

ROLF GRÖSCHNER

## Justizsyllogismus? Jurisprudenz!

Juristen entscheiden. Ein förmlicher Rechtsentscheid ergeht aber erst am Ende eines Verfahrens der Entscheidungsfindung. Als dessen Muster sind richterliche Urteile Produkte von Prozessen der Urteilsfindung. Trotz aller Selbstverständlichkeit solcher Prozesse nach den Normen des positiven Rechts und den Regeln juristischer Methodologie kommen sie im sogenannten Justizsyllogismus nicht vor. Der syllogistische Dreisatz eines deduktiven Schlusses vom gesetzlichen Tatbestand als Obersatz über den lebensweltlichen Sachverhalt als Untersatz auf die Rechtsfolge als Schlusssatz trägt daher zur Erhellung der Entscheidungsfindung nichts bei; er bietet noch nicht einmal ein adäquates Modell der Entscheidungsbegründung (I).<sup>1</sup> Die dem Justizsyllogismus entgegengesetzte „Jurisprudenz“ ist ein Plädoyer für die Wiedergewinnung des alteuropäischen Horizonts einer juristischen Entscheidungslehre. Vor diesem Horizont bilden die behandelten pragmatischen, diagnostischen, rhetorischen, hermeneutischen und dialogischen Verfahrensweisen ein Ensemble von Momenten praktischer Rationalität der „prudentia iuris“ (II.). Da deren Tradition bis zu den Zeiten des Zwölftafelgesetzes (450 v. Chr.) zurückreicht, sollte die juristische Methoden- und Argumentationslehre sich bei aller Interdisziplinarität ein Mindestmaß an intradisziplinärem Selbstbewusstsein bewahren. Kunst und Ethos ihrer prudentiellen „ars boni et aequi“ (D. 1, 1, 1 pr.) werden noch manche Mode szientistischer Wissenschaftstheorien überdauern (III.).

### I.

Das A und O der Jurisprudenz ist der Fall. Er steht am Anfang der Laienerzählung dessen, was „passierte“ und am Ende der Entscheidung über die daraus zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen. Weil der juristische Laie diese Konsequenzen aber nicht beurteilen kann, vermag

---

<sup>1</sup> ROLF GRÖSCHNER, Rechtsfindung, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*. Neuwied 1988, Gruppe 2/430. Dort auch ein Überblick über die verschiedenen Modelle der Entscheidungsfindung und -begründung.

er allein aus seiner Laiensicht auch nicht festzustellen, was „der Fall“ ist. Die Konstituierung des Falles erfolgt nicht durch Feststellung der Fakten einer unabhängig vom Recht existierenden objektiven Wirklichkeit, sondern durch juristische Beurteilung eines lebensweltlichen Geschehens, das zwischen den Beteiligten tatsächlich und rechtlich in Streit steht.<sup>2</sup> Wo Recht gesprochen wird, wird über Fälle gestritten. Das Schema des Justizsyllogismus kennt den Fall freilich nur in jener unstrittigen Form, die er am Ende seiner Konstituierung gefunden hat: in der Form des „konkret-individuellen Sachverhalts“ (S), der unter den „abstrakt-generellen Tatbestand“ (T) der einschlägigen Rechtsnorm zu subsumieren sei.<sup>3</sup> Auch wenn man zwischen Modellen der Entscheidungsfindung und der Entscheidungsbegründung differenziert, ist der „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“ eine juristisch wie logisch fragwürdige Konstruktion. In der ursprünglichen Fassung der Methodenlehre von Karl Larenz hatte er folgende Gestalt: „1. Wenn T in irgendeinem Sachverhalt verwirklicht ist, gilt für diesen Sachverhalt die Rechtsfolge R (Obersatz). 2. Dieser bestimmte Sachverhalt S verwirklicht T, d. h. er ist ein ‚Fall‘ von T (Untersatz). 3. Für S gilt R (Schlußfolgerung).“<sup>4</sup> Was ist damit gewonnen, die Schlussfolgerung als eine formal-logische Konklusion aus Ober- und Untersatz darzustellen, wenn die innerhalb des Untersatzes stattfindende Subsumtion ein juristisches Urteil erfordert, das seinerseits von der rechtlichen Würdigung des Obersatzes abhängt? Ist die Subsumtion erst einmal erfolgt, vollzieht sich der Schluss auf die Rechtsfolge von selbst, ohne juristisches Zutun und ohne logische Schwierigkeit. Mehr als ein Kinderspiel der Logik ist der Justizsyllogismus demnach nicht.

Was die juristischen Urteile betrifft, die jeder Subsumtion zugrunde- und jedem Justizsyllogismus vorausliegen, hat Hannah Arendt alles Notwendige kurz und bündig so formuliert: „Mit logischen Operationen – etwa in der Art der folgenden: Alle Menschen sind sterblich, Sokrates ist ein Mensch, also ist Sokrates sterblich – haben Urteile nichts gemein.“<sup>5</sup> Außerdem gehört es zum kleinen Einmaleins der formalen Logik, dass ein Syllogismus, dessen Obersatz den Allquantor enthält („Alle A sind B“) nach dem Muster des ersten Beispiels, das Aristoteles in seiner Ersten Analytik gibt, mit dem Untersatz „Alle B sind C“ fort-

<sup>2</sup> JAN SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*. Tübingen 1983, 15 ff.: „Der Fall als Teil der Lebenswelt.“

<sup>3</sup> ROLF GRÖSCHNER/CLAUS DIERKSMEIER/MICHAEL HENKEL/ALEXANDER WIEHART, *Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin 2000, 58 ff. mit einem kritischen Dialog über die angebliche Abstraktheit gesetzlicher Tatbestände und die vermeintliche Konkretheit lebensweltlicher Sachverhalte.

<sup>4</sup> KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin 1960, 196 f.

<sup>5</sup> HANNAH ARENDT, *Das Urteilen*. München 1998, 14.

geführt werden muss, um zum Schlusssatz „Alle A sind C“ zu gelangen.<sup>6</sup> Hier ein Individualurteil („S verwirklicht T“) oder einen Eigennamen („Sokrates“) aufzunehmen, ist ganz und gar unsyllogistisch im aristotelischen Sinne.<sup>7</sup> In einem gern gekauften Lehrbuch eines angesehenen Autors der juristischen Methodenlehre heißt es dazu: „Genaugenommen sollte auch die zweite Prämisse allgemein sein, nach dem Muster ‚Alle Athener sind Menschen‘. Aber die individualisierende Form hat sich eingebürgert.“<sup>8</sup> Ist dies die ironische Konzession eines Logikers an den gesunden Menschenverstand der „Bürger“ oder die komplette Kapitulation der Logik vor den Anforderungen der Jurisprudenz? Mit Untersätzen von der Art „Alle Athener sind Menschen“ lässt sich der Fall Sokrates ebensowenig lösen wie jeder andere Einzelfall. Deshalb sollte es sich langsam „eingebürgert“ haben, Subsumtionen von (Einzel-)Fällen unter das Gesetz als „Urteile“ zu begreifen und dafür juristischen Sachverstand und gemeine Menschenvernunft vorzusetzen. Mit deren Hilfe wird auch der „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“ ohne Denkfehler verlaufen.

## II.

### *Pragmatisches Moment oder Vorbehalt des Falles*

In der Praxis professionellen juristischen Entscheidens steht die gesamte Entscheidungsfindung unter dem Vorbehalt des Falles. Mit Argumenten, die zur Lösung des Falles nichts beitragen, wird man deshalb vor Gericht nicht gehört, mögen sie logisch noch so schlüssig dargestellt worden sein. Unter Fallvorbehalt steht aber nicht nur die Logik, sondern auch die Dogmatik der Jurisprudenz. Denn ein unvorhergesehener Fall lässt selbst das schönste dogmatische System leer laufen. Solchermaßen von einem Vorbehalt des Falles ausgehend, ist „Jurisprudenz“ Oberbegriff für „Rechtspraxis“ einerseits und „Rechtswissenschaft“ andererseits, während „Rechtsdogmatik“ als Vermittlungsbegriff zwischen beiden fungiert.<sup>9</sup> Konsequenterweise muss der Rechtsdogmatiker dann zugleich Rechtswissenschaftler und Rechtspraktiker sein – am besten mit eigener Praxiserfahrung, die nicht nur aus der Erinnerung an die Referendarzeit gespeist wird. Andererseits darf der

<sup>6</sup> Statt aller: WESLEY C. SALMON, *Logik*. Stuttgart 1983, 104 ff. (Kategorische Syllogismen).

<sup>7</sup> JOSEPH M. BOCHENSKI, *Formale Logik*. 4. Aufl., Freiburg 1978, 80 f., 402.

<sup>8</sup> KLAUS ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*. 4. Aufl., Heidelberg 1998, 39.

<sup>9</sup> Zu den Begriffen im einzelnen GRÖSCHNER/DIERKSMEIER/HENKEL/WIEHART, *Rechts- und Staatsphilosophie* (Fn. 3), 2 ff.

Rechtspraktiker dann nicht zum „reinen“ Praktiker verkümmern, sondern muss immer auch Rechtsdogmatiker bleiben, während die Herstellung der Bezüge zwischen Rechtsdogmatik und Juristischer Theorie (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie) bei den in Forschung und Lehre tätigen Juristen verbleibt. Unter Betonung des Verweisungszusammenhangs zwischen diesen gleichermaßen praktischen wie theoretischen Anforderungen an eine gelingende „*iuris prudentia*“ wird hier vom „pragmatischen“ Moment der Jurisprudenz gesprochen. Auf der Grundlage des Verbuns „*pratein*“ (handeln), der im Altgriechischen synonymen Adjektive „*praktikos*“ und „*pragmatikos*“ sowie der ebenfalls bedeutungsgleichen Substantive „*praxis*“ und „*pragma*“ führt diese Terminologie dann zu einer „*pragmatike techne*“ („*ars pragmatica*“) des juristischen Entscheidens beziehungsweise richterlichen Urteilens.<sup>10</sup> In Verbindung mit „Kunst“ erlaubt das Wort „pragmatisch“ keine abwertenden Assoziationen; vielmehr bringt es in der Tradition griechischer „*techne*“ und römischer „*ars*“ den spezifischen Anspruch jedes „Techniten“ (oder „Artisten“ im alteuropäischen Sinne) zum Ausdruck, zwischen den Vermögen wissenschaftsgeleiteter Theorie (*episteme, scientia*) und entscheidungsorientierter Praxis (*phronesis, prudentia*) zu vermitteln.

#### *Diagnostisches Moment oder Kunst der Subsumtion*

Was in der Jurisprudenz Subsumtion genannt wird, heißt in der Medizin Diagnose: die Unterordnung eines Falles unter den einschlägigen *terminus technicus* der jeweiligen Wissenschaft. Mit dem betreffenden Terminus wird der Krankheitsfall medizinisch und der Rechtsfall juristisch „auf den Begriff gebracht“. Und wenn Juristen sagen, jener Begriff sei „dogmatisch“ so und so definiert, dann verweist dies nicht etwa auf ein „dogma“ im theologischen Sinne – also einen mit kirchlicher Autorität verkündeten Glaubenssatz –, sondern auf die wissenschaftsgeschichtlich weit ältere Bestimmung von „dogma“ in der hippokratischen Medizin: einen auf Beobachtung beruhenden, durch Verallgemeinerung gewonnenen und in einer Kunstlehre vermittelbaren Erfah-

---

<sup>10</sup> Die Wiederbelebung der „pragmatischen“ Dimension der Praxis wird in der gegenwärtigen Philosophie namentlich betrieben von PETER JANICH, *Logisch-pragmatische Propädeutik*. Weilerswist 2001. Eine Brücke zwischen der Philosophie des Charles Sanders Peirce und der deutschen juristischen Methodenlehre baut JOACHIM LEGE, *Pragmatismus und Jurisprudenz*. Tübingen 1999. Den Vorrang der praktischen Ratio in der Politik begründet HANS BUCHHEIM, *Die Rationalität der politischen Vernunft*. Berlin 2004.

runngsatz.<sup>11</sup> Ein solcher Satz gilt nicht qua Verkündung ex cathedra, sondern kraft Anerkennung in einer Zunft von Dogmatikern, die selbst entscheiden, was sie theoretisch für richtig und praktisch für vertretbar halten. Bleibt man sich der Unterschiede zwischen der naturwissenschaftlich fundierten und ingenieurwissenschaftlich kontrollierten (Apparate-)Medizin einerseits und der Jurisprudenz als Kulturwissenschaft andererseits sowie der unterschiedlichen Normbegriffe beider Disziplinen bewusst, kann der Vergleich juristischer Subsumtionen mit ärztlichen Diagnosen den Blick für das methodologisch entscheidende Vermögen schärfen: für die Kunst, im individuellen Einzelfall den dogmatisch generalisierten und im Lehrbuch typisierten Standardfall wiederzuerkennen. Hippokrates kann die juristische Methodenlehre hier vor allem deshalb bereichern, weil er seine dogmatischen Theorien aus den Erfahrungen seiner ärztlichen Alltagspraxis erst entwickeln musste.<sup>12</sup>

In den methodologisch relevanten Schriften des Corpus Hippocraticum (insbesondere in den Büchern I und III der „Epidemien“ und im „Prognostikon“) wird kein Zweifel daran gelassen, worin die Kunstfertigkeit oder das professionelle Können des Arztes besteht. Diagnostizieren, „diagnoskein“ (Epidemien I, 23) heißt dort: anhand der Symptome zu erkennen („gignoskein“), an welcher Krankheit der Patient leidet und den vorliegenden Befund von ähnlichen, medizinisch aber anders zu beurteilenden Befunden zu unterscheiden („dia“-gignoskein). Auf welcher genaueren Beobachtung die Befunderhebung beruht, wird im zitierten 23. Kapitel des Ersten Epidemienbuches in allen Einzelheiten dargelegt:

„Die Beobachtungen an den Krankheiten, auf die wir unsere Diagnose gründeten, sind die folgenden: wir machten unsere Schlüsse aus der allgemeinen menschlichen Natur und aus der individuellen Natur eines jeden Kranken ..., aus seinen Reden, seinem Charakter, Schweigen, Gedanken, Schlaf oder Nicht-Schlaf, aus seinen Träumen..., aus dem Raufen des Haares, Jucken, Tränen, aus den Fieberanfällen ..., aus Schweiß, Erkältung, Frieren, Husten, Niesen, Schluckauf, Atmung ... Aus diesen Symptomen und dem, was aus ihnen folgt, muß man seine Schlüsse ziehen.“<sup>13</sup>

Nimmt man den ersten und den letzten Satz zusammen und die dazwischen liegende Aufzählung als exemplarisch, hat man das methodolo-

<sup>11</sup> MAXIMILIAN HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt 1981.

<sup>12</sup> Näheres bei ROLF GRÖSCHNER, *Hippokratische Techne und richterliche Kunst*, in: MICHAEL KILIAN (Hrsg.), *Jurisprudenz zwischen Techne und Kunst: Von Hippokrates bis Heine*. Tübingen 1987, 11 ff.

<sup>13</sup> WILHELM CAPELLE, *Hippokrates. Von der Umwelt. Fünf auserlesene Schriften*. Zürich 1955, 171.

gische Charakteristikum der ärztlichen Techne oder Heilkunst: die Beurteilung dessen, was das Erblickte, Erfragte und Erforschte diagnostisch, prognostisch und therapeutisch bedeutet. Die Kunst, die über Jahrtausende gleichgeblieben ist, ist die der generellen medizinischen Beurteilung des jeweils individuellen Befundes. Obwohl die „Epidemien“ im Prinzip nichts anderes enthalten als private, für den persönlichen Gebrauch des Arztes Hippokrates – nicht etwa des Theoretikers – angefertigte Erfahrungsberichte, ist Hippokrates gerade aufgrund ihrer und aufgrund der ebenfalls erfahrungsgemäßen, aus der Praxis für die Praxis aufgezeichneten Berichte des „Prognostikon“ zum Vater der theoretischen Medizin geworden. Denn es sind nicht wahllos aneinandergereihte Krankengeschichten, die sich dort finden, sondern vergleichend nebeneinandergestellte, im Vergleich das Wesentliche vom Unwesentlichen unterscheidende und darin das Theoretische aus dem Praktischen entwickelnde Krankheitsverläufe. In Lichtenthaelers medizinhistorischem Standardwerk heißt es dazu: „Dieser Einklang von Theorie und Praxis kennzeichnet die höchste denkbare Stufe griechischer medizinischer ‚Techne‘.“<sup>14</sup> Es ist jener „Einklang“, jener gewiss nicht aus Zufall metaphorisch bezeichnete Verweisungszusammenhang zwischen Theorie und Praxis, der alle dogmatisch aufgeklärten „Künste“ charakterisiert.

Worauf es dabei ankommt, hat Aristoteles im ersten Abschnitt seiner *Metaphysik* formuliert: „Techne entsteht, wenn aus vielen Aussagen der Erfahrung (*empeiria*) eine allgemeine Auffassung über die ähnlichen Einzelfälle wird.“<sup>15</sup> Techne oder Kunst in diesem von den „schönen“ Künsten wohlunterscheidbaren Sinne entsteht also nur aus Erfahrung, niemals aber allein aus Erfahrung. Vielmehr muss jene „allgemeine Auffassung“ hinzukommen, die Aristoteles wie folgt bestimmt:

„Wenn nun jemand den Begriff (*logos*) hat ohne Erfahrung und das Allgemeine kennt, den Einzelfall darin aber nicht kennt, wird er sich oft in der Behandlung irren; denn das, was behandelt werden soll, ist der Einzelfall. Aber dennoch glauben wir, daß das Wissen und das Sich-auf-etwas-Verstehen der Techne eher zukommen als der Erfahrung, und wir halten die Techniten für kompetenter als die Erfahrenen, weil sich Kompetenz für alle eher gemäß dem Wissen ergibt: Dies deshalb, weil die einen den Grund wissen, die anderen nicht. Denn die Erfahrenen wissen zwar das Daß, das Warum wissen sie aber nicht; die anderen (nämlich: die Techniten) jedoch kennen das Warum und den Grund.“<sup>16</sup>

<sup>14</sup> CHARLES LICHTENTHAELER, *Geschichte der Medizin*. Bd. 1, Köln-Lövenich 1974, 158.

<sup>15</sup> ARISTOTELES, *Metaphysik* I 1, 981 a.

<sup>16</sup> Übersetzung (*Metaphysik* I 1, 981 a) von ALEXANDER WIEHART, in: GRÖSCHNER/DIERKSMEIER/HENKEL/WIEHART, *Rechts- und Staatsphilosophie* (Fn. 3), 67 f.

Im Sinne der aristotelischen Trias „theorein“ (beobachten), „prattein“ (handeln) und „poiein“ (herstellen) ist der Technit weder reiner Theoretiker noch reiner Praktiker, sondern Vermittler zwischen Theorie und Praxis.<sup>17</sup> „Techne“ setzt daher sowohl „episteme“ als auch „phronesis“ voraus. Im geläufigeren Juristenlatein: „ars“ erfordert nicht nur „scientia“, sondern auch „prudentia“. Oder mit Kant: Erst der Rechtsgelehrte („iurisconsultus“), der „iurisperitus“ ist, kann es zur „iurisprudencia“ bringen; ohne Erfahrung und Klugheit bleibt das Ganze „bloße Rechtswissenschaft (iurisscientia).“<sup>18</sup> Hier ist Kant unbedingt zuzustimmen: „bloße“ iurisscientia macht noch keine Jurisprudenz, ein wissenschaftlicher Kopf noch keinen guten Juristen.

#### *Rhetorisches Moment oder Wiederentdeckung des Enthymems*

Die Neuübersetzung und -kommentierung der aristotelischen Rhetorik durch Christof Rapp sollte von der Juristischen Methoden- und Argumentationslehre vor allem hinsichtlich des Enthymems zur Kenntnis genommen werden.<sup>19</sup> „Enthymema“ wird dort nämlich nicht nur als abgekürzter Syllogismus paraphrasiert und interpretiert;<sup>20</sup> vielmehr wird die betreffende, geradezu kanonische Kommentierungstradition mit überzeugenden Gründen widerlegt: Erstens sei die logische Unvollständigkeit des enthymematischen Schlusses von Aristoteles nirgendwo als Definition des Enthymems eingeführt worden;<sup>21</sup> zweitens lasse sich die dafür herangezogene Stelle leicht als Fälschung erweisen;<sup>22</sup> und drittens schließlich reiche das syllogistische Argumentationsmodell im System der aristotelischen Rhetorik nicht aus. Aristoteles habe deshalb zusätzlich zu den Syllogismen solche Begründungen zugelassen, „die zwar keine notwendigen Schlüsse enthalten, aber durchaus richtige oder gültige Argumente darstellen.“<sup>23</sup> Folgerichtig wird „enthymema“ im Glossar als „rhetorische Deduktion“ definiert.<sup>24</sup> Die Belegstelle der Rhetorik (1355 a 3-20) macht in Rapps Übersetzung vor allem deutlich, dass „der rhetorische Beweis ein Enthymem“ und dieses, „um es gera-

<sup>17</sup> ROLF GRÖSCHNER, Verhältnis zwischen Theorie und Praxis in einer dialogisch rekonstruierten Techne der Jurisprudenz, in: *Rechtstheorie* 32 (2001), 213 ff.

<sup>18</sup> IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*. Einleitung in die Rechtslehre, AB 31.

<sup>19</sup> ARISTOTELES, *Rhetorik*. Übersetzt und erläutert von CHRISTOF RAPP, 1. Halbbd. Berlin 2002.

<sup>20</sup> ARISTOTELES, *Rhetorik* (Fn. 19), 323 ff.

<sup>21</sup> Ebd., 359.

<sup>22</sup> Ebd., 360.

<sup>23</sup> Ebd., 361.

<sup>24</sup> Ebd., 454.

deheraus zu sagen, das wichtigste der Überzeugungsmittel“ ist. Juristisch besonders zu betonen ist die aristotelische Bestimmung des Enthymems als „eine Art von Deduktion“, die aber „Unterschiede zu Deduktionen der Logik aufweist.“<sup>25</sup> Der Hauptunterschied liegt im Bezug sämtlicher Enthymeme (des „Protasen“- ebenso wie des „Topen“- Enthymems) auf „anerkannte Meinungen (endoxa).“<sup>26</sup> Die methodologische Pointe der Differenzierung besteht also in einem scharfen Schnitt zwischen den formalen Schlüssen der Logik und den materialen Argumenten der Rhetorik: In den logischen Deduktionen von Syllogismen geht es um die Gültigkeit von Schlüssen aufgrund der Form der beiden Prämissen (praemissa maior und praemissa minor) allein; in den rhetorischen Deduktionen von Enthymemen dagegen darum, mit Meinungen zu argumentieren, die „allen oder den meisten oder den Weisen wahr scheinen, und auch von den Weisen entweder allen oder den meisten oder den bekanntesten und angesehensten.“<sup>27</sup> Welcher Jurist würde hier nicht geradezu reflexhaft auf die „allgemeine Ansicht“, eine „herrschende Meinung“ oder eine „ständige Rechtsprechung“ verweisen? Tatsächlich hat schon Aristoteles selbst am Ende der Belegstelle als einziges Beispiel für eine Argumentation mit „endoxa“ das „Reden vor Gericht“ genannt.<sup>28</sup>

Es war also kein geringerer als der Vater der formalen Logik, der als Spezifikum der Gerichtsrede das Enthymem eingeführt hat, und zwar in ausdrücklicher Verneinung dessen syllogistischer Struktur. Angesichts dieses nunmehr allgemein zugänglichen Befundes sollte die Juristische Methodenlehre sich nicht „logischer“ stilisieren wollen als sie im Urteil des logischen Altmeisters Aristoteles erscheint. Denn nicht nur die Gerichtsrede ist rhetorischer Natur geblieben, sondern auch die forensische Entscheidungsfindung. Oder wollte jemand ernsthaft behaupten, der Weg zur Entscheidung sei nicht mit juristischen Argumenten gepflastert, sondern mit logischen Schlüssen? Dennoch sollte die Verabschiedung des Justizsyllogismus nicht den Vertretern der Juristischen Rhetorik überlassen bleiben, die seit einem halben Jahrhundert bemüht sind, das aristotelische Wissen um die Rhetorizität des Rechts für die Jurisprudenz zurückzugewinnen. Theodor Viehweg war im Jahre 1953 noch gut beraten, seine bahnbrechende Schrift „Topik und Jurisprudenz“ ohne einen Titelbezug zur aversionsauslösenden „Rhetorik“ zu publizieren, obwohl die Topik, wie es schon in der Einleitung heißt, „eine von der Rhetorik entwickelte Techne des Problem-

---

<sup>25</sup> ARISTOTELES, *Rhetorik* (Fn. 19), 21.

<sup>26</sup> Ebd., 257.

<sup>27</sup> ARISTOTELES, *Topik*, I 1 100 b.

<sup>28</sup> ARISTOTELES, *Rhetorik* (Fn. 19), 21.



denkens“ ist.<sup>29</sup> Inzwischen hat die (Dauer-)Reform der Juristenausbildung jedoch dazu geführt, „Rhetorik“ wieder – wie einst im „Trivium“ der mittelalterlichen Dom- und Klosterschulen – zu den Pflichtfächern einer allgemeinbildenden Juristenausbildung zu zählen. Nährt dies nicht sogar die Hoffnung, es werde eines Tages wieder „trivial“ sein (also zum Grundbestand gesicherten Wissens der Juristenzunft gehören), dass Recht und Sprache zusammengehören und die Jurisprudenz deshalb eine rhetorische Disziplin ist?<sup>30</sup>

Bei all dem geht es um mehr als um Methodenehrlichkeit. Das demonstriert in dramatischer Deutlichkeit der zu trauriger Berühmtheit gelangte Fall eines entführten Kindes, dessen Entführer sich weigerte, den Aufenthaltsort seines Opfers zu verraten.<sup>31</sup> Denn diejenigen, die der Polizei die Befugnis bestreiten, den Entführer durch Androhung oder Ausübung von Gewalt zur Preisgabe des Verstecktes zu zwingen, argumentieren – bewusst oder unbewusst – so, als sei ihre Position nichts weiter als eine syllogistisch erschlossene Selbstverständlichkeit: Aus dem Obersatz „Folter ist verboten“ und dem Untersatz „Aussageerzwingung ist Folter“ folgt der Schlusssatz „Aussageerzwingung ist verboten“. Und auf den ersten Blick sieht es ganz so aus, als sei dabei das klassische syllogistische Schema zur Anwendung gekommen: aus *praemissa maior* „A ist B“ und *praemissa minor* „C ist A“ folgt rein formal-logisch die *conclusio* „C ist B“. Jeder ernsthafte Aristoteliker muss sich nun aber die Frage nach dem Status der *praemissa maior* stellen. Denn nur dann, wenn sie so vorausgesetzt werden kann wie ein Axiom – Aristoteles nennt als Beispiel die „Winkelsumme des Dreiecks“<sup>32</sup> –, handelt es sich um einen formal-logischen Syllogismus; sollte sie dagegen nicht *more geometrico* demonstriert und damit außer Zweifel gestellt werden können, hinge die Gültigkeit der Deduktion statt von der Form der Prämissen vom Inhalt des Obersatzes ab. Fast auf das Jahr genau fünfzig Jahre nach Viehwegs Erinnerung an die aristotelische Unterscheidung zwischen dem „Wahren“ und dem „Meinungsmäßigen“<sup>33</sup> sollte die Jurisprudenz so viel Selbstbewusstsein wiedergewonnen haben, ihre Wissenschaftlichkeit nicht von der „Wahr-

<sup>29</sup> THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*. 5. Aufl., München 1974, 14.

<sup>30</sup> Zum „Trivialunterricht“ in den Schulen und Universitäten des späten Mittelalters MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*. 3. Aufl., Zürich 2003, 150 f.

<sup>31</sup> WINFRIED BRUGGER, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: *Juristenzeitung* 2000, 165 ff.; JOSEF ISENSEE, *Tabu im freiheitlichen Staat*, Paderborn 2003, 57 ff.

<sup>32</sup> ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, VI 5 1140 b.

<sup>33</sup> VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (Fn. 29), 20.

heit“ ihrer Vordersätze abhängig zu machen. „Folter ist verboten“ ist gewiss ein Satz, der aufgrund Art. 3 EMRK („Niemand darf der Folter ... unterworfen werden“) auf Zustimmung aller angesehenen Juristen rechnen kann. Sobald seine Anerkennung aber, wie im Entführungsfall, das Opfer eines unschuldigen Kindes zur Folge hat, müssen wegen der staatlichen Schutzpflicht für das Leben zumindest Zweifel am Vorrang des Täterschutzes vor dem Opferschutz erlaubt sein. Wer solche Zweifel auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 2 GG („Jeder hat das Recht auf Leben ...“) artikuliert, äußert eine wissenschaftlich ebenso wohlbe-gründete Meinung wie derjenige, der sich auf die Menschenrechte po-tentieller Folteropfer beruft. Wenn beide Positionen aber keine „wahren“, sondern nur „meinungsmäßige“ Prämissen im aristotelischen Sinne darstellen, können Schlüsse daraus nur rhetorisch-enthyme-matische, nicht aber logisch-syllogistische Deduktionen sein.

### *Hermeneutisches Moment oder Spirale der Entscheidungsfindung*

Dank der Breitenwirkung von Hans-Georg Gadamer's „Wahrheit und Methode“ (1960) gerät heute niemand mehr in Verdacht, einen „circulus vitiosus“ verteidigen zu wollen, wenn er vom „hermeneutischen Zirkel“ spricht.<sup>34</sup> Weil „Zirkel“ aber ein Lehnwort aus dem Lateinischen ist, das in diesem Zusammenhang schlicht „Kreis“ (circulus) bedeutet, und Richter sich bei ihrer Entscheidungsfindung nicht im Kreise drehen und immer wieder zum Ausgangspunkt zurückkehren sollten, beschreibt die „hermeneutische Spirale“ besser, wie das Ver-stehen eines Textes als permanenter Prozess der Präzisierung von Vorverständnissen verläuft.<sup>35</sup> Im Kapitel über „Die exemplarische Be-deutung der juristischen Hermeneutik“ bezeichnet Gadamer die „Ap-plikation“ – die Herstellung der hermeneutischen Spirale zwischen „Auslegung“ und „Anwendung“ des Rechts – daher treffend als „Kon-kretisierung des Gesetzes im jeweiligen Fall.“<sup>36</sup> Eine reine Textherme-neutik griffe deshalb ebenso zu kurz wie die Vorstellung, der Gesetzes-text selbst sei schon die Rechtsnorm. Wie insbesondere die „Struktu-rierende Rechtslehre“ herausgearbeitet hat, gibt der Text nur das „Normprogramm“ vor, das durch Hinzunahme des lebensweltlichen „Normbereichs“ zur einzelfallentscheidenden Rechtsnorm („Entschei-

<sup>34</sup> HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode, in: DERS., *Gesammelte Werke*. Bd. 1. Tübingen 1990, 270 ff.

<sup>35</sup> ROLF GRÖSCHNER, *Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?*, in: *Juristenzeitung* 1987, 903 ff.

<sup>36</sup> GADAMER, Wahrheit und Methode (Fn. 34), 335.

dungsnorm“) konkretisiert werden muss.<sup>37</sup> Wo diese Konkretisierung hermeneutisch konzipiert wird, spielt die Sprache („hermeneia“), das sprachliche Vermitteln („hermeneuein“) und die an den Götterboten Hermes erinnernde sprachliche Übersetzungsleistung („hermeneus“: der Dolmetscher) eine entscheidende Rolle.<sup>38</sup> Richter, die sich in diesem Sinne zum Dolmetscher des Rechts berufen fühlen, werden sowohl die Sprache der Laien zu verstehen versuchen als auch darum bemüht sein, die Fachsprache des Rechts in die Alltagssprache von Nichtjuristen zu übersetzen. Gelingt ihnen diese Kunst der Übersetzung, sind sie als Interpreten des Rechts zugleich dessen beste Botschafter.

Was die Spiralförmigkeit des Interpretationsprozesses betrifft, möge man sich der Anschaulichkeit halber einen önologisch korrekt konstruierten Korkenzieher vor Augen führen, dessen Spirale sich um eine unsichtbare – und deshalb „Seele“ genannte – Achse windet. Sollte die hermeneutische Spirale der Urteilsfindung nicht auch eine solche gedankliche Achse haben, die man in metaphorischer Anspielung auf ihre Unsichtbarkeit als „Seele“ der Jurisprudenz bezeichnen kann? Und könnte sie von einem anderen Gedanken beseelt sein als von der Idee der Gerechtigkeit? Für Hermeneutiker im Geiste Gadamers gilt, „daß das Urteil des Richters nicht einer unvorhersehbaren Willkür entspringt, sondern der gerechten Erwägung des Ganzen.“<sup>39</sup> Daraus folgt: „Die Idee einer vollkommenen Rechtsdogmatik, durch die jedes Urteil ein bloßer Subsumtionsakt würde, ist unhaltbar.“

In einer alteuropäisch konzipierten Hermeneutik kommt der Gerechtigkeit als Seele der Jurisprudenz keine Antwortfunktion zu, sondern eine reine Fragefunktion. Gadamer hat dies unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die platonische Dialektik den „hermeneutischen Vorrang der Frage“ genannt: „Es gehört zu den größten Einsichten, die uns die platonische Sokratesdarstellung vermittelt, daß das Fragen – ganz im Gegensatz zu der allgemeinen Meinung – schwerer ist als das Antworten.“ Und: „Die Entscheidung der Frage ist der Weg zum Wissen. Wodurch eine Frage entschieden wird, ist das Überwiegen der Gründe für die eine und gegen die andere Möglichkeit; aber die volle Erkenntnis ist das noch nicht. Erst durch die Auflösung der Gegeninstanzen, erst wenn die Gegenargumente in ihrer Unrichtigkeit durchschaut sind, ist die Sache selbst gewußt.“<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*. 7. Aufl., Berlin 1997, 172 ff.

<sup>38</sup> ROLF GRÖSCHNER, Das Hermeneutische der juristischen Hermeneutik, in: *Juristenzeitung* 1982, 622 ff.

<sup>39</sup> GADAMER, *Wahrheit und Methode* (Fn. 34), 335. Dort auch das folgende Zitat.

<sup>40</sup> Ebd., 368, 370.

Die „Sache“, um die es in der Jurisprudenz geht, ist dabei – weit mehr als die Gegenstände anderer hermeneutischer Disziplinen – eine „Streitsache“. Sehr schön dokumentiert dies die Etymologie, weil die „Sache“ ihren Namen vom gotischen Verbum „sakan“ hat, und das hieß „streiten“.<sup>41</sup> Die Sache der Jurisprudenz ist kein Gegenstand im Sinne der erkenntnistheoretischen Subjekt-Objekt-Relation, sondern eine streitbefangene, durch Streit konstituierte und aus dem Streit zu verstehende Subjekt-Subjekt-Relation. Als Rechtssubjekte sind ihre Subjekte Personen, deren Würde oder Autonomie jede Vergegenständlichung ausschließt und ein interpersonales Verhältnis erfordert. Die dogmatische Figur, in der diese Interpersonalität allen Rechts zum Ausdruck kommt, ist das Rechtsverhältnis.<sup>42</sup> Als materiellrechtliches Verhältnis liefert es die Grundlage der jeweils geltend gemachten Ansprüche, als Prozessrechtsverhältnis den Rahmen für die streitige Verhandlung darüber.<sup>43</sup> Dabei sollte der prozessrechtliche Terminus für die betreffende „Erörterung der Streitsache“ in einer pragmatischen Methoden- und Argumentationslehre beim Wort genommen werden. Versteht man „Er-Örtern“ nämlich aus der Tradition aristotelischer Enthymematik, geht es um die Suche nach den „Örtern“ (topoi), an denen die Argumente zu finden sind, mit denen die Sache zur Entscheidungsreife gebracht werden kann. Mit ständiger Rücksicht auf Sokrates hält die Gerechtigkeitsfrage die Erörterung der Sache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht so lange offen, bis der Gerechtigkeitsanspruch, der mit jedem Rechtsanspruch artikuliert wird, zur Überzeugung des Gerichts hinreichend Gehör gefunden hat.<sup>44</sup>

Wer den Justizsyllogismus als Methodenmodell der Jurisprudenz verteidigt, wird für Metaphern wie das „Hören“ auf die Gerechtigkeitsfrage oder die Gerechtigkeit als „Seele“ der Jurisprudenz konsequenterweise keinen Sinn haben. Andererseits darf die metaphorische Rede von der „Seele“ in der säkularen Welt des Rechts nicht in Metaphysikverdacht geraten. Insoweit kann man sich an die Verbindung von Recht und Gerechtigkeit halten, die als Selbstverständnis der römischen Jurisprudenz überliefert ist. Das Erste Buch der Digesten formuliert dazu am Anfang des Ersten Titels in lapidarer Schönheit, „ius“ sei nach „iustitia“ benannt, fügt mit feiner Ironie hinzu, die Juristen seien Priester der Gerechtigkeit („sacerdotes“, nicht etwa „pontifices“, von denen

<sup>41</sup> JAKOB UND WILHELM GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*. Bd. 8. Leipzig 1893, 1592.

<sup>42</sup> ROLF GRÖSCHNER, Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, in: *Die Verwaltung* 30 (1997), 301 ff.

<sup>43</sup> KATHARINA SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen 1997, 237 ff.

<sup>44</sup> Die Grundtugend des Richters ist deshalb das Zuhörenkönnen: ROLF GRÖSCHNER, Die richterliche Rechtsfindung: „Kunst“ oder „Methode“?, in: *Juristenzeitung* 1983, 944 ff.

die iuris consulti der klassischen römischen Jurisprudenz sich doch gerade emanzipiert hatten) und folgert mit selbstbewusster Emphase, als weltliche Priester der iustitia erstrebten sie „veram philosophiam“.<sup>45</sup> Die Pointe dieser „wahren Philosophie“ erschließt sich aus Ciceros „Tusculanae disputationes“. In deren Fünftem Buch heißt es von Sokrates, er habe als erster die Philosophie vom Himmel herunter gerufen („devocavit e caelo“) und sie in seiner eigenen „ratio disputandi“ auf das Leben bezogen. „Wir haben davon vor allem dies übernommen, was auch Sokrates, wie wir glaubten, angewandt hat, daß wir unsere eigene Meinung zurückhielten, die Andern aber von ihrem Irrtum befreien und bei jeder Untersuchung fragten, was der Wahrheit am nächsten käme (quid esset simillimum veri).“<sup>46</sup> So führt der Weg über Rom nach Athen, vom – oft verkannten – Pragmatismus der römischen Juristen zur sokratischen Philosophie des Dialogs.

#### *Dialogisches Moment oder Dialektik der Gerechtigkeitsfrage*

Am Anfang aller Dialektik stehen die sokratischen Dialoge Platons. Dort spielt Sokrates die Rolle des „nichtwissenden“ Fragestellers im philosophischen Streitgespräch über Themen wie Gerechtigkeit (Thrasymachos: Politeia I), Tapferkeit (Laches), Besonnenheit (Charmides), Freundschaft (Lysis) oder Frömmigkeit (Eutyphron). Wiewohl Platon die lebenslang praktizierten Dialoge seines Lehrers in eine meisterhafte literarische Form gegossen und obgleich er sie – je später, desto mehr – in den Dienst seiner eigenen philosophischen Lehre gestellt hat, atmen die genannten frühen Schriften spürbar sokratischen Geist: den bei jeder ernsthaften Lektüre lebendig werdenden Geist einer streitigen Auseinandersetzung über den „logos“ des umstrittenen Gegenstands im „dialogos“ zwischen den Streitbeteiligten. Die Art und Weise der Suche nach diesem im Grunde unübersetzbaren „logos“, dem passenden Begriff und dem in ihm enthaltenen treffenden Argument, kann man aufgrund der Etymologie des Verbuns „dialegesthai“ bedeutungsgleich ein „dialektisches“ oder „dialogisches“ Verfahren nennen.<sup>47</sup> Philosophisches Paradigma aller forensischen Dialogik ist das betreffende Procedere, weil der literarische Sokrates die Basisbedingung einer jeden gelingenden Gerichtsverhandlung in unübertroffener Plastizität

<sup>45</sup> OKKO BEHRENDIS/ROLF KNÜTEL/BERTHOLD KUPISCH/HANS HERMANN SEILER (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*. Bd. 2. Heidelberg 1995, 91 mit Fußnotenverweisen auf Cicero.

<sup>46</sup> CICERO, *Gespräche in Tusculum*, 3. Aufl., München 1976, 324 f.

<sup>47</sup> ROLF GRÖSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz*. Tübingen 1982, 134 ff. (zur sokratischen Dialogik).

vor Augen führt: den Verzicht auf monologisches Wissen in der Gerechtigkeitsfrage.

Die sokratischen Dialoge enden in einer Aporie: in der aporetischen (ausweglosen) Situation, das wahre Wesen des dialektisch traktierten Gegenstands nicht gefunden zu haben. Ein solch offenes Ende des jeweiligen Dialogs ist die philosophische Konsequenz des berühmten Wissens um das Nichtwissen. Dieses durch häufigen (Fehl-)Gebrauch abgestumpfte Grundprinzip sokratischen Philosophierens lautet in seiner ursprünglichen Schärfe: Etwas, das ich nicht weiß, glaube und behaupte ich auch nicht zu wissen.<sup>48</sup> Das Nichtwissen besteht also nicht etwa darin, zu „wissen“, „nichts“ zu wissen (weil weder Sokrates mündlich noch Platon schriftlich sich einen solchen Widerspruch hätten leisten können), und es bezieht sich auch nicht auf alle möglichen Gegenstände eines Dialogs, sondern nur auf Gegenstände von der Art der Gerechtigkeit, der Tapferkeit oder der Freundschaft. Nur von solchen Gegenständen sagt der frühplatonische Sokrates: „Ich suche erst mit dir, was wir uns aufgegeben haben, weil ich es eben selbst nicht weiß.“<sup>49</sup>

### III.

Übertragen auf die Gegenstände gegenwärtiger Gerichtsverhandlungen verlangt das sokratische Prinzip eine scharfe Zäsur zwischen dem Wissen um dogmatische Richtigkeit und dem Nichtwissen um lebensweltliche Gerechtigkeit. Was die reinen Rechtsfragen betrifft, ändert die juristentypische Uneinigkeit über das richtige Ergebnis und dessen beste Begründung nichts am Prinzip: „iura novit curia“ (notabene das Prinzip des § 293 ZPO). Kennt also das Gericht das Recht und weiß der Richter um die Vertretbarkeit juristischer Urteile, artikuliert der Laie mit der Berufung auf sein „gutes“ Recht gewöhnlich seinen eigenen Gerechtigkeitsanspruch. Diesem Laienanspruch gegenüber gilt das Prinzip des Nichtwissens, weil Gerechtigkeit in sokratischer und von Aristoteles fortgeführter Tradition ein Gegenstand ist, der sich auf den anderen („pros heteron“) bezieht und nur von ihm her verstanden und verhandelt werden kann<sup>50</sup>: so dialogisch das Verstehen, so dialektisch die Verhandlung. Ein Richter, der sich im Besitz monologischen Wissens über „Begriff und Wesen“ der Gerechtigkeit wähnte und vorgäbe, daraus auf formallogischem Wege – also ohne inhaltliche Auseinander-

<sup>48</sup> PLATON, *Apologie*, 21 d.

<sup>49</sup> PLATON, *Charmides*, 165 c.

<sup>50</sup> ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, V 3 1129 b.

setzung mit den explizit oder implizit erhobenen Gerechtigkeitsansprüchen innerhalb seines laufenden Verfahrens – „die“ gerechte Entscheidung deduzieren zu können, verstieße sowohl gegen die Verfassung als auch gegen eine Grundforderung juristischer Ethik: gegen das Gebot, „rechtliches Gehör“ (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht nur zwecks Herbeiführung „gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger“, sondern „darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen“ zu gewähren.<sup>51</sup>

Das bundesverfassungsgerichtliche Bild des „Rahmens“ ist gut geeignet, die strikte begriffliche Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Anforderungen an Richtigkeit und Gerechtigkeit richterlicher Entscheidungen nicht zu einer methodologisch unhaltbaren „Trennung“ werden zu lassen. Denn im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung über die „gesetzmäßige“ Entscheidung sind die lebensweltlichen Gerechtigkeitsansprüche der Beteiligten immer dann mit dem Gerechtigkeitsanspruch des positiven Rechts in Beziehung zu setzen, wenn letzterer im Einzelfall als lebensweltlich ungerecht empfunden werden muss. Die römische „Kunst des Guten und Gerechten“ (D. 1, 1, 1 pr.) und ihre innere Ethik des sokratischen Dialogs verbieten es einer alteuropäisch gebildeten Juristenpersönlichkeit, sich diesem Konflikt zu entziehen. Dessen mögliche Dramatik und die Unmöglichkeit einer syllogistischen Lösung zeigen sich im erwähnten Beispielfall. Konzipiert man den Entführungsfall nämlich als Schutzpflichtenfall, führt der Justizsyllogismus nicht zum Verbot der Folter, sondern zum Gebot einer lebensrettenden Aussageerzwingung. Aus den Vordersätzen „Lebensrettung ist geboten“ und „Aussageerzwingung ist Lebensrettung“ folgt „Aussageerzwingung ist geboten“. Dieser Schluss ist formallogisch ebenso richtig wie der oben dargestellte Schluss vom Folterverbot auf das Verbot der Aussageerzwingung. Das Ergebnis darf nicht überraschen: Syllogismen sind tautologisch, erschließen also nichts außerhalb ihrer eigenen Prämissen. Syllogistische Logik ist und bleibt eine formale, von Inhalten abstrahierende Logik des richtigen Schließens. Die Kunst des richtigen Urteilens liegt ihr nicht nur hinsichtlich der Interpretation des Obersatzes voraus, sondern auch hinsichtlich der Bestimmung des Untersatzes. Im Sinne der anfänglichen Überlegungen zum („pragmatischen“) Vorbehalt des Falles kommt es primär auf dessen richtige Konstituierung an. Insoweit ist der Logiker nicht besser gestellt als der sonstige juristische Laie: Er bedarf der Jurisprudenz.

---

<sup>51</sup> BVerfGE 42, 64 ff., 73. Vor dem Hintergrund der Gerechtigkeitsphilosophie römischer Jurisprudenz (Fn. 45) ist dies eine eindeutige Absage an rechtspositivistische Methodenkonzeptionen.