaft relevant sind. Zugleich bleiben sie konkretisierungsbedürftig, wie ich im zweiten Kapitel am Beispiel der bestimmten sozialen Gruppe gezeigt habe. Hier hat sich der Realbereich über eine jahrzehntelange Anwendung erweitert, wobei die

168 Auch Kantorowicz (1911: 289) spricht, im Kontext der Rechtfertigung der Freirechtsschule, von der „schöpferische[n] Findung freien Rechts“. Insbesondere Verfassungsnormen werden durch ihre Anwendung nicht nur konkretisiert, sondern auch weiterentwickelt: „Verfassungen sind gekennzeichnet durch eine Parallelität von textlicher Immobilität und normativer Mobilität“ (Thym 2020: 51; zur „Empirieprägung“ verfassungsgerichtlicher Normkonkretisierung vgl. Harbarth 2022). Nichts anderes gilt für die EMRK, deren Status als „living instrument“ Grundlage ihrer Interpretation ist (Mowbray 2005). „Die offene Textur des Rechts erlaubt erst die Anpassungsfähigkeit unter den Bedingungen der permanenten Selbsttransformation der Gesellschaft“ (Ladeur 2016: 55). Normkonkretisierung ist damit immer auch Rechtsfortbildung und Urteile sind immer auch „verfassende Urteile“ (Müller-Mall 2023).

Anerkennung der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität als Verfolgungsgründe das wichtigste Ergebnis dieser Erweiterung war. Für diese Erweiterung bedurfte es empirischen Wissens über entsprechende Menschenrechtsverletzungen.¹⁶⁹ Auch die Erweiterung des Realbereichs des Verfolgungsgrundes ‚Politische Überzeugung‘ auf die Verfolgung von Militärdienstverweigerern als Regimegegner ist eine „faktenbasierte Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der politischen Verfolgung“ (Mitsch 2020: 55) und lenkt den richterlichen Blick auf einen bestimmten Wirklichkeitsausschnitt. Ein weiteres für diese Arbeit zentrales Beispiel ist die Ausweitung des Realbereichs des Tatbestands ‚unmenschliche Behandlung‘ aus Art. 3 EMRK auf nicht von Akteuren verursachte humanitäre Notlagen, die ich bereits in Kapitel 2.5 als *empirische* Konkretisierung beschrieben habe, weil für die Normkonkretisierung Herkunftslandinformationen zentral sind. „Insofern entfaltet das Faktische normative Kraft, ohne selbst Norm zu sein“ (Harbarth 2022: 158).

Ob Flüchtlingsschutz oder Abschiebungsverbote: Das Asylrecht zeigt, wie Gerichte Normen durch ihre Anwendung auf neue Sachverhalte und durch die Verfügbarkeit neuer Tatsachen konkretisieren, und zwar über den Einzelfall hinaus: „Verfahren ermöglichen nicht nur unterschiedliche Daten und Informationen einzuspielen, sondern – vielleicht wichtiger – sie ermöglichen, die entsprechenden Relevanzkontexte selbst zu thematisieren und damit zu beeinflussen, gerade auch im Hinblick auf ihren übergreifenden Charakter“ (Trute 2010: 26). Die stete Neujustierung des Realbereichs der Tatbestände erfolgt nicht nur anhand fallübergreifender Tatsachen, sie entfaltet auch fallübergreifend Wirkung und führt so zu einer Weiterentwicklung der Dogmatik des Asylrechts. Die Normkonkretisierung durch

169 Bei der Aufnahme der Merkmale Geschlecht und sexuelle Orientierung in den asylgesetzlichen Paragrafen, der die bestimmte soziale Gruppe definiert (§ 3b Abs. 2 Nr. 4 AsylG), handelt es sich um eine Positivierung dieses sukzessive erweiterten Realbereichs im Sinne einer „normativen Nachverdichtung materieller Standards“ (Gärditz 2011: 1577). Die weiterhin sehr offenen tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe erfordern in den meisten Fällen aber die immer wieder neue Festlegung des Realbereichs dieser Norm, da Begriffe wie „angeborene Merkmale“, „deutlich abgegrenzte Identität“, „umgebende Gesellschaft“ oder „andersartig“ mithilfe empirischen Wissens gefüllt werden müssen, bevor die Norm auf den Einzelfall angewendet werden kann (vgl. auch Mitsch 2020: 54). Die Norm wird laufend weiter konkretisiert.

Tatsachen zeigt, dass Dogmatik „nicht allein rechts-, sondern zugleich auch realitätsgeprägt [ist]“ (Gusy 1991: 215).¹⁷⁰

Obwohl sich also der Realbereich einer Norm durch ihre Anwendung verschieben kann, geht diese Anwendung, siehe die gesetzliche Festlegung der Verfolgungsgründe, immer bereits von einem bestimmten Wirklichkeitsausschnitt aus. Durch den initialen Fokus des Flüchtlingsrechts auf individuelle Verfolgung durch den Staat dauerte es Jahrzehnte, bis sich der Realbereich beispielsweise auf die Verfolgung durch nicht-staatliche Akteure erweiterte. Auch der (deutsche) Widerstand gegen eine Anerkennung internationalen Schutzes für Menschenrechtsverletzungen ohne direkte Akteursverursachung ist diesem ursprünglich engen Realbereich geschuldet (Kapitel 2.5). Damit wird deutlich: Normen werden zwar durch Fälle konkretisiert, diese Fälle werden aber bereits in Abhängigkeit von Normen konstruiert. Es ist die Aufgabe des Gerichts, eine rechtliche Frage „in eine kognitiv anzugehende Erkenntnisfrage zu transformieren“ (Maxin 2021: 61). Das Recht lenkt den Blick auf die Wirklichkeit und regelt ihre rechtliche Verarbeitung: „Legal systems create facts in order to treat them as facts“ (Rosen 2006: 68).¹⁷¹

170 Hoffmann-Riem (2016b: 114) setzt den Realbereich der Norm mit den Begriffen „generelle Tatsachen“ bzw. „legislative facts“ gleich. Letzteres verweist darauf, dass das Gesetzgebungsverfahren „[p]rimärer institutioneller Ort“ (Gärditz 2011: 1558) ist, an dem festgelegt wird, auf welchen empirischen Prämissen eine Norm beruht, was also der für sie erhebliche Ausschnitt der Wirklichkeit ist. Laut Scheppele (2003: 367 f., Fn. 18) wird der Begriff „legislative facts“ erstmals von Davis (1942: 408) verwendet, der davon „adjudicative facts“ unterscheidet, also die Tatsachen individueller Fälle, sogenannte Einzeltatsachen. Ohne den Begriff explizit zu definieren, meint Davis mit „legislative facts“ Tatsachen, die im Gesetzgebungsprozess relevant sind, wenn „virgin territories“ betreten werden. Die Überbetonung des legislativen Moments verschleiert aber, dass die Normkonkretisierung über die Zeit stark richterrechtlich geprägt ist und damit auch von der Verwendung von „adjudicative facts“ abhängt. Der Wirklichkeitsausschnitt, auf den sich die Norm bei ihrer Entstehung bezieht, kann weit gefasst oder gar unscharf sein und „befindet sich also für den Normsetzer in einem ganz anderen Aggregatzustand als für den Normanwender“ (Starck 1971: 612; zur Metapher von Normen in unterschiedlichen Aggregatzuständen siehe ausführlich Lepsius 2016).

171 Vgl. grundlegend zur Konstruktion naturwissenschaftlicher Fakten in rechtlichen Verfahren siehe Jasanoff (1995: 36 ff.), die zeigt, wie ein Wandel des juristischen Verständnisses von Risiken durch Umweltzerstörung ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts das Beweismaß und damit die rechtliche Verarbeitung empirischen Wissens beeinflusste. Für eine Differenzierung der Metapher der „Konstruktion“

Sowohl materielles als auch formelles Recht tragen bei zum „Akt dieser Wirklichkeitskonstruktion“ (Hoffmann-Riem 2016a: 7). Indem es Tatbestände festlegt, bestimmt erstens das materielle Recht, *welche* Tatsachen relevant sind: „Der juristische Zugriff auf die zu beurteilende soziale Situation setzt schon bei den Kategorien an, die durch juristische Tatbestandsbegriffe beschrieben werden“ (Felder 2010: 83). Wenn das Strafrecht beispielsweise verschiedene Mordmerkmale aufzählt (§ 211 Abs. 2 StGB), bestimmt es zugleich die entscheidungsrelevanten Tatsachenfragen. ‚Mordlust‘, ‚Befriedigung des Geschlechtstriebes‘, ‚Habgier‘, ‚sonstige niedrige Beweggründe‘, ‚Heimtücke‘ oder die ‚Verdeckung oder Ermöglichung einer anderen Straftat‘: Diese (wiederum konkretisierungsbedürftigen) Definitionsmerkmale lenken den richterlichen Blick auf die Motive der Täter:innen, während die beiden Merkmale ‚Grausamkeit‘ und ‚Anwendung gemeingefährlicher Mittel‘, die ebenfalls im entsprechenden Paragraphen aufgezählt werden, den Blick auf den Akt der Tat lenken. Ein für die Syria-Rechtsprechung zentrales Beispiel ist die Festlegung, dass es für die Zuerkennung eines Schutzstatus nicht erheblich ist, ob eine verfolgte Person die Merkmale der Verfolgungsgründe (etwa eine politische Überzeugung) tatsächlich aufweist, sondern, dass der Verfolger ihr dieses Merkmal zuschreibt (§ 3b Abs. 2 AsylG). Damit wird abgesteckt, dass Richter:innen weniger Tatsachen über die Motive des Verfolgten, sondern vielmehr über die Motive des Verfolgers heranziehen müssen. Zugleich ermöglicht die Rechtsfigur der *objektiven Gerichtetheit*, diese Motive anhand ihrer Umsetzung festzustellen (anstatt das Innenleben der Verfolger ergründen zu müssen).¹⁷² In den Afghanistanverfahren führt die zwar nicht gesetzlich, aber richterrechtlich festgelegte Definition von Grundbedürfnissen dazu, dass die Tatsachenfeststellung sich auf den Zugang zu Nahrungsmitteln, Unterkunft und medizinischer bzw. hygienischer Versorgung richtet.¹⁷³ Die „Rechtserheblichkeit von Tatsachen“ (Hoffmann-Riem 2016b: 115) ist also abhängig vom Normgehalt zu ermitteln. „When life meets law, life is framed in the legal manner. (...) Law frames life in that it states and dictates what matters“ (Baer 2017: 287; vgl. auch Lepsius 2005: 2; Scheppele 1990: 43; Towfigh 2014: 679). Die Tatbestände der Norm definieren immer bereits einen Realbereich. Dieser

siehe Redmayne 2001: 5 ff.; zum „case making“ in strafrechtlichen Verfahren siehe Oorschot 2021.

172 Für Details siehe Kapitel 2.3 und 6.2.

173 Für Details siehe Kapitel 2.5 und 7.1.

Bereich kann sich zwar ändern, legt aber grundsätzlich fest, welche Tatsachen erheblich sind.

Zweitens regelt das formelle Recht, *wie* Tatsachen verarbeitet werden, also wer für die nötigen Informationen zuständig ist (formelle Beweislast), wann ausreichend Wissen zu einer bestimmten Tatsachenfrage vorhanden ist (Beweismaß) und wie entschieden wird, wenn eine Tatsachenfrage nicht beantwortet werden kann (materielle Beweislast). In Asylverfahren bestimmt der Amtermittlungsgrundsatz, dass das Gericht die notwendigen Informationen ermitteln muss, der Überzeugungsgrundsatz und das abgestufte Prognosemaß der beachtlichen Wahrscheinlichkeit bestimmen den Grad der Gewissheit, den Richter:innen von diesen Informationen erlangen müssen und die Beweislast bei einer unklaren Tatsachengrundlage liegt bei dem oder der Asylsuchenden.¹⁷⁴ Das Verfahrensrecht ist damit ein Instrument zum Umgang mit Unsicherheit, denn es ermöglicht „Entscheidungen trotz unvollkommenen Wissens“ (Hoffmann-Riem 2016a: 12): Richter:innen können bereits überzeugt sein von den Basistatsachen, wenn diese noch Lücken aufweisen, für die Prognoseentscheidung gilt ohnehin ein abgestuftes Beweismaß und wenn sich keine Überzeugung bilden lässt, greift die materielle Beweislast. Nur so können sie bei verbleibender empirischer und prognostischer Unsicherheit überhaupt entscheiden. Es bedarf dazu keiner finalen Wahrheit, sondern einer „für Zwecke der rechtlichen Problemlösung ‚brauchbare[n]‘ Wahrheit“ (Hoffmann-Riem 2016b: 327; vgl. auch Strauch 2023: 83). Der „Wirklichkeitsverlust“ (Bourdieu 2019: 51), der mit der Umwandlung eines realen Geschehens in einen Rechtsfall einhergeht, ist zugleich eine notwendige Komplexitätsreduktion. Denn Richter:innen, insbesondere in Asylverfahren, stehen nie vor vollendeten Tatsachen. Das Recht aber kennt Mittel und Wege, das Verfahren trotzdem zu vollenden.

Dass die Normkonkretisierung auf Tatsachen angewiesen ist und zugleich Tatsachen vom Recht konstruiert werden zeigt, dass sich Norm und Sachverhalt und damit Rechts- und Tatsachenwissen in der Entscheidungspraxis wechselseitig konstituieren. „Interpretation in legal contexts proceeds through the mutual construction of facts and rules“ (Scheppelle 1988: 95). Die Unterscheidung von einer Sphäre des Rechts und einer Sphäre der Tatsachen ist zwar maßgeblich für die institutionelle Struktur des Rechts-

174 Für Details siehe Kapitel 2.6.

systems, lässt sich in der Praxis der Rechtsanwendung aufgrund ihrer wechselseitigen Verknüpfung aber kaum aufrechterhalten:

“(...) [C]ourts don’t first settle on an interpretation of the facts and then figure out what the law means. The practice of judging simultaneously engages both in an ongoing project of meaning-making, producing a single opinion in which fact and law are woven together in one coherent whole. Constructing the facts and constructing the law are not two separate enterprises, but are mutually implicated in the same project” (Scheppelle 1990: 60).

Beim vielzitierten „Hin- und Herwandern des Blicks“ (Engisch 1943: 15) zwischen Norm und Sachverhalt werden sowohl Normen durch Tatsachen konkretisiert als auch Tatsachen durch Normen konstruiert. Rechtsanwendung ist damit ein Akt der „Anpassung von normativen und faktischen Fallelementen“ (Stegmaier 2009: 95).

Die ethnografische Rechtsforschung untersucht diesen Anpassungsprozess im Vollzug und begreift Rechtsfindung als soziale Praxis, als interaktiven Prozess. Ein Beispiel für diesen Blick auf das Recht ist Bruno Latours Studie über den Conseil d’Etat, den französischen Staatsrat (Latour 2016). Latour interessiert, wie Recht *gemacht* wird und betitelt seine Forschung entsprechend mit der industriegesellschaftlichen Metapher der „Rechtsfabrik“ (*Fabrique du droit*). Als Ethnologe beobachtet er den Staatsrat wie eine fremde Kultur, die er anhand ihrer Rituale, Interaktionen und sichtbaren sozialen und vor allem materiellen Prozesse verstehen möchte. Latour vermeidet einen „hastige[n] Zugriff der Theorie“ (Twelmann 2016: 24) und legt weder rechtssoziologische noch rechtstheoretische (oder gar rechtsdogmatische) Maßstäbe an das an, was er sieht. Was er sieht, das ist in erster Linie die Materialität der Rechtsfabrik und damit weniger die kognitive als vielmehr die bürokratische Infrastruktur des Rechts, das in einem Netzwerk von Akteuren und Dingen entsteht, in einem „verschlungenen Kurs der Praxis“ (Latour 2016: 165). Latour entwickelt seine Beobachtung entlang des Weges der Akten von der Klage als Initialzündung eines Rechtfalles bis zu dessen Entscheidung. Die richterliche Arbeitsweise beschreibt er als Auseinandersetzung mit der Materialität der Akte: „Die Richter räsonieren nicht: Sie setzen sich mit einer Akte auseinander, die auf sie einwirkt, die sie bedrängt, die sie herausfordert, die ihr Tun veranlasst“ (ebd.: 218). Durch die Sammlung von Fallwissen in der Akte (Was ist relevant für die Entscheidung? Welche Informationen verlangt das zugrunde-

liegende Recht?) erhält der Fall sukzessive Struktur und erlangt mehr und mehr Stabilität (die Akte „reift“ und wird „geerntet“, ebd.: 101), auf deren Grundlage entschieden werden kann. Latour bezeichnet diesen Vorgang als „Übergang des Rechts“ (*passage du droit*), womit vor allem ein Übergang in Recht gemeint ist im Sinne einer Transformation der Akte in eine rechtliche Entscheidung. Latour erfasst diesen Übergang als „Intertextualität“ (ebd.: 103), als „Webarbeit“ (ebd.: 107), die das Fallwissen der Akte langsam mit den gesetzlichen Grundlagen (diese „zwei Arten von Literatur“, ebd.: 107) verknüpft. Das Verweben führt zur einer „fragilen[n] Brücke aus Texten“ (ebd.: 103), mit der schließlich eine Verbindung zwischen Fall und Recht hergestellt wird. Etwas geht „von einem Text in den anderen [über], wie ein von Ast zu Ast springendes Eichhörnchen“ (ebd.: 108).¹⁷⁵ Der „Übergang des Rechts“ meint diesen „Weg zwischen den Texten und einem Einzelfall“ (ebd.: 195) hin zur Entscheidung. Ohne es so zu nennen, beschreibt Latour hier die Subsumtion eines Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand, von dem ausgehend der Sachverhalt als Fall konstruiert wird. Es kann aber auch zu einer Entscheidung „über *das Recht selbst*“ anlässlich eines Falles kommen, wenn sich unter dem „Vorwand des Einzelfalles (...) alles oder ein Teil der Norm ändert“ (ebd.: 195, Herv. im Org.). Das Recht erfährt dann eine Angleichung oder Änderung durch die Entscheidung eines Falles – die Norm wird konkretisiert.

Wie Latour untersucht auch Peter Stegmaier (2009) die Entstehung von Recht als Praxis gerichtlicher Fallbearbeitung, legt dabei allerdings einen stärkeren Schwerpunkt auf die Herstellung richterlichen Wissens und die Perspektive der Richter:innenschaft: „Wie gelangen Richtende zu der Erkenntnis, was das normative Problem an einem Fall ist und welche Lösung Gültigkeit gewinnen sollte; und wie rekonstruieren bzw. restrukturieren sie demnach den betreffenden Rechtsfall?“ (ebd.: 17 f.). Das zentrale Wissen umfasst den Bereich des „fallbezogenen normativen richterlichen Wissens“ (ebd.: 18), also etwa Wissen über die Gesetze und den richtigen Gebrauch von gesetzlichen Regelungen, über vorangegangene Entscheidungen, über Verfahrensrecht oder über die Verwendung von Kommentarliteratur. Rechtliches Wissen ist Fallwissen und damit Wissen, das sich in der konkreten Fallbearbeitung erst entwickelt. Daran haben sowohl die Kenntnis spezifischer Normen und der relevanten Tatsachen Anteil als auch „alltägliche und professionelles Kontextwissen“ (ebd.: 23).

175 Unklar bleibt, warum das Eichhörnchen springen muss, wenn doch (wenige Zeilen zuvor) eine Brücke gebaut wurde.

Stegmaiers Erkenntnisinteresse gilt einer allgemeinen Handlungstheorie der „Normierung“ (ebd.: 23). Entsprechend versteht er richterliches Handeln allgemein als „praktische Leistung, etwas normativ zu bewerten bzw. eine Erfahrung normativ zu rahmen“ (ebd.: 60). Richterliche Rechtsarbeit als soziale Praxis zu beschreiben bedeute, Rechtsfindung nicht einfach als logische Abfolge von Bewertungsschritten zu begreifen, die durch die juristische Methodenlehre vorgegeben sind. „Aufs Gesamtkonzept bezogen geht es um das Beschreiten gangbarer Wege durch die Akten, um das »Drehen und Wenden«, Sammeln, Sortieren, Trennen und Verknüpfen der Normen und Fakten, der Dokumente, Schriftsätze, Gesetzestexte und Rechtspositionen eines Falles und vergangener Fälle, die in den aktuellen Fall hereinspielen“ (ebd.: 92). Ebenso wie bei Latour soll Recht nicht von seinem Ergebnis her verstanden werden; die „Abläufe richterlicher Aktenarbeit“ (ebd.: 126) rücken ins Blickfeld.

Ergebnis dieser dichten Beschreibung ist eine „datenfundierte Praxistypologie“ (ebd.: 92 ff.), die die richterliche Fallbearbeitung in ihre Einzelteile zerlegt und so eine schrittweise Beschreibung dieser Praxis ermöglicht. Stegmaier bezeichnet die zentralen Tätigkeiten, entlang derer „die *Ordnung des Rechtsfalles* erzeugt wird“ (ebd.: 94, Herv. im Org.), mit den Schritten „Auffinden“, „Anpassen“ und „Abschließen“. Beim „Auffinden“ eruieren Richter:innen anhand einer „rechtlichen Grundvorstellung“ (ebd.: 96), welches Rechtsproblem ein Sachverhalt aufwirft und wie darauf zu reagieren ist. Es geht um „das Suchen und Finden fallrelevanter Normen“ (ebd.: 98). Auf dieser Grundlage zielt die Kernphase der Fallbearbeitung, das „Anpassen“, auf die „pragmatische Strukturierung von Rechtsfällen“ (ebd.: 235), also auf die Verbindung von Norm und Sachverhalt: „›Anpassen‹ meint die Praxis des Verknüpfens von Normen mit Fakten“ (ebd.: 104). Dazu wird der Fall erst in seine Einzelteile „zergliedert“ (ebd.: 237 ff.), um herauszuarbeiten, was daran rechtlich relevant ist; Wesentliches wird von Unwesentlichem getrennt. Ein:e Richter:in ist in diesem Prozess das „schöpferische, fabrizierende Subjekt (...), das mehr leistet, als nur aus der Akte abzulesen, sondern welches auch das »Puzzle« dank der eigenen Erfahrung, Vorstellungskraft und des eigenen Wissens um typische Begleitumstände und Konsequenzen überhaupt erst erschafft“ (ebd.: 260). Dazu gehört auch, wenngleich von Stegmaier nur ergänzend erwähnt, die Konstruktion des Sachverhalts, neben der Konstruktion der rechtlichen Aspekte des Falles (ebd.: 265 ff.). Nicht nur relevante Normen, auch relevante Fakten müssen aufgefunden und an den Fall angepasst werden. „Durch das Wissen, wie

der Fall beschaffen ist, ist es möglich, die Rechtsnorm zu konkretisieren“ (ebd.: 271), wobei, im Sinne der oben beschriebenen Ko-Konstitution, zugleich die Normen den Sachverhalt strukturieren. Die Zergliederung des Falles geht über in eine Verbindung der rechtlichen und tatsächlichen Einzelteile, um auf dieser Grundlage eine Entscheidung treffen zu können. Der Sachverhalt wird unter die gesetzlichen Tatbestände subsumiert.¹⁷⁶ Stegmaier zeigt, dass es sich hier nicht einfach lehrbuchartig um einen Akt deterministischer Deduktion geht, sondern liefert eine praxeologische Fassung des Subsumtionsprozesses: Die Subsumtion dient dazu, alles zu erfassen, was für den Fall relevant ist, also die Tatbestände der Norm Schritt für Schritt durchzugehen und mit dem Sachverhalt abzugleichen (ebd.: 274). „Anpassen“ ist mitunter ein „trial-and-error Verfahren“ (ebd.: 275); Richter:innen müssen „herumstochern“, „mehrere Anläufe machen“, „korrigieren“, „die Sache wieder aufs richtige Gleis“ setzen (ebd.: 272 ff.). Es wird „sowohl pragmatisch angepasst (...) als auch dogmatisch, also das ganze Spektrum zwischen tentativem Anpassen und gezieltem, strengen Subsumieren praktiziert (...) und das in unterschiedlichen Gemengelagen“ (ebd.: 323). Ein dritter Modus des Anpassens ist das „Erfinden“ (ebd.: 291 ff.), wenn etwa ein Sachverhalt sich nicht in das positive Recht einpassen lässt oder dieses durch Gesetzesänderungen neu erarbeitet werden muss. Die Kreativität der Richter:innen ist allerdings begrenzt durch die weiterhin vorhandene Struktur des Rechts, in die sich auch Improvisationen und bisher unbegangene dogmatische Wege einbetten lassen müssen (ebd.: 314). „Tradition und Innovation sind so ineinander verschlungen, fließen zusammen“ (ebd.: 324); Recht wird „zugleich bewahrt und generiert“ (ebd.: 23). Die Phase des „Abschließens“ hat eine „Schlussstrich-Funktion“ (ebd.: 106), hier wird der in der Kernphase vorbereitete Fall entschieden, er ist gelöst (wenn er nicht von einer übergeordneten Instanz beanstandet wird).

Wenn Stegmaier Latour vorwirft, dass in dessen materialistischem Bild der Entstehung von Recht als Verweben von Sachverhalt (Akte) und Gesetz der „Part des Webenden“ fehlt (ebd.: 79), so fehlt es Stegmaier (wie auch Latour) an einer genaueren Beschreibung der verschiedenen Stoffe, die miteinander verbunden werden. Bei beiden bleiben Recht und Sachverhalt abstrakte Entitäten, die nicht systematisch anhand konkreter Fälle unter-

176 Stegmaier (2009: 271) weist darauf hin, dass die Unterphasen des Zergliederns und Verbindens nicht zwingend linear aufeinander folgen. Ein vergleichbares Verständnis von „Zergliedern“ und „Verbinden“ findet sich auch bei Latour (2016: 173).

sucht werden. Das Muster, das entsteht, ist entsprechend unübersichtlich. Bei Latour schiebt sich immer wieder die metaphorische Beschreibung des Beobachteten vor die systematische Darstellung der Ergebnisse („fragile Brücke aus Texten“; „von Ast zu Ast springende Eichhörnchen“, Akten, die „reifen“ und „geerntet“ werden); eine Auseinandersetzung mit den rechtlichen und auch institutionellen Grundlagen seines Gegenstandes bleibt aus (ausführliche Kritik bei Schweizer 2016). Im Gegensatz dazu gelingt Stegmaier eine umfassende, empirisch informierte Systematisierung richterlicher Fallbearbeitung und damit eine im besten Sinne *grounded theory* dieser „hermeneutische[n] Kunst“ (Stegmaier 2009: 395). Auch dabei geraten allerdings die Rechtswissenschaft als Disziplin und die Rechtsdogmatik als Gegenstand aus dem Blick. Das komplexe Zusammenführen (Verknüpfen, Verbinden, Überbrücken etc.) von Recht und Tatsachen (*le passage du droit*) als Kernaspekt richterlicher Fallbearbeitung bekommen beide deshalb nur abstrakt zu fassen.

Diese Kritik ist keine grundsätzliche Kritik des Ziels, „stark positivistische, formalistische und dogmatische Ansätze in der Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre konstruktiv zu irritieren (oder ggf. auch zu bestätigen)“ (Stegmaier 2009: 19). Es stellt sich aber die Frage, ob Rechtspraxis und -wissenschaft sich von etwas irritieren lassen, in dem sie so wenig von dem wiederfinden, was ihnen bekannt ist, was also so wenig Anschlussfähigkeit verspricht. Dass Latour und Stegmaier mit ihren Untersuchungen nicht an den Erwartungen der Rechtswissenschaften gemessen werden dürfen, steht außer Frage. Der Hinweis, dass das Problem dann bei den Erwartungen zu suchen sei (Twellmann 2016: 43), klingt allerdings so, als habe sich dadurch auch das Problem erledigt und Kritik an fehlender Anschlussfähigkeit sei unangebracht. Die folgende empirische Untersuchung soll zeigen, dass auch eine „Rechtssoziologie ‚mit noch mehr Recht‘“ (Schulz-Schaeffer 2004) ihre Berechtigung hat.

In analytischer Hinsicht sind die mikrosoziologischen Beobachtungen der ethnografischen Rechtsforschung dennoch ein wichtiger Baustein für meine Untersuchung. Wenngleich auf hohem Abstraktionsniveau zeigen sie empirisch, wie Richter:innen einen Sachverhalt überhaupt erst als Rechtsfall konstruieren, wie sie zugleich Normen konkretisieren und wie dabei verschiedene Wissensressourcen ineinandergreifen. Das gilt insbesondere für Latours Beschreibung der Verbindung von Recht und Tatsachen als Akt der Intertextualität, an die ich im folgenden Kapitel methodisch anschließe. Denn es lohnt sich, die „fragile Brücke aus Texten“ die entstehen muss, um das Recht mit dem Fall zu verbinden, etwas langsamer und genauer abzu-

schreiten, als Latour das tut. Sowohl Latour (2016: 106) als auch Stegmaier (2009: 260) beobachten außerdem, dass bei der Verbindung von Normen und Tatsachen Wissensressourcen eine Rolle spielen, die weder eindeutig auf der Rechts- noch auf der Tatsachenseite verortet werden können. Diese Ressourcen beschreibe ich im folgenden Abschnitt.

3.4 Alltagstheorien und Erfahrungssätze

Die Rechtstheorie geht davon aus, dass die richterliche Persönlichkeit mit- samt ihren Erfahrungen und Hintergrundannahmen „künstlich annulliert“ (Luhmann 1983: 66) und die Entscheidung lediglich „als eine Folgerung aus Fakten und Normen dargestellt“ (ebd.: 109) wird. Allein: „Richter schließen nicht; sie urteilen“ (Gröschner 2017). Die Rechtswissenschaft hat verschiedene Versuche unternommen, „Vorverständnis“ (Esser 1970) und „Wertungen“ (Alexy 1983: 23) zu rationalisieren und methodisch einzu- hegen mit dem Ziel, diese Faktoren in die juristische Methodenlehre zu integrieren. Richterliches Urteilen umfasst aber nicht nur Vorverständnisse bei der Rechtsauslegung, auch die Interpretation von Tatsachen ist davon geprägt:

„Werden etwa die Begründungen von Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen durchgesehen, finden sich dort vielfach eine Reihe von Annahmen über empirische Gegebenheiten und prognostizierte Möglichkeiten, die nicht mit wissenschaftlichen Untersuchungen belegt werden und häufig auch gar nicht können. Die Rechtspflicht, auch in solchen Situationen Entscheidungen nicht zu verweigern, impliziert eine Ermächtigung, den eigenen Erfahrungs- und Kenntnisstand zugrunde zu legen, mit Plausibilitätsannahmen zu arbeiten und empirische sowie prognostische Feststellungen auf die „Überzeugung“ von ihrer Richtigkeit/ Plausibilität zu stützen“ (Hoffmann-Riem 2016b: 71 f.).¹⁷⁷

Bei der Ko-Konstitution von Recht und Tatsachen muss deshalb die Rolle von „Erfahrungs- und Alltagswissen und Heuristiken“ (ebd.: 332) berücksichtigt werden. Für eine Untersuchung des wechselseitigen Verhältnisses von Recht und Tatsachen in Asylentscheidungen gilt das insbesondere, da Richter:innen erstens mit einer unklaren Tatsachengrundlage konfrontiert

177 Zur Differenzierung richterlicher Vorverständnisse in juristische, politische/sozio- kulturelle und persönliche Vorverständnisse vgl. Strauch 2023: 24 f.; siehe auch Gizbert-Studnicki 1987: 477.

sind (empirische Unsicherheit), und es sich zweitens bei der Asylentscheidung um eine Risikobewertung und damit um die Beurteilung eines erst zukünftigen Sachverhalts handelt, der nur durch eine kognitive Annäherung erschlossen werden kann (prognostische Unsicherheit). Die Bewertung eines Risikos erfordert eine „rechtsförmige Vergegenwärtigung der Zukunft“ (Luhmann 1991: 83) und muss sich vereinfachender Annahmen bedienen, um diese Konstruktionsleistung überhaupt vollbringen zu können (Jasanoff 1993: 124). Während die entscheidende Informationslücke bei Syrien darin liegt, dass keine genaue Kenntnis der Motive des Verfolgerstaates besteht, ist es bei Afghanistan die Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung der humanitären Lage. In beiden Fällen müssen Richter:innen diese Lücken überbrücken.

Das Wissen, das diese Brücke baut, ist allerdings nicht nur empirisch, sondern auch konzeptionell und methodisch schwer zu greifen. Sowohl von soziologischer als auch rechtswissenschaftlicher Seite wird es häufig mit dem Begriff „Alltagstheorien“ umschrieben (Hoffmann-Riem 2016a; Lautmann 2011; Ogorek 2005). Es handelt sich um „generelle Annahmen über die Realität, die nicht wissenschaftlich überprüft sind“ (Lautmann 2011: 76), die aber dennoch den Charakter empirischer Sätze haben. Sie helfen, Wissenslücken durch Verallgemeinerungen und Hypothesen zu überbrücken, und sind deshalb „willkommene Helfer in der Not schwieriger Faktensuche“ (ebd.: 39; vgl. auch Amerasinghe 2004: 395). Als „bridging assumptions“ (Fairclough 2003: 57) verknüpfen Alltagstheorien empirisch abgesicherte Aussagen mit einer Schlussfolgerung. Je nach Annahme können so die gleichen Ausgangsinformationen zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen führen.

Eine wichtige Grundlage für Alltagstheorien sind verschiedene Arten des Erfahrungswissens. Erstens spielen persönliche Erfahrungswerte der Richter:innen eine Rolle bei der Interpretation von Tatsachen. Bei Asylentscheidungen kommt solches Wissen etwa bei der Bewertung der Glaubwürdigkeit von Asylsuchenden zum tragen, wenn eine Entscheidung mit dem Verweis auf die Erfahrungen aus vorangegangenen Verfahren begründet wird (z. B. Schittenhelm 2015: 144). Darüber hinaus fördert die Dogmatik des Verfahrensrechts den Einsatz von Erfahrungswissen, indem Richter:innen ein Perspektivwechsel bei der Bewertung eines Falles abverlangt wird: Für die Risikoprognose kommt es darauf an, ob in Anbetracht individueller und allgemeiner Tatsachen „bei einem vernünftig denkenden, besonnenen Menschen in der Lage des Antragstellers Furcht vor Verfolgung hervorgeru-

fen werden kann¹⁷⁸. Damit wird zwar theoretisch gefordert, die eigene Erfahrung hinter die Beurteilungsmaßstäbe von Vernunft und Besonnenheit zurückzustellen, in der Praxis führt der verlangte Perspektivwechsel aber gerade dazu, die Person der RichterIn oder des Richters und die dazugehörigen Erfahrungen ins Zentrum der Beurteilung zu rücken.

In einer stärker entsubjektivierten Form spielen Erfahrungen im Recht zweitens als sogenannte Erfahrungssätze eine Rolle. Sie haben die gleiche Form wie Alltagstheorien und ermöglichen die Deutung eines Einzelgeschehens und damit dessen rechtliche Beurteilung.¹⁷⁹ Der Bundesgerichtshof definiert sie als „empirisch begründete, generalisierende Schlussfolgerungen“¹⁸⁰: „Sie können alltäglicher Lebenserfahrung entspringen oder auf besonderer Sachkunde beruhen, etwa im Wege der Beobachtung und Verallgemeinerung von Einzelfällen oder als Ergebnis wissenschaftlicher Untersuchungen.“¹⁸¹ Zu unterscheiden sind allgemeingültige und einfache Erfahrungssätze: Während erstere auf einer gesicherten Ursache-Wirkungs-Beziehung beruhen, also beispielsweise auf Naturgesetzen (Puppe 1994), beinhalten einfache Erfahrungssätze „bedeutsame Wahrscheinlichkeitsaussagen“¹⁸², die Ausnahmen zulassen. Für den Beweiswert von nicht-allgemeingültigen Erfahrungssätzen ist deshalb die Wahrscheinlichkeit der zentrale Maßstab (Janßen 2021: 72 ff.; Strauch 2023: 57 ff.).¹⁸³ Richterliche Annahmen derart, dass nach einem Ehestreit vollzogener Geschlechtsverkehr ein Zeichen der Versöhnung ist (Lautmann 2011: 76), dass Menschen aus der Vorderpfalz zu „Antriebsarmut“ und „chronische[m] Unfleiß“ neigen (Ogorek 2005: 127), dass berittene Pferde ebenso häufig in Nägel treten wie unberittene (Spühler 1997: 393), dass zweite Vornamen zwar keine Rufnamen sind, aber dennoch zur Identitätsfindung und Individualisierung beitragen¹⁸⁴, dass Menschen den kürzesten Weg vom Parkplatz zur Bade-

178 BVerwG Beschl. v. 7. Februar 2008 – 10 C 33/07: Rn. 37. Zu den Details dieses Maßstabs siehe Kapitel 2.6.

179 Ogorek (2005) verwendet die Begriffe ‚Erfahrungssatz‘ und ‚Alltagstheorie‘ synonym.

180 BGH Urt. v. 13. Juli 2020 – KRB 99/19: Rn. 60.

181 BGH Urt. v. 13. Juli 2020 – KRB 99/19: Rn. 60.

182 BGH Urt. v. 13. Juli 2020 – KRB 99/19, Rn. 60.

183 Janßen (2021: 72 ff.) zeigt, dass sich Erfahrungssätze in der Praxis weniger durch die Kontrolle ihres Wahrscheinlichkeitsgehalts durchsetzen als durch ihre wiederkehrende Verwendung in der Rechtsprechung. Sie erlangen Bedeutung also durch Replikation, nicht Verifikation.

184 OLG Hamm Beschl. v. 28. Mai 2020 – 15 W 374/19: Rn. 12.

stelle nehmen¹⁸⁵ oder dass sich Männer aus der Autoraser-Szene in ihren PS-starken Fahrzeugen vor einer Eigengefährdung sicher fühlen¹⁸⁶, haben zwar unterschiedliche empirische Härtegrade, entsprechen aber alle der Logik des einfachen Erfahrungssatzes.

Diese Sätze haben eine beweis erleichternde Funktion, sie „erweitern die Ermittlungsbasis der Behörden und Gerichte, das heißt, den Kreis der Tatsachen, auf den die Behörden und Gerichte ihre Feststellung erstrecken können, um die Tatbestandsmerkmale nachzuweisen“ (Dürig 1990: 54). In der Rechtsprechung sind Erfahrungssätze deshalb sowohl „omnipräsent“ als auch „unvermeidbar“ (Ogorek 2005: 144), da so gut wie nie alle Fakten zur Konstruktion lückenloser Sachverhalte vorliegen und deshalb, auch wegen mangelnder Zeitressourcen, eine Entscheidung herbeigeführt werden muss.

In der Praxis speisen sich Erfahrungssätze überwiegend nicht aus empirischen Daten, sondern, und hier kommen persönliches und überindividuelles Erfahrungswissens zusammen, aus der „Lebenserfahrung“ der Richter:innen (Janßen 2021: 252). Auch höchstichterlich wird die Lebenserfahrung, ohne den Topos genauer zu definieren, als bedeutsam für die Überzeugungsbildung angesehen.¹⁸⁷ Ihre Unbestimmtheit macht sie auch im Asylrecht „zur Einbruchsstelle außerrechtlicher Kriterien“ (Dürig 1990: 57).

Was das Gericht nicht wissen kann, versucht es „auf dem Wege spezifischer Kompensationsstrategien funktional zu ersetzen“ (Augsberg 2022: 31). Erfahrungssätze sind eine solche Kompensationsstrategie und als Mittel der Beweiserleichterung dogmatisch vorgesehen. Mitunter werden sie sogar wie Rechtssätze behandelt (Puppe 1994: 1151).¹⁸⁸ Es erscheint deshalb geboten, Erfahrungssätze als solche transparent zu ma-

185 BVerwG Beschl. v. 31. Januar 2018 – 9 B 11/17: Rn. 2

186 LG Berlin, Urt. v. 27. Februar 2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), 535 Ks 8/16: Rn. 243

187 BVerwG Beschl. v. 31. Januar 2018 – 9 B 11/17: Rn. 5. In der Kommentarliteratur ist außerdem von der richterlichen „Lebens- und Welterfahrung“ die Rede (Dawin 2021: Rn. 13).

188 Der Erfahrungssatz, dass Menschen in PS-starken Fahrzeugen sich sicher fühlen und insofern nicht von einer Eigengefährdung ausgehen, wenn sie rasen (siehe oben), ist zentral für die Bewertung, ob es sich bei den Teilnehmern illegaler Autorennen, bei denen Dritte zu Tode kommen, um Mörder handelt. Einen Tötungsvorsatz hat nur, wer sich bei seiner Handlung nicht selbst in Gefahr bringt. Das LG Berlin hatte die Vorsätzlichkeit eines Autorasers mit dem Erfahrungssatz begründet, dass eine Eigengefährdung aufgrund des Fahrzeugtyps auszuschließen sei: „Die Fahrer dieser Fahrzeuge fühlen sich in ihren tonnenschweren, stark beschleunigenden, mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos geschützt, stark und

chen und, wenn sie nicht lediglich auf die richterliche Lebenserfahrung zurückgehen, ihre empirischen Quellen anzugeben. Die Analyse der Asylrechtsprechung zeigt allerdings, dass die Gerichte entscheidungserhebliche Erfahrungssätze selten explizit als solche kennzeichnen.

Die Übergänge zwischen Begriffen wie ‚Annahme‘, ‚Erfahrungssatz‘ oder ‚Alltagstheorie‘ sind, auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur, fließend. Sie markieren Wissensressourcen neben Rechts- und Tatsachenwissen. Ihre Bedeutung in Asylverfahren wurde bisher in erster Linie mit Blick auf die Glaubwürdigkeitsprüfung bei der Entscheidungsherstellung gezeigt.¹⁸⁹ Über eine Analyse richterlicher Annahmen zum Verhalten individueller Asylsuchender hinaus bedarf es deshalb einer Untersuchung, welche Annahmen zu den Herkunftsstaaten (ihren Regierungen, ihrer sozioökonomischen Verfasstheit) die Entscheidungsbegründungen prägen und wie sie sich mit Rechts- und Tatsachenwissen verbinden. Die Asylrechtsprechung ist geprägt von verschiedenen, sich widersprechenden Erfahrungssätzen zu fallübergreifenden Tatsachen, die sich auf unterschiedliche richterliche Deutungsmuster zurückführen lassen. Auf den genauen Zusammenhang zwischen Erfahrungssätzen und Deutungsmustern gehe ich bei den Ausführungen zum konkreten methodischen Vorgehen im nächsten Kapitel genauer ein.

3.5 Zusammenfassung: Rechtswissen, Herkunftslandinformationen, Deutungsmuster – Ein analytisches Grundgerüst

Wie einleitend festgehalten, dienen die Ausführungen zur Ko-Konstitution von Recht und Tatsachen und zum Einfluss weiterer Wissensressourcen auf die Entscheidungspraxis nicht als eherne Theorie, entlang derer die Rechtsprechung geprüft wird, sondern als analytisches Grundgerüst, das diese Untersuchung einrahmt und abstützt. Das Konzept der Ko-Konstitution bildet den Rahmen dieses Gerüsts: Normen werden im Fallbezug konkretisiert und so dogmatisch ausdifferenziert. In Form dieser dogmati-

überlegen wie in einem Panzer oder in einer Burg und blenden jegliches Risiko für sich selbst aus“ (LG Berlin, Urt. v. 27. Februar 2017 – 535 Ks 8/16, (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16); Rn. 243). Der BGH urteilte als Rechtsinstanz, dass es diesen Erfahrungssatz nicht gebe (BGH Urt. v. 1. März 2018 – 4 StR 399/17). Hinzu kommt: Der Satz *Vorsatz nur ohne Eigengefährdung*, den der BGH selbst aufstellt, wird zwar als Rechtssatz behandelt, ist aber letztlich, betrachtet man seine psychologische und damit empirische Grundlage, selbst ein Erfahrungssatz.

189 Siehe dazu Kapitel 1.2.1.

schen Ausdifferenzierung, die ich im zweiten Kapitel beschrieben habe und in den Kapiteln 6 und 7 fallspezifisch vertiefe, bilden asylrechtliche Normen die empirische Grundlage der Untersuchung. Zentral für die beiden Fallbeispiele sind danach nicht einfach nur die Gesetzestexte (bei Syrien insbesondere § 3b AsylG: Verfolgungsgründe und Fokus auf Verfolgermotive, bei Afghanistan § 60 Abs. 5 AufenthG: Verbot der unmenschlichen Behandlung), sondern die jeweiligen Normkonkretisierungen (Syrien: Objektive Gerichtetheit; Afghanistan: „Bett, Brot, Seife“ und alsbaldige Verelendung). Die konkretisierten Normen lenken wiederum den Blick auf die konkreten Tatsachen: Dass das Recht den Zugriff auf empirisches Wissen reguliert, indem es bestimmt, welche Tatsachen wie verwendet werden, ist ein grundlegender, aber entscheidender theoretischer Ausgangspunkt der Untersuchung. Um zu beobachten, wie Richter:innen auf Tatsachen zuzugreifen, müssen deshalb auch die Beobachter:innen die rechtlichen Grundlagen verstehen. Nicht nur die Rechtsnormen bzw. ihre dogmatische Ausdifferenzierung, auch die Erkenntnismittel sind allerdings deutungs offen. Rechtsprechung als interpretative Tätigkeit umfasst deshalb sowohl die Interpretation gesetzlicher Normen als auch empirischer Tatsachen (Scheppele 1990: 43 f.). Richter:innen übertragen nicht lediglich den Inhalt der Erkenntnismittel in ihre Entscheidungen, sondern legen die Informationen aus, ziehen Schlussfolgerungen und kommen so zu einer Gesamtschau der Lage im Herkunftsstaat. Diese Gesamtschau ist mehr als die Summe der Inhalte der Erkenntnismittel, indem sie auf weitere Wissensressourcen in der Form von Erfahrungssätzen und den ihnen zugrundeliegenden Deutungsmustern zurückgreift, um Informationslücken zu überbrücken.

Das Analysegerüst ermöglicht damit eine Untersuchung, wie Realität entlang rechtlicher Vorgaben und beeinflusst von Deutungsmustern konstruiert wird und wie Erkenntnismittel abhängig davon in Entscheidungsbegründungen verwendet werden. Diese Untersuchung des Zusammenspiels von Rechtswissen (Dogmatik), Tatsachenwissen (Herkunftslandinformationen) und Deutungsmustern beschreibe ich im folgenden Kapitel als Diskursanalyse und entwickle auf dieser Grundlage eine konkrete methodische Herangehensweise an die Textanalyse.